

Giudicato penale e *lex mitior* nella tutela dei diritti fondamentali

Res iudicata and lex mitior in the Multilevel System of Protection of Human Rights

VERONICA MANCA

Dottoranda di ricerca in Studi giuridici europei e comparati presso l'Università di Trento

GIUDICATO, RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PIÙ FAVOREVOLE,
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

RES IUDICATA, RETROACTIVITY OF THE *LEX MITIOR*,
ECHR

ABSTRACT

Con il presente lavoro, si intende proporre, seppur in estrema sintesi, un'analisi delle principali questioni che hanno interessato il recente dibattito circa il rapporto tra il principio di intangibilità del giudicato penale e la tutela dei diritti umani del detenuto, in ragione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU. L'oggetto di indagine sarà, dunque, limitato alla relazione intercorrente tra il giudicato penale interno e l'incidenza dell'esecuzione della giurisprudenza sovranazionale.

Although synthetically, this paper aims to analyse the main issues that affect the recent debate about the relationship between the principle of inviolability of the authority of the sentence and the protection of the human rights of the prisoners, due to the evolution of the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR). In particular, this investigation focuses on the relationship between the national authority of the sentence and the frequency of the execution of the ECHR's judgments.

SOMMARIO

1. Considerazioni introduttive. – 2. La tutela dei diritti umani del detenuto. Dal sovraffollamento carcerario al “problema” del giudicato penale. – 2.1. Il campo di indagine: il giudicato penale e la CEDU. – 2.2. L’incidenza dell’esecuzione della giurisprudenza sovranazionale. Brevi riflessioni di diritto comparato. – 3. Il caso italiano: l’impatto della giurisprudenza sovranazionale sull’assetto processuale. – 4. Il *leading case* Scoppola e le violazioni di natura sostanziale. – 4.1. La soluzione al caso Scoppola. – 4.2. Le Sezioni Unite Ercolano sui casi simili. – 5. In prospettiva *de iure condendo*: il ripensamento dell’esecuzione penale. Il giudice della pena.

1.

Considerazioni introduttive.

La recente casistica giurisprudenziale, elaborata dalle Corti sovranazionali in un continuo e serrato dialogo con le Supreme Corti nazionali, ha dato nuova linfa all’antico dibattito circa l’esistenza di un conflitto tra il principio di intangibilità del giudicato penale e la tutela dei diritti fondamentali della persona¹.

La complessa evoluzione giurisprudenziale, ancora in atto, ha progressivamente elaborato un nucleo essenziale di garanzie a tutela dei diritti umani della persona sottoposta a procedimento penale, sia nella fase preliminare sia in sede processuale, che ha notevolmente inciso sulle sorti della struttura del processo penale, comportandone, di fatto, un parziale ripensamento in un’ottica sostanziale², e non più, quindi, secondo una visione strettamente procedurale.

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

Nell’*iter* di enfatizzazione della supremazia dei diritti fondamentali della persona rispetto alla struttura processuale interna, la giurisprudenza si è avvalsa dell’ausilio dei principi indivi-

¹ Da un’altra prospettiva, si potrebbe affermare come l’incidenza della giurisprudenza sovranazionale abbia contribuito ad aggiungere un ulteriore tassello (maggiormente complesso, attesa l’implicazione del rapporto tra fonti) alla questione circa la portata del giudicato ed alla funzione della pena, rafforzando il dibattito interno fortemente proteso verso il ripensamento di un’esecuzione penale flessibile. Per brevi cenni bibliografici, cfr. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 33 ss.; ID., voce *Esecuzione penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 290 ss.; CORBI, NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, Torino, 2003, 278 ss.; CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, Torino, 2011, 17 ss.; DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, Torino, 2004, 16 ss.; EUSEBI, *La pena «In crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55; FORNASARI, *Intervento*, in PAVARINI, (a cura di), *Nuovo revisionismo penale. «Silète poenologi in munere alieno» Teoria della pena e scienza penalistica*, Bologna, 2006, pp. 165 ss.; GAITO, *Esecuzione*, in CONSO – GREVI, *Compendio di procedura penale*, III, Padova 2006, 928 ss.; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano 1983, 117 ss.; GIUNTA, *L’effettività della pena nell’epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, I, 414; F. MANTOVANI, *La “perenne crisi” e la “perenne vitalità” della pena. E la “crisi di solitudine” del diritto penale*, in DOLCINI – PALIERO, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano 2006, 1170 ss.; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, I, 160; MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino 2008; PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 916; PAVARINI – GUZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 73 ss.

² Il ripensamento del processo penale, in un’ottica sostanziale, sarebbe da attribuire all’impatto della giurisprudenza sovranazionale con cui si è implementato il nucleo essenziale di garanzie riconosciute a livello interno all’imputato, in sede processuale, e al detenuto, in sede esecutiva, in una fase in cui il rapporto tra processo penale e diritto sostanziale è radicalmente opposto, fortemente sbilanciato verso una c.d. “processualizzazione” del diritto penale sostanziale: in tale visione, è il processo penale a divenire sede garante dei diritti fondamentali dell’individuo rispetto ad un diritto penale sostanziale “in crisi”, per certi aspetti eccessivamente repressivo e punitivo, per altri oltremodo clemente ed ineffettivo. Sui rapporti tra il processo ed il diritto penale, cfr. cfr. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 454-455; CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 15 ss.; DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 37 ss.; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 281 ss.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, 45; NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di F. Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 ss.; MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione. Uno schizzo*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano 1997, 464 ss.; MARZADURI, *Il mutamento delle scienze processualistiche. L’unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Milano, 2005, 83 ss.; PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1209 ss.; ID., *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi?*, *ibidem*, 2003, 108 ss.; FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Milano, 2007; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; ID., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come “programmi di azione”*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1149-1157; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 104 ss.

dual-garantistici di natura sostanziale: tutela dell'equità processuale e principio di legalità della pena costituiscono il *file rouge* lungo il quale le Corti si sono progressivamente determinate nelle proprie decisioni ed in ragione del quale hanno, di volta in volta, individuato il nucleo essenziale di garanzie che deve necessariamente uniformare sia la fase processuale sia il momento esecutivo della pena.

Il principio della retroattività della *lex mitior*, inoltre, rappresenta oggi il corollario del principio di legalità che si è affermato con maggior decisione nell'interpretazione garantistica delle disposizioni processuali ed, in particolare, di quelle inerenti la libertà personale del detenuto e, in ragione della recente pronuncia della Corte EDU nell'*affaire Contrada c. Italia* (n. 3) del 14 aprile 2015, potrebbe anche implicare delle doverose riflessioni, non solo sulla sua incidenza sul processo penale, ma anche sulle sue ricadute sul sistema delle fonti di diritto, attesa la sempre maggiore equiparazione della fonte giurisprudenziale alle fonti di produzione del diritto, anche nei Paesi di *civil law*³.

2. La tutela dei diritti umani del detenuto. Dal sovraffollamento carcerario al "problema" del giudicato penale.

Lesigenza di assicurare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali del detenuto in esecuzione di pena, ovverosia nella fase di compressione e di limitazione delle libertà personali per eccellenza, ha richiesto, *in primis*, che il legislatore italiano garantisca, a fronte delle pesanti conseguenze in caso di mora e/o inadempimento, l'esecuzione della sentenza pilota pronunciata dalla Corte EDU, l'8 gennaio 2013, nel caso *Torreggiani e altri c. Italia* in materia di sovraffollamento carcerario⁴.

Per rispettare gli impegni internazionali, il legislatore italiano è intervenuto, a più riprese, nel corso degli ultimi tre anni, a modificare in maniera considerevole la normativa penitenziaria, tramite l'implementazione e l'agevolazione al ricorso delle misure alternative⁵, nonché alla

³ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n.3), ric. n. 66655/13. Come è noto, la pronuncia in esame, è divenuta definitiva, il 14 settembre 2015, a seguito del rigetto del ricorso presentato dal Governo italiano da parte della Grande Camera. Per una lettura dei primi commenti a margine della pronuncia, cfr., *ex multis*, CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015; DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2/2015, pp. 17 ss.; ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *questa Rivista*, 2/2015, pp. 32 ss.; GRASSO, GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, *ibidem*, 25 maggio 2015; MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, *ibidem*, 3 luglio 2015; MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 8, 1019-1028; PALAZZO, *La sentenza "Contrada" e i cortocircuiti della legalità*, *ibidem*, fasc. 9, 1061-1067; PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, 2/2015, 52 ss.; RAMPIONI, *Principio di certezza e cd. diritto vivente*, in *Giust. pen.*, 2015, fasc. 10, pt. 2, 513-518; SELVAGGI, *Concorso esterno e principio di legalità ("nullum crimen sine lege"): opportuni ulteriori chiarimenti da parte della Corte europea?*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 7-8, 2865-2867.

⁴ La recente casistica giurisprudenziale ha dimostrato, inoltre, come il sovraffollamento delle carceri non sia un episodio legato esclusivamente alla situazione di un singolo Paese (*id est*: Italia), ma che interessi, invece, la maggior parte degli Stati europei: a partire infatti dalla sentenza pilota *Torreggiani e a. c. Italia*, anche altri Stati, come, ad esempio la Bulgaria, l'Ungheria, la Romania ed il Belgio, sono stati colpiti da un procedimento pilota, con cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la natura di patologia strutturale del sistema penitenziario nazionale, invitando – su esempio dell'Italia – ad adottare misure generali sia a carattere preventivo, sia risarcitorio al fine di ripristinare *standard* di tutela conformi alla Convenzione. Secondo il rapporto Space I 2014 del 23 dicembre 2015, oltre il 27,5% delle strutture penitenziarie europee è ad oggi interessata dal fenomeno del sovraffollamento. Sono gravati da tale patologia Paesi come Grecia, Macedonia, Bulgaria, Romania, Albania, Belgio ed Ungheria. Sulla situazione del Belgio, cfr. C. eur. dir. uomo, *Vasilescu v. Belgio*, 25 novembre 2014, con nota di CANCELLARO, *Da Roma a Bruxelles: la Corte EDU applica i principi della sentenza Torreggiani anche alle condizioni di detenzione in Belgio*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2014. Con riguardo all'Ungheria, cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, ric. nn. 1409/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13, con nota di CANCELLARO, *Carceri sovraffollate, prosegue il filone Torreggiani: è il turno dell'Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, primo aprile 2015 e V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, *ibidem*. Con riferimento alla Bulgaria, cfr. C. eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, *Nesbkov e altri c. Bulgaria*, ric. nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 and 9717/13.

⁵ Per un agevole e completo riferimento alle recenti riforme normative e alle ultime soluzioni giurisprudenziali in materia penitenziaria, cfr., *ex multis*, DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, in cui l'autrice ripercorre le principali tappe che hanno portato alla modifica sia di alcune disposizioni del codice di procedura penale (tra le più importanti, artt. 274 c.p.p. ss., nonché l'art. 656 c.p.p.) sia punto di misure alternative alla detenzione e di benefici penitenziari (tra cui, artt. 21-bis, 30-ter, 47-ter, 50-bis ord. penit. ss.) sia in materia di legislazione speciale (*id est*: t.u. stup., ex art. 73, nonché t.u. imm., ex art. 16, co. 5), per effetto del combinato disposto della sent. 25 febbraio 2014, n. 32 della Corte costituzionale e del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con legge 21 febbraio 2014, n. 10.

giurisdizionalizzazione della procedura di sorveglianza⁶.

Se il dibattito sul sovraffollamento carcerario sembra essersi ormai assopito, atteso che le riforme apportate in materia hanno avuto – secondo i dati statistici ufficiali⁷ – un impatto notevolmente positivo sulla riduzione del numero dei detenuti in eccesso rispetto alla capienza regolamentare, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è ora concentrata, invece, sull'individuazione degli strumenti più appropriati in grado di prevenire nuovi fenomeni di sovraffollamento e sulla riformulazione dell'intero apparato sanzionatorio, evidenziando, da una parte, l'inadeguatezza della pena detentiva quale risposta sanzionatoria e, dall'altra, avanzando nuove forme di punizione, alternative, non solo alla pena detentiva, ma anche agli stessi schemi tradizionali del diritto penale⁸.

L'altro fronte, che ha visto impegnati contemporaneamente sia dottrina, penalistica e processuale, ma anche di matrice pubblicistica, sia giurisprudenza, interna e sovranazionale, è rappresentato dall'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sugli ordinamenti nazionali in relazione all'accertamento di violazioni processuali e sostanziali in contrasto con le disposizioni convenzionali: la corretta e tempestiva esecuzione di tali pronunce ha presentato, però, delle notevoli difficoltà, atteso che la risoluzione del contrasto tra il sistema giuridico interno e la CEDU ha implicato, e sta tuttora implicando, il mutamento irreversibile dell'attuale assetto del processo penale e il complessivo ripensamento dei principi cardini dell'esecuzione penale, quali, *in primis*, l'intangibilità del giudicato.

2.1.

Il campo di indagine: il giudicato penale e la CEDU.

La risoluzione del contrasto tra principi del sistema sembrerebbe di per sé irriducibile, laddove si consideri il principio dell'intangibilità del giudicato penale come un valore assoluto ed imm modificabile del nostro ordinamento.

Nel corso dell'evoluzione codicistica, il giudicato penale assume diverse connotazioni: nel

⁶ Come è noto, il primo meccanismo di tutela introdotto dal legislatore, per effetto del d.l. 146/2013, conv. senza modifiche con legge n. 10/2014, è rappresentato dal reclamo giurisdizionale in materia disciplinare, *ex art. 35-bis* ord. penit., con cui si consente al detenuto di sindacare dinanzi al magistrato di sorveglianza “le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa”, con la precisazione che, nei casi di cui all'art. 39, co. 1 nn. 4 e 5, il nuovo rimedio sia utilizzabile anche per valutare il merito del provvedimento adottato dall'Amministrazione penitenziaria e, quindi, non più solo il profilo della sua legittimità. La sindacabilità del contenuto del provvedimento, rappresenta indubbiamente un aspetto positivo, anche se la novità è attualmente prevista per soli due ipotesi, ossia l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e l'esclusione delle attività in comune. Altro aspetto rilevante concerne il piano il rito da seguire in caso di art. 35-bis ord. penit., modellato secondo il procedimento tipico di sorveglianza *ex artt. 666 e 678 c.p.p.*, con la previsione innovativa circa l'avviso della fissazione dell'udienza, la partecipazione e diritto di formulare osservazioni e richieste da parte dell'Amministrazione penitenziaria. In caso di accoglimento, il magistrato “dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare”, decisione impugnabile nel termine di 15 giorni al Tribunale di sorveglianza. Nulla, invece, è stato aggiunto riguardo alla sospensibilità del provvedimento disciplinare nelle more del giudizio, una mancanza che, secondo la dottrina, “pregiudicherebbe in gran parte l'effettività della tutela, perché l'eventuale annullamento della sanzione disciplinare di fatto giunge quando gran parte, se non tutta, la sanzione è già stata espiata”. Cfr. l'intervento di BERTOLATO, nel corso di un'audizione alla Commissione di Giustizia alla Camera, dell'8 gennaio 2014, cit. in DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 137, nota 36. Il secondo meccanismo di tutela (*ex art. 35-ter* ord. penit.) ha natura, invece, riparatoria, in quanto si riconosce in capo al detenuto il diritto di richiedere il risarcimento del danno per violazioni subite durante il periodo di detenzione, al magistrato di sorveglianza, nel caso in cui l'esecuzione penale sia in corso, al Tribunale ordinario, nel caso in cui il periodo di detenzione sia terminato. Prime considerazioni in chiave critica sui due rimedi, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 127 ss., nonché la Relazione n. III/01/2015 del 13 aprile 2015, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-ter* ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito, a cura dell'Ufficio del Massimario, Settore penale, della Cassazione (Redattore Cons. Luigi Barone), 5 ss.

⁷ Secondo i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia in data 31 dicembre, il numero dei detenuti complessivamente presenti nelle carceri italiane è pari a 52.164 detenuti, a fronte di una capienza regolamentari di 49.592 unità. Il numero degli stranieri è 17.340, pari al 33,24%; l'applicazione delle misure alternative è salita al 61,56%, atteso che ad oggi ne beneficiano 32.113 detenuti sul totale complessivo.

⁸ Sulle modifiche del sistema sanzionatorio, in un'ottica di implementazione del sistema con sanzioni diverse/alternative al carcere, basta pensare alla prima Commissione Palazzo, istituita il 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, le cui conclusioni sono consultabili in *Dir. pen. cont.*, *Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, 10 febbraio 2014. Notevoli spunti di riforma sono emersi all'interno dell'iniziativa ministeriale degli Stati generali dell'Esecuzione penale, i cui lavori sono interamente consultabili in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19.wsp. Sugli nuovi schemi della giustizia penale, si allude, invece, al tema della *restorative justice*, approfondito in Italia da numerosi autori, tra cui, *ex plurimis*, cfr. EUSEBI, *La pena in crisi: il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, in Lombardi, Vallauri, (a cura di), in *Logos dell'essere, Logos della norma*, Bari, 1990, 1245 ss.; *Id.*, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in Picotti, Spangher, (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, 139-220; *Id.*, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti. Il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in Marchetti, Mazzucato, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006, 3-135. Per qualche spunto comparato, cfr. UMBREIT, COATES, BROWN, *Facing Violence. The Path of Restorative Justice and Dialogue*, in *Criminal Justice Press*, 2003, Monsey N.Y.

pensiero liberale, il giudicato viene concepito come un limite dell'intervento punitivo dello Stato sulla sfera individuale dei singoli cittadini e, quindi, caratterizzato da una spiccata *ratio* di tutela della libertà individuale contro il rischio di ulteriori persecuzioni per il medesimo fatto; nell'ideologia del codice Rocco, diviene, invece, "simbolo dell'autorità dello Stato, dell'infallibilità della pretesa punitiva esercitata contro il singolo e dell'ineccepibilità della conoscenza acquisita attraverso il processo"⁹.

Dall'ideologia fascista, discende, quindi, una pressoché totale indifferenza da parte dell'ordinamento giuridico verso possibili errori giudiziari, la cui sussistenza viene quindi "sanata" dall'irrevocabilità del titolo esecutivo: l'immutabilità della sentenza, non più soggetta ad impugnazione ordinaria, viene elevata dunque a valore assoluto, di fronte "al quale sbiadiva ogni altra concorrente o contrapposta esigenza, e, pervicacemente, resisteva alle pur autorevoli doglianze sul *deficit* di verifica di errori giudiziari che attentavano alle prerogative individuali poi riconosciute dal sopravvenuto impianto costituzionale"¹⁰.

Il mutamento di prospettiva del giudicato, da principio assoluto ed indefettibile a relativo, soggetto ad una parziale rescissione a fronte di valori fondamentali di pari rango, inizia ad emergere grazie alle prime Carte internazionali e all'avvento della Costituzione: a partire da tale fase storica, i diritti e le libertà personali assumono infatti un ruolo decisivo e centrale ed, in ragione della loro positivizzazione, si assiste ad una progressiva tendenza del legislatore ad intervenire sull'assetto processuale e sull'esecuzione della pena a favore di una maggiore sensibilità verso la tutela dei diritti processuali e difensivi della persona sottoposta a processo penale¹¹.

La centralità della persona e delle sue libertà viene tradotta dal legislatore, in sede di riforma del codice di rito del 1988, in cui si propende per una naturale e fisiologica "flessibilità"

⁹ Cfr. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015. Esemplificativo di tale periodo, è sicuramente il pensiero di Arturo Rocco, secondo cui il giudicato rappresenterebbe "la verità unanimemente conseguibile [...] e tanto basta perché, esaurito in essa il processo essa rimanga inespugnabile ed inoppugnabile come la verità stessa". Secondo l'autore, il giudicato penale "si innalza e si purifica; è quasi una religione, la religione dell'umana giustizia". Cfr. Rocco Art., *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, Roma, 1932, 233.

¹⁰ Cfr. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 5 ss. Il depotenziamento del giudicato inizia ad emergere con il pensiero di Giovanni Leone, secondo cui il giudicato risponde ad un'esigenza strumentale di mantenimento dello stato di pace, non solo tra la persona offesa e l'imputato, ma anche tra quest'ultimo e la società: "in sostanza il giudicato penale placa l'aspettativa della società nei confronti di una notizia criminis; placa l'aspettativa di giustizia dei soggetti del reato e di quegli altri individui sui quali il reato incide direttamente". Cfr. LEONE G., *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, pp. 167 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1987, 63 ss.

¹¹ Con l'avvento della Costituzione, l'essenza politica e giuridica del giudicato si colloca in una dimensione soggettiva a garanzia del singolo: secondo De Luca, infatti, il giudicato è espressione di "un'esigenza di tutela della libertà", atteso che nel processo penale non "si controverte intorno a un bene della vita, secondo l'espressione chiovendiana, che entra a far parte del commercio giuridico, bensì intorno al valore di un uomo, che è il vero protagonista del dramma penale". DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 92. L'essenza garantistica del giudicato penale viene genericamente ricondotta all'art. 2 Cost. e, più nello specifico, in varie disposizioni costituzionali della prima parte della Costituzione, disciplinante i diritti e le libertà dei cittadini: si pensi all'art. 13, in materia di libertà personale, agli artt. 14 e 15, concernenti la libertà di circolazione e stabilimento e la libertà delle comunicazioni, nonché agli artt. 24, 25, 27 e 111 Cost., variamente connessi ai principi cardine del processo penale. Sulla riconduzione del giudicato a principio costituzionale si possono delineare tre diverse impostazioni dogmatiche: una prima formulazione, individua il fondamento dell'istituto nell'insieme delle regole costituzionali; un secondo filone interpretativo identifica la *ratio* del giudicato in singoli principi costituzionali, quali, *in primis*, nell'art. 27, co. 2 Cost. in fatto di presunzione di non colpevolezza, nell'art. 25, co. 2 Cost. quale esemplificazione del principio di legalità ovvero nell'art. 111 Cost. in materia di giusto processo ed, in particolare, nell'esperibilità, quale rimedio di chiusura del sistema, del ricorso per cassazione per violazione di legge; una terza ricostruzione dogmatica nega una copertura espressa al giudicato penale, riconoscendo in esso più che un principio, uno strumento normativo funzionale alla tutela di principi costituzionali. Favorevole ad una ricostruzione costituzionale del giudicato, cfr., *ex multis*, MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, 15; *contra*, CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 20; MOSCARINI, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, 56 ss.; BISCARDI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in *Processo penale e Costituzione*, (a cura di), Dinacci, Milano, 2010, 257 ss.

del giudicato¹², scelta normativa ulteriormente rafforzata con la modifica dell'ordinamento penitenziario, per effetto della legge 26 luglio 1975, n. 354 e della successiva integrazione legge 27 maggio 1998, n. 165 (legge "Simeone"), con cui si è ridisegnata l'esecuzione penitenziaria ed il percorso trattamentale del detenuto, introducendo, altresì, il meccanismo sospensivo, *ex art. 656 c.p.p.*, ai fini presentazione dell'istanza di misura alternativa dinnanzi al Tribunale di sorveglianza¹³: il quadro normativo delle recenti riforme mostra una concezione del giudicato "aperto" e strettamente funzionale all'instaurazione della fase esecutiva, fortemente orientata verso il principio costituzionale di cui all'art. 27, co. 3 Cost.¹⁴.

Oltre al complesso dibattito interno¹⁵, il giudicato penale è stato, altresì, interessato da un graduale, quanto incessante, processo di delimitazione che trova la propria origine nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha accelerato la definitiva recessione del giudicato penale a favore dell'affermazione della supremazia dei diritti fondamentali della persona, in generale, e del detenuto in esecuzione di pena, nello specifico.

L'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo ha richiesto pertanto al legislatore italiano di rimodulare il processo penale per garantire l'effettività della tutela dei diritti umani della persona: nonostante gli sforzi profusi negli ultimi decenni intorno alle riforme del codice di rito, ad oggi, il legislatore non ha ancora preso una posizione su tale questione, delegando, di fatto, alla giurisprudenza interna, il difficile compito di garantire, di volta in volta, l'esecuzione delle pronunce della Corte EDU, tramite il ricorso agli strumenti normativi già presenti nell'attuale assetto penal- processualistico¹⁶.

¹² Il fenomeno della recessività del giudicato, si afferma, quindi, come una caratteristica tipica e connaturale del nostro ordinamento, in cui le ipotesi di "flessione" del giudicato sono molteplici. Tali rimedi "revocatori" possono essere distinti in due categorie, a secondo che essi abbiano incidenza sul merito della responsabilità penale (sull'*an*) ovvero mirino a provocare una modifica o un'integrazione della pena (*quantum* della responsabilità, lasciando immutato l'accertamento processuale). Appartengono al primo gruppo le seguenti ipotesi: (a) revisione della sentenza di condanna, *ex artt. 629 c.p.p. ss.*, nonché l'ipotesi "pretoria" introdotta dalla sent. n. 113/2011 dalla Corte costituzionale, in caso di "revisione europea"; (b) ricorso straordinario per errore materiale o di fatto *ex art. 625-bis c.p.p.*, introdotto per effetto della legge 26 marzo 2001, n. 128 e (c) rescissione del giudicato *ex art. 625-ter c.p.p.*, istituito inserito, con la legge 28 aprile 2014 n. 67, nel codice di rito a seguito delle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte EDU in ordine all'inadeguatezza della normativa italiana in materia di processo contumacia; (d) *abolitio criminis*, *ex art. 2, comma 2 c.p.*, in combinato disposto all'art. 673 c.p.p., sul piano processuale; (e) declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, *ex art. 30, co. 4 della legge 87/53*; (f) (implicitamente) riparazione dell'errore giudiziario, *ex art. 643 c.p.p.* Fanno parte del secondo gruppo le ipotesi di: (a) declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma non incriminatrice, ma incidente sulla pena, *ex art. 30, co. 4 della legge 87/1953* (secondo la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite *Gatto*); (b) art. 2, co. 3 c.p., in caso di successiva modifica relativa alla sanzione (da detentiva a pecuniaria); (c) conflitto pratico tra giudicati, risolvibile *ex art. 669 c.p.p.*; (d) questioni sul titolo esecutivo, *ex art. 670 c.p.p.*; (e) applicazione del concorso formale e reato continuato in esecuzione, *ex art. 671 c.p.p.*; (f) applicazione della sospensione condizionale della pena in esecuzione, *ex art. 673 c.p.p.*; (g) modifiche in *peius* sul trattamento sanzionatorio, in caso di revoca di benefici, quali, la sospensione condizionale della pena, *ex art. 674 c.p.p.*

¹³ Finendo così, secondo la dottrina, per posticipare ulteriormente l'inizio dell'esecuzione penale a seguito della decisione del Tribunale di Sorveglianza circa la concessione o il diniego della misura alternativa richiesta: ulteriore effetto è dato, altresì, dal progressivo avvicinamento della competenza del giudice della cognizione rispetto alla magistratura di sorveglianza, chiamata ad intervenire ancora prima dell'inizio dell'esecuzione penale, per effetto della modifica apportata al co. 5 dell'art. 656 c.p.p.: cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 36; CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 8; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 37; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, cit., 117; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 30.

¹⁴ Secondo tale ricostruzione, a cui si aderisce, il giudicato penale non rappresenta un valore costituzionale di per sé, ma un istituto congeniale all'instaurazione dell'esecuzione penale: il giudicato diviene quindi il riferimento normativo della fase esecutiva, il *prius* logico-giuridico indefettibile per l'applicazione del diritto penale sostanziale al caso concreto. Il giudicato rappresenta, altresì, il segmento iniziale della vicenda punitiva del singolo: laddove, infatti, la vicenda processuale si conclude con la condanna, il comando giudiziale insito nella sentenza diviene attuale solamente con la formazione del giudicato, in ragione del quale si instaura la successiva fase procedurale di esecuzione della pena. Il giudicato penale costituisce, quindi, sia l'istituto di chiusura della fase processuale sia il fondamento primo ed essenziale della fase esecutiva. È evidente come tale istituto compendia in sé profili processuali e sostanziali: da una parte, infatti, il giudicato è la fattispecie tecnica che conclude l'*iter* processuale, dall'altra è la fonte di effetti squisitamente sostanziali, in ragione delle sue ricadute sulla sfera soggettiva del singolo in termini di accertamento della colpevolezza e di esecuzione della pena.

¹⁵ Il rapporto tra giudicato ed esecuzione penale rappresenta, come è noto, una questione controversa e fortemente dibattuta sin dai lavori preparatori al nuovo codice di procedura penale del 1988.

¹⁶ L'intangibilità del giudicato è stata di recente posta in discussione sia per effetto del dibattito giurisprudenziale in ordine all'incidenza della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma diversa dalla norma incriminatrice rispetto al giudicato penale di condanna ed alla consequenziale rideterminazione della pena *in executivis* da parte del giudice dell'esecuzione (la questione assume rilevanza a partire dalla sent. 8 luglio 2010, n. 249 circa la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 61 co. 1 n. 11-bis c.p., c.d. aggravante di "clandestinità" ed è tornata all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza a seguito della sent. 25 febbraio 2014, n. 32 della Corte costituzionale), sia con riguardo alla più sottile questione circa gli effetti del mutamento favorevole della giurisprudenza delle Sezioni Unite sulle sentenze passate in giudicato (questione rilevante a partire dalle Sezioni Unite, 24 febbraio 2011, *Alecco*).

2.2.

L'incidenza dell'esecuzione della giurisprudenza sovranazionale. Brevi riflessioni di diritto comparato.

L'incidenza dell'esecuzione della giurisprudenza sovranazionale sui principi cardine del sistema giuridico interno è una questione che ha interessato il dibattito europeo e ha visto la maggior parte degli Stati aderenti alla Convenzione impegnarsi nell'individuazione di una soluzione di coordinamento tra fonti di diritto e bilanciamento di interessi, quali l'intangibilità del giudicato, da una parte, e l'inviolabilità dei diritti umani, dall'altra¹⁷.

Di notevole interesse è il caso della Germania, la quale ha risolto l'apparente antinomia tra gli ordinamenti giuridici con l'istituto processuale della revisione, andando ad aggiungere una peculiare ipotesi di riapertura del procedimento penale, ai sensi dell'art. 359 n. 6 del codice di rito (*Strafprozeßordnung*), in ragione della quale è possibile accedere all'istituto, laddove "la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riscontrato una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e la sentenza nazionale si basi su tale violazione"¹⁸. La disciplina introdotta in Germania, con la riforma del 2 aprile 1998, purchè nel rispetto di tutte le condizioni di cui alla norma, nonché quelle di origine dottrinale e giurisprudenziale (ed in particolare, con riguardo alla sussistenza del nesso causale tra la violazione accertata in sede europea e l'esito del giudizio interno, che deve fondarsi su tale violazione), consente la revisione, a seguito di sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, in presenza di violazioni di tutte le norme convenzionali, sia che il vizio accertato sia di tipo procedurale o di natura sostanziale.

È interessante notare come il principio dell'irrevocabilità del titolo esecutivo venga messo in discussione anche nell'ambito civile, laddove il legislatore tedesco è intervenuto introducendo, ai sensi dell'art. 580 del codice di procedura civile (*Zivilprozeßordnung*), un'ottava ipotesi di *Restitutionsklage*, stabilendo che gli interessati possano agire con tale strumento di revisione "anche quando la Corte EDU abbia stabilito che sia stata violata la Convenzione ovvero i suoi protocolli e la sentenza si sia basata su tale violazione"¹⁹.

Tale istituto avrebbe delle ripercussioni anche sul regime del giudicato in ambito amministrativo, visto il richiamo operato in sede amministrativa al codice di rito civile²⁰.

Con riferimento alla Spagna, non può non citarsi il complesso dibattito giurisprudenziale che ha fatto registrare un *revirement* del *Tribunal Constitucional* nell'individuazione di una forma di esecuzione nell'ordinamento interno per mezzo del *recurso de amparo*: in un primo momento, infatti, la Corte ha riconosciuto la possibilità di riapertura del procedimento penale, nel caso concreto, a seguito di decisione di condanna della Corte di Strasburgo, con annullamento della sentenza interna e svolgimento di un nuovo processo, ritenendo che l'esecuzione di una pronuncia in contrasto con la Convenzione avrebbe rappresentato un contrasto allo stesso ordine costituzionale spagnolo *ex art. 10, co. 2 Cost.*²¹; in un secondo momento, invece, l'evoluzione giurisprudenziale del *Tribunal Constitucional* ha negato tale forma di tutela, tanto che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha invitato in diverse occasioni la Spagna

¹⁷ Cfr. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Milano, 2012. Tra i Paesi europei che hanno proceduto espressamente alla rimodulazione delle norme processuali, si annoverano Austria, Belgio, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croazia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Georgia, Gran Bretagna, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Repubblica Ceca, Russia, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Svizzera, Turchia, Ucraina. Altri Paesi, invece, pur non avendo modificato l'assetto del proprio codice di rito, ammettono la riapertura dei procedimenti penali per il ricorso a clausole generali, come ad esempio, in Armenia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Norvegia, Islanda, Svezia. Residuano, tuttavia, un gruppo minoritario di Paesi che non ha ancora espressamente preso posizione in merito, come ad esempio, in Lichtenstein, Spagna.

¹⁸ "Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten ist zulässig [...] 6. wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht". Per un approfondimento, Cfr. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU*, cit., 114; PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. II) L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri Paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1016-1032; MEYER-LADEWIG, *German experiences with the execution of judgements of the European Court of Human Rights*, in AA.Vv., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, 158 ss.

¹⁹ Cfr. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU*, cit., 114-118.

²⁰ Cfr. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU*, cit., 114-118. Per completezza espositiva, si nota come il "problema" del giudicato sia stato affrontato anche in sede disciplinare nel caso *Stambuck*, in ragione del quale, per effetto di una condanna da parte della Corte di Strasburgo, il legislatore tedesco è intervenuto con l'introduzione di un meccanismo di riapertura del procedimento disciplinare divenuto definitivo, richiamando l'ipotesi di revisione di cui all'art. 359 n. 6 dello *Strafprozeßordnung*.

²¹ Il riferimento corre alla decisione del *Tribunal Constitucional* del 16 dicembre 1991, nella vicenda *Barbèra, Messequé e Jabardo* con la riapertura del processo ed assoluzione degli imputati, al termine del nuovo giudizio. Per un riferimento bibliografico, *ex multis*, cfr. SORIA JIMENEZ, *La problemática ejecución de la sentencias del tribunal europeo de derechos humanos*, in *Rev. esp. der. const.*, 1992, 313; BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamento español*, Madrid, 1997, 157.

in ordine alla “*necessity of introducing into Spanish law a clear possibility of reopening proceedings following judgment of the European Court*”²².

3. Il caso italiano: l’impatto della giurisprudenza sovranazionale sull’assetto processuale.

In Italia, a fronte dell’inerzia del legislatore, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente formulato una *summa divisio* delle ipotesi di violazioni accertate in sede europea, in relazione alla quale individuano due tipologie di rimedi: con riguardo alle *violazioni di tipo procedurale* ex art. 6 CEDU, l’evoluzione giurisprudenziale, culminata con la pronuncia c.d. “additiva di istituto” della Corte costituzionale n. 113/2011, considera come rimedio interno più idoneo la “revisione europea”, istituto di creazione giurisprudenziale, elaborato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un’ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi a una pronuncia della Corte di Strasburgo ex art. 46, § 1 CEDU; con riferimento, invece, alla riparazione delle *violazioni di natura sostanziale*, principalmente in relazione all’art. 7 CEDU, laddove la lesione accertata non richieda necessariamente la riapertura del processo, lo strumento più appropriato sarebbe da individuarsi nell’incidente di esecuzione ex artt. 665 c.p.p. ss.²³.

In relazione alle violazioni di tipo procedurale, la giurisprudenza, nel corso degli ultimi decenni, si è cimentata nell’individuazione, all’interno dell’attuale sistema processuale, degli strumenti normativi che meglio consentissero la corretta esecuzione dei *dicta* europei al caso concreto ed, in particolare, tre sono i rimedi a cui la Corte ha fatto maggior ricorso:

(a) nel caso *Somogyi c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell’art. 6 CEDU, nella misura in cui le autorità nazionali non avevano dato piena prova di aver adempiuto all’obbligo di assicurare l’effettiva conoscenza al ricorrente del procedimento penale a suo carico. La Corte di Cassazione, investita della questione, ha fatto ricorso all’applicazione dell’istituto della rimessione in termini per impugnare di cui all’art. 175, co. 2 c.p.p., nel frattempo introdotto dal decreto legge del 21 febbraio 2005, n. 17 (conv. con l. 60/05), con l’espresso intento di adeguare il nostro ordinamento alla giurisprudenza della Corte EDU²⁴;

(b) nel caso *Dorigo c. Italia*, la Commissione EDU ha affermato la sussistenza della lesione, da parte delle autorità giudiziarie italiane, dell’art. 6, §§ 1 e 3 CEDU, in ragione della sentenza di condanna emessa in violazione dei principi in materia di utilizzabilità della prova in sede dibattimentale. In tale occasione, il rimedio processuale utilizzato è stato l’incidente di esecuzione, ex art. 670 c.p.p., a fronte dell’ineseguibilità del titolo esecutivo su cui si fondava l’esecuzione della pena detentiva²⁵;

(c) nel caso *Drassich c. Italia*, la *quaestio iuris* è consistita nella diversa qualificazione del reato di cui in imputazione in un’ipotesi più grave in sede di legittimità: tale circostanza è stata interpretata dalla Corte europea quale violazione dell’art. 6, §§ 1 e 3 CEDU. La Cassazione ha indicato, tramite un’argomentazione poco lineare e alquanto complessa, il ricorso straordinario per errore di fatto ex art. 625-bis c.p.p., quale rimedio più appropriato alla riparazione della violazione accertata, in contrasto – secondo parte della dottrina – con il principio di tassatività

²² Le Risoluzioni ResDH(2005)93, ResDH(2005)94, ResDH(2005)95 relative ai casi *Gabbarri, Moreno, Perote, Pellon e Pescador Valero c. Spagna*. SCARABBA, *Il giudicato e la CEDU*, cit., 156, nota n. 129.

²³ Oltre alla *summa divisio* proposta dalla dottrina, si potrebbe ricostruire i termini della questione intorno alla distinzione tra violazioni che incidono sul merito della responsabilità penale e, come tali risolvibili per mezzo della “revisione europea” ex art. 630 c.p.p. ss. (a seguito della sent. 113/2011 della Corte costituzionale) e violazioni che modificano e/o integrano esclusivamente la pena, non incidenti sul merito della responsabilità penale che rimane, quindi, immutata: queste ultime sarebbero, invece, superabili in sede esecutiva, trattandosi di vizi e/o difformità che ricadono limitatamente sulla pena, non pregiudicando l’accertamento processuale sull’*an* della responsabilità dell’imputato.

²⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, ric. n. 42191/02; Cass. pen., 3 ottobre 2006 (ud. 12 luglio 2006), *Somogyi*. Per un commento, cfr., ex multis, BARTOLONI, *L’efficacia interna delle sentenze della Corte EDU per il giudice italiano: in margine alle sentenze della Cassazione Somogyi e Dorigo*, in Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, (a cura di), *All’incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Costituzione e l’efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, 36 ss.

²⁵ Cfr. Comm. eur. dir. uomo, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*. Per i riferimenti bibliografici, cfr., ex plurimis, RANDAZZO, *Caso Dorigo. La Cassazione “paralizza” il giudicato penale in applicazione della CEDU, senza pregiudicare la rilevanza della quaestio sui limiti della revisione. Ora la parola alla Corte costituzionale*, cit., 209 ss.

delle impugnazioni in materia penale²⁶.

All'interno del dibattito giurisprudenziale, è intervenuta, altresì, la Corte costituzionale, con la già citata pronuncia del 7 aprile 2011, n. 113, con cui, da una parte, prendendo atto dei rimedi processuali individuati in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità, ne ha affermato l'inidoneità e l'insufficienza ad assumere una portata generale ed effettiva all'interno del sistema processuale, dall'altra, tramite la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., ha creato il nuovo istituto di revisione europea, solo in parte riconducibile alla revisione tradizionale, *ex artt.* 629 c.p.p. ss., attesa la differente *ratio* alla base dei due rimedi: nel primo caso, la finalità del mezzo di impugnazione è quella di ricomporre lo iato tra la verità processuale e la verità storica, emergente da elementi "esterni" al processo già celebratosi; nel caso, invece, della "revisione europea", il contrasto sorge da elementi "interni" al processo, che determinano la contrarietà alle disposizioni convenzionali.

Le criticità di tale pronuncia, nonché le relative difficoltà interpretative, sono state immediatamente evidenti alla dottrina, la quale ha evidenziato come, in mancanza di indicazioni utili da parte della Corte circa l'individuazione dei presupposti applicativi, nonché della selezione delle norme compatibili rispetto alla revisione ordinaria, sarà compito della giurisprudenza definire, in ragione delle peculiarità del caso concreto, l'operatività del nuovo istituto²⁷.

4. Il *leading case* Scoppola e le violazioni di natura sostanziale.

La flessione del giudicato si percepisce maggiormente laddove il tipo di violazione inerisca ad un principio di natura sostanziale, la cui erronea applicazione abbia determinato la lesione dei diritti processuali e difensivi dell'imputato, in fase processuale, e del detenuto, in sede esecutiva.

Il principio convenzionale che più ha influito sulla giurisprudenza di Strasburgo nel processo di erosione dell'intangibilità del giudicato penale interno è costituito indubbiamente dal principio della retroattività della *lex mitior*.

La portata applicativa di tale principio è stata evidenziata a partire dal *leading case Scoppola* (n. 2) *c. Italia*, con cui la Corte di Strasburgo ha definitivamente abbandonato la precedente posizione che escludeva il principio di retroattività della *lex mitior* dalla sfera di tutela dell'art. 7 CEDU, per affermare che "l'articolo 7 § 1 della Convenzione sancisce [...] anche, e implicitamente, il principio della *retroattività della legge penale meno severa*. Questo principio si traduce nella norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono

²⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, 1646. Per un approfondimento, cfr. LONATI, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1/2011, 271-272.

²⁷ Una delle principali critiche mosse dalla dottrina ruota intorno al fatto che il rimedio dell'art. 630 c.p.p., così come interpretato dalla Corte costituzionale, è oggi costruito esclusivamente per le violazioni discendenti dall'art. 6 CEDU e non per altre tipologie di violazioni: rimane, inoltre, esclusa la possibilità di estendere tale rimedio ai casi simili. Per un approfondimento, cfr., *ex plurimis*, KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2/2011, 10; TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 15; GIUFFRIDA, GRASSO, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., 14.

diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato"²⁸.

4.1.

La vicenda processuale e la soluzione al caso Scoppola.

Con la pronuncia del 17 settembre 2009, la Grande Camera della Corte di Strasburgo condannava l'Italia per violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, dando origine ad un acceso dibattito riguardo alla portata applicativa del principio della retroattività della *lex mitior* di matrice convenzionale sulle norme processuali interne e sull'individuazione degli strumenti normativi più idonei per la risoluzione del contrasto tra le disposizioni processuali e la Convenzione, non solo con riferimento al singolo caso del ricorrente Scoppola, ma anche con riguardo a casi analoghi, in cui sussistessero i presupposti per affermare l'identità del caso concreto e l'accertamento della medesima violazione sostanziale subita.

La vicenda processuale di Scoppola si presenta alquanto complessa e scandita dal susseguirsi da diverse discipline normative aventi ad oggetto l'applicazione dell'istituto del giudizio abbreviato *ex artt.* 438 c.p.p. ss. Come è noto, egli veniva condannato, in sede di giudizio abbreviato *ex art.* 442, co. 2 c.p.p., alla pena di anni trenta di reclusione, per effetto della diminuzione della pena conseguente alla scelta del rito speciale, da parte del Giudice per l'udienza preliminare di Roma il 24 novembre 2000. Tale data assume un significato decisivo, atteso che il medesimo giorno entrava in vigore il decreto legge del 24 novembre 2000, n. 341 (poi convertito con l. 4/01), il cui art. 7 prevedeva la reintroduzione della pena dell'ergastolo, in caso di concorso di reati e di reato continuato; all'art. 8 veniva, altresì, precisato che tale modifica dovesse essere intesa quale interpretazione autentica con efficacia retroattiva anche ai processi in corso. In ragione della nuova normativa, il Procuratore della Repubblica presso la Corte d'Appello di Roma proponeva ricorso in Cassazione, (convertito poi in appello, in ragione dell'impugnazione dell'imputato), lamentando l'erronea applicazione della legge, atteso che le norme processuali da applicare al caso concreto dovevano essere integrate alla luce della recente riforma, la quale precludeva l'accesso al rito abbreviato, con la consequenziale condanna alla pena dell'ergastolo, in luogo di quella più favorevole, ad anni trenta di reclusione.

Nonostante i reiterati tentativi in sede di gravame e, successivamente con il ricorso allo

²⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 2), § 109. Per un approfondimento, cfr., *ex multis*, GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 59 ss. La Corte EDU, tramite un *revirement* della propria giurisprudenza, giunge ad iscrivere nell'alveo di tutela dell'art. 7 CEDU, anche il principio di retroattività della *lex mitior*, secondo un'accezione particolare: il raggio di tutela del principio in esame si estende alle norme processuali e, segnatamente, all'art. 442, co. 2 c.p.p., in materia di determinazione della pena per effetto dell'accesso al rito abbreviato, nella misura in cui esse incidano sulla pena e sul trattamento sanzionatorio, commisurato in relazione alla gravità del fatto ed al principio di colpevolezza dell'imputato per i fatti ascritti. La riconducibilità delle norme incidenti sulla pena alla sfera di operatività dell'art. 7 CEDU conduce la Corte a ricomprendervi anche il fenomeno di successioni di leggi temporali succedutesi nel corso del procedimento penale, dalla commissione del fatto all'accertamento della responsabilità penale in sede di condanna. Ne consegue che, in caso di mutamento legislativo verificatosi nel corso del medesimo procedimento penale, all'imputato dovrà essere applicata la disciplina normativa più favorevole, in modo tale da soddisfare i requisiti dell'art. 7 CEDU in termini di prevedibilità ed accessibilità oggettiva e soggettiva dell'imputato rispetto alla sanzione comminata (*id est*: lettura del principio di legalità secondo l'accezione convenzionale, comprensiva, altresì del principio di colpevolezza). Trattasi, come è noto, di un'interpretazione estensiva ed evolutiva del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, a cui si sono aggiunti nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale altri connotati, quali il principio di proporzionalità, accessibilità e prevedibilità anche di tipo soggettivo: in origine, infatti, il principio di legalità convenzionale si declinava in termini di principio di irretroattività della disciplina più sfavorevole, ma non garantiva il diritto all'imputato di beneficiare della applicazione di una pena più mite, prevista da una legge posteriore al reato. Come espresso, infatti, dalla Commissione europea, in seno alle pronunce *X c. Germania del 1978* e *Le Petit c. Regno Unito del 2000*, nonché *Zaprianov c. Bulgaria del 2003*, l'art. 7 CEDU non contemplava il diritto di vedersi applicare una legge più favorevole retroattivamente, nonché dalle prime pronunce della Commissione, la Corte rileva come il *background* normativo si sia notevolmente affinato sia sul piano internazionale sia all'interno della più ristretta dimensione europea: basta citare (a) l'art. 15, § 1 ultima parte del Patto internazionale sui diritti civili e politici, con cui si afferma che "1. [...] Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne"; (b) l'art. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo, con cui si prevede che: "[...] Se successivamente alla commissione del reato la legge dispone che venga imposta una pena più lieve, il colpevole dovrà beneficiarne"; (c) l'art. 49, § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per cui "1. [...] Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima". L'affinamento della sensibilità giuridica è emerso anche in seno alla Corte di Lussemburgo, in relazione all'applicazione ed interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, a partire dal già citato *leading case Berlusconi* e altri, in cui il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite veniva ricondotta all'interno delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, derivandone, pertanto, la conclusione per cui "tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario". Principio ripreso altresì sul piano internazionale, da parte del Tribunale penale internazionale dell'ex Jugoslavia, con la pronuncia del 4 febbraio 2005, in cui si affermava che "il principio della *lex mitior*, se è correttamente inteso, si applica allo Statuto del Tribunale internazionale". In altri termini, secondo la Corte, dalla decisione *X c. Germania del 1978*, "si è formato progressivamente un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che contempla una pena più mite, anche posteriore alla commissione del reato, sia diventata un principio fondamentale del diritto penale".

strumento dell'art. 625-*bis* c.p.p., Scoppola veniva condannato in via definitiva alla pena dell'ergastolo. Con ricorso del 24 marzo 2003, egli adiva la Corte EDU: il ricorso, dichiarato parzialmente ricevibile, veniva poi rimesso alla Grande Camera, che nel settembre 2009 adottava l'ormai noto *revirement*, determinato da un'interpretazione dinamica ed evolutiva delle disposizioni convenzionali, a favore di una visione concreta ed effettiva della tutela dei diritti umani del detenuto.

I giudici di Strasburgo, pur non pronunciando una sentenza pilota, e, decidendo, quindi, esclusivamente in favore del ricorrente, hanno fornito in via generale delle indicazioni fondamentali circa l'esecuzione delle sentenze europee che accertino violazioni di natura sostanziale.

Il caso Scoppola ha comportato infatti l'obbligo per il giudice nazionale di dare esecuzione al *dictum europeo* ed, in particolare, che venisse eliminato il contrasto con la disposizione convenzionale, procedendosi alla sostituzione della pena dell'ergastolo con la più favorevole pena di anni trenta di reclusione: la Cassazione, pur indicandone, nel proprio *iter* argomentativo, l'incidente di esecuzione, quale rimedio più opportuno per la riparazione di tale violazione, ha proceduto direttamente nel caso di specie alla sostituzione della pena in sede di ricorso straordinario *ex art. 625-bis* c.p.p.²⁹.

4.2.

Le Sezioni Unite Ercolano sui casi simili.

All'indomani della sentenza di Strasburgo, le Corti italiane sono state investite da analoghi ricorsi da parte di tutti coloro che lamentavano di aver subito la medesima violazione dello Scoppola, essendo stati condannati alla pena dell'ergastolo per effetto del decreto legge n. 341/2000 per fatti commessi in vigenza della precedente e più favorevole normativa.

Dottrina e giurisprudenza non hanno fornito, in un primo momento, delle soluzioni univoche ed uniformi circa la possibilità di estendere forme di tutela a casi ulteriori rispetto al caso concreto dello Scoppola: da una parte, infatti, si sono registrate posizioni fortemente negative in termini di riapertura del procedimento penale per l'accertamento in sede nazionale di violazioni non sollevate nei termini *ex art. 34 CEDU* dinnanzi alla Corte di Strasburgo³⁰; dall'altra, parte della dottrina si è cimentata nell'individuazione del rimedio normativo più appropriato per consentire il superamento del giudicato in casi simili, anche in assenza di un previo ricorso alla Corte EDU³¹.

La questione è giunta poi alle Sezioni Unite nel caso Ercolano, le quali sono state chiamate a pronunciarsi sulla seguente questione di diritto: *“se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU con la sentenza 17/09/2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in ma-*

²⁹ Cfr. ROMEO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità in executis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2012.

³⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, ud. 18.01.2011 (dep. 22.02.2011), n. 171, con nota di GIALUZ, *Esclusa la riapertura del processo in assenza di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2011. Tale pronuncia viene riportata in VIGANÒ, in *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012, 17 ss.

³¹ Cfr. VIGANÒ, in *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., 17 ss. L'autore individua due diversi rimedi: (a) una prima soluzione potrebbe essere rappresentata dal limitarsi a delegare la questione alla Corte di Strasburgo, attribuendo alla giurisdizione europea la decisione sul singolo ricorso, con il quale il ricorrente abbia fatto valere violazioni già oggetto di precedente sentenza di condanna; (b) secondo una diversa e più articolata argomentazione, si potrebbe propendere per il superamento del giudicato penale attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 46 CEDU, in ragione della quale, a partire dal caso *Broniowski c. Polonia*, la Corte EDU ha progressivamente ampliato i propri poteri, fino a ricomprendervi anche la statuizione di misure generali che impongono allo Stato, non solo di adoperarsi per eliminare la violazione accertata nel caso concreto, ma anche di adottare delle soluzioni di sistema che impediscano il perpetrarsi di violazioni nella generalità dei casi. Secondo l'autore, inoltre, le violazioni accertate dalla Corte EDU determinano una situazione di illegalità della condanna subita e della pena in corso di esecuzione sostanzialmente assimilabile ai fenomeni interni di declaratoria di illegittimità costituzionale o alle ipotesi di inapplicabilità della norma nazionale per contrasto con il diritto dell'Unione europea (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, *El Dridi*, 28 aprile 2011, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2011). La questione più problematica risiede nell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente ad elidere la difformità convenzionale: da una parte, si individua quale soluzione naturale il ricorso alla Corte costituzionale, attesa l'assenza di efficacia diretta della Convenzione e della sua qualificazione quale norma interposta rispetto all'art. 117 Cost.; dall'altra, si avanza l'ipotesi di un'interpretazione convenzionalmente orientata da parte dello stesso giudice ordinario. Si indica, infine, l'incidente di esecuzione quale strumento processuale più appropriato per la rideterminazione del *quantum* di pena inficiato dalla violazione dell'art. 7 CEDU.

*teria, di quella più favorevole*³².

La complessità e la delicatezza degli interessi coinvolti, ha portato la Cassazione a sollevare, a sua volta, questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 d.l. 341/00, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1 Cost., quali norme interposte rispetto all'art. 7 CEDU.

La Corte costituzionale, con la pronuncia del 12 ottobre 2010, n. 230, ha ritenuto fondata la questione posta dalle Sezioni Unite, uniformandosi all'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ha individuato nell'esecuzione penale, la fase naturale della riparazione delle violazioni di natura sostanziale, accertate da una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo (caso Scoppola) ovvero presenti i medesimi requisiti spazio – temporali del caso pilota³³.

Le Sezioni Unite, tornate nuovamente sul caso Ercolano, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, hanno elencato dettagliatamente quattro condizioni in presenza delle quali sia possibile che i “fratelli minori”³⁴ di Scoppola attivino la procedura dell'incidente di esecuzione per ottenere adeguata tutela dei propri diritti: (a) la necessaria identità tra la questione controversa e quella decisa dalla Corte EDU, in ragione della circostanza che la giurisdizione sovranazionale è il giudice del caso concreto, anche laddove la forza espansiva delle sue pronunce si estenda necessariamente ai casi simili; (b) la presenza di vizi strutturali della normativa interna sostanziale sia con riguardo al principio di retroattività della *lex mitior* sia con riferimento ad altri principi di matrice convenzionale; (c) la sussistenza di ampi margini di un'interpretazione convenzionalmente orientata della normativa interna e, viceversa, la mancata esigenza del ricorso alla questione di legittimità costituzionale; (d) l'assenza dei presupposti dell'operatività della revisione europea del processo penale³⁵.

Il fondamento normativo riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità ai c.d. “fratelli di Scoppola” risiede non tanto nell'art. 673 c.p.p., che prevede il potere di revoca del titolo esecutivo da parte del giudice dell'esecuzione in caso di abrogazione ovvero di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, quanto, piuttosto, nell'art. 30, co. 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in ragione del quale “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”, definendo, quindi, un oggetto di tutela più ampio rispetto all'art. 673 c.p.p., con inclusione anche delle modifiche che ineriscono il *quantum* sanzionatorio e non solo la fattispecie incriminatrice.

Un ulteriore tassello è stato posto, seppur con riguardo al profilo più squisitamente interno in merito alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, co. 4. c.p., nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, del D.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva *ex art.* 99, co.4 c.p., dalle Sezioni Unite nel procedimento Gatto³⁶, in cui si è precisato come la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice comporti la necessità di una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, anche a scapito della preclusione del giudicato penale: unica limitazione è rappresentata dall'esaurimento del rapporto esecutivo, atteso che la tutela esecutiva può esplicarsi solamente laddove l'esecuzione della pena sia ancora in essere³⁷.

³² Cfr. Cass., Sez. un. pen., 10 settembre 2012 (ud. 19 aprile 2012), n. 34472. A diverse conclusioni è giunta la giurisprudenza di legittimità nel caso Giannone, in cui la Cassazione ha messo in evidenza la differenza della vicenda rispetto al caso Scoppola: cfr. Cass. Sez. Un. n. 34233/2012, con nota di CRAVETTO, *Osservazioni in tema di successione delle norme sul giudizio abbreviato recanti la previsione della pena*, in *Giur. It.*, 6/2013, 1385 ss.

³³ Cfr. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013*, in *questa Rivista*, 4/2013, 263.

³⁴ Espressione derivata dall'originaria formulazione di VIGANÒ, in *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit.

³⁵ Cfr. Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, Ercolano. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014.

³⁶ Cfr. Cass., Sez. un. pen., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) n. 42858, Gatto. Per una prima lettura della sentenza, cfr., ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena “incostituzionale”*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014.

³⁷ La Corte afferma, inoltre, che “il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale dopo la sentenza irrevocabile”. Cfr. Cass., Sez. un. pen., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) n. 42858, Gatto.

5. In prospettiva *de iure condendo*: il ripensamento dell'esecuzione penale. Il giudice della pena.

È evidente come il dibattito giurisprudenziale sin qui delineato, seppur in estrema sintesi, abbia sollevato delle fortissime criticità in ordine alla questione dell'incidenza delle sentenze della Corte europea, e, quindi, di una giurisdizione sovranazionale, sull'ordinamento interno con un proprio assetto costituzionale e dei principi cardine di sistema: l'esecuzione delle sentenze dei giudici di Strasburgo è una problematica, in primo luogo, di natura costituzionale ed attiene al rapporto tra le giurisdizioni, nazionale, da una parte, ed europea, dall'altra, ed implica necessariamente una riflessione di ampio respiro, che sia in grado di sviluppare delle soluzioni di coordinamento e di armonizzazione tra le Corti e tra le fonti di diritto³⁸.

La recente casistica giurisprudenziale ha dimostrato come l'attuale assetto penal-proceduralistico risulti fortemente inadeguato rispetto all'evolversi degli *standard* di tutela dei diritti umani: ciò comporta necessariamente un ripensamento complessivo dell'ordinamento che tenga conto sia della riformulazione del sistema sanzionatorio sia del processo penale; due riforme che dovrebbero procedere parallelamente e compendiarsi a vicenda secondo una prospettiva unitaria e superiore di *giustizia penale*.

Il punto di partenza potrebbe essere rappresentato da una rimodulazione dell'esecuzione penale e degli schemi procedurali attuativi della pena verso un modello processuale che potenzi la dimensione punitiva ed il momento di (ri)determinazione della pena: l'istituzione di un "giudice della pena", individuabile nella magistratura di sorveglianza piuttosto che in un unico ufficio creato ad *hoc* (comprensivo, quindi, sia della giurisdizione esecutiva in senso stretto sia della giurisdizione penitenziaria/rieducativa) consentirebbe, da una parte, il recupero della dimensione dell'effettività e della certezza della pena eseguita (rispetto alla pena comminata) e, dall'altra, garantirebbe la massima individualizzazione e personalizzazione della risposta sanzionatoria sul singolo, in conformità alla funzione rieducativa della pena *ex art.* 27, co. 3 Cost. ed alle istanze sovranazionali³⁹.

³⁸ Cfr., *ex plurimis*, VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015; PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2015.

³⁹ Cfr., *ex multis*, cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 8; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 37; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 36; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, cit., 117; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 30; VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 311.