

GIOVANNA CHIARANDÀ E FILIPPO FANOLI

**I controlli crescenti del giudice d'esecuzione:
un sistema di impugnazioni "mascherate",
oltre il principio di tassatività**

1. Introduzione e cenni storici

Afferma autorevole dottrina¹ che la disciplina dell'esecuzione penale risulta influenzata da alcune scelte di fondo sui grandi temi del diritto e della procedura penale, quali la funzione della pena e il valore del giudicato.

Tradizionalmente la materia in questione è stata considerata ancillare rispetto al momento dell'accertamento di merito.

Nell'impianto autoritario del codice Rocco, l'affermazione apodittica dell'infallibilità del giudice di merito e il valore di immutabilità del giudicato comportava una configurazione minimalista dell'esecuzione penale². Il giudice dell'esecuzione era inteso come fedele custode del giudicato: ne forniva interpretazione autentica e rimuoveva gli ostacoli alla sua pratica attuazione³. Da ciò discendeva la configurazione della fase in termini meramente amministrativi. Vi era totale assenza di spazi giurisdizionali *in executivis* e il pubblico ministero era protagonista esclusivo di questo momento.

Tale struttura entrò in crisi con le scelte di principio operate dalla Costituzione. Da un lato la piena affermazione del diritto di difesa giurisdizionale (art. 24 Cost.) e dall'altro la funzione rieducativa della pena (art. 27 Cost.) mostrarono l'inadeguatezza del precedente sistema del giudizio di esecuzione. Infatti la centralità della risocializzazione nell'ambito del trattamento sanzionatorio ha imposto la necessaria flessibilità degli accertamenti compiuti in questa fase. Non a caso un primo recupero delle garanzie e dei diritti fondamentali si ritrova nella legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (l. 354/1975). Di lì in poi si è assistito ad un graduale avvicinamento dei procedimenti esecutivi agli standard giurisdizionali del giudizio di cognizione.

L'importanza della materia è testimoniata dalla presenza nella legge delega (l. 81/1987) per la riforma del codice di rito di ben quattro direttive⁴ che la ri-

¹ DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2006, 2: "Ne deriva che l'attuale assetto della fase esecutiva è per lo più l'indiretto risultato -in alcuni casi addirittura il punto di sintesi- dell'evoluzione ideologica che dal secondo dopoguerra in poi ha coinvolto l'intero settore delle scienze criminali."

² DEAN, "La fase esecutiva era considerata il suggello del diritto penale e materiale."

³ Cfr. PRESUTTI, *Esecuzione penale*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma 1996, 1

⁴ La n. 96, la n. 97 che consentiva di "valutare anche in fase di esecuzione il concorso formale di reati e la continuazione", la n. 98 che predicava il coordinamento con la disciplina del procedimento di sorve-

guardano, la più rilevante delle quali è la n. 96 che prescriveva di introdurre *in executivis* “garanzie di giurisdizionalità”.

Le chiare aperture del legislatore delegante furono in parte disattese dal legislatore del codice che mostrò scarso interesse rispetto al tema di fondo, il riequilibrio fra il ruolo delle parti del rapporto esecutivo. L'intervento in funzione conservativa rispetto ad alcuni poteri del pubblico ministero risulta palesemente in contrasto con la riconfigurazione del ruolo di quest'organo come parte a tutti gli effetti⁵. Si tratta, oltretutto, di attività connotate da un alto tasso di discrezionalità⁶. Assai inopportuna appare quindi la formulazione della norma con la quale si apre il Titolo II del libro X (intitolato “esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali”), l'art 655, co. 1, c.p.p che dispone che “[...] il pubblico ministero presso il giudice indicato nell'art. 665 cura d'ufficio l'esecuzione dei provvedimenti”

Successivamente la Corte Costituzionale chiariva il contenuto minimo della giurisdizionalità nell'esecuzione penale con la sent. 16 febbraio 1993, n. 53: “*vocatio in ius*”, “appagamento integrale dell'esigenza di contraddittorio” e “impugnabilità del provvedimento”.

Il quadro si problematizza con la riforma costituzionale dell'art. 111⁷, che ha elevato a livello costituzionale i principi del giusto processo all'interno del nostro ordinamento.

2. Struttura e funzioni del processo di esecuzione

Dovrebbero dunque informare il giudizio di esecuzione quei principi caratterizzanti la giurisdizione in generale, ossia il principio del contraddittorio nella formazione delle prove, la parità fra le parti e la terzietà e l'imparzialità del giudice.

Tuttavia permangono nella struttura del giudizio di esecuzione dei profili problematici rispetto ad un compiuto recepimento di tali principi.

Ciò in relazione, prima di tutto, alla regola di competenza di cui all'art. 665, co. 1, c.p.p., per cui “competente a conoscere dell'esecuzione di un provve-

glianza, la n. 101 che prevedeva il contraddittorio nel processo di riabilitazione

⁵ Cfr. *Parere della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia al progetto preliminare del c.c.p.* in G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, Il progetto preliminare, Padova 1990, p. 1377: “le garanzie di giurisdizionalità nella fase esecutiva appaiono di fatto contraddette dal conferimento al p.m. dei poteri di promozione e di gestione della fase esecutiva” e “il passaggio dalla fase di cognizione a quella di esecuzione segna, in capo al pubblico ministero, il recupero di competenze funzionali che esulano dalle attribuzioni proprie di una parte”

⁶ Si consideri ad esempio il potere di computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo, di cui all'art. 657 c.p.p.

⁷ Riforma avvenuta con la l. cost. n. 2 del 1999.

dimento è il giudice che lo ha deliberato”. Tale norma ripropone un assunto del vecchio schema inquisitorio nel presupposto che “se esiste un giudice in condizioni di meglio conoscere le questioni che possono insorgere nella fase esecutiva[...] questi è proprio il giudice che ha pronunciato il provvedimento”⁸. Tutto ciò obliterando completamente i problemi di una possibile prevenzione da parte di un giudice comunque chiamato a pronunciarsi su un suo provvedimento. Diversi interventi giurisdizionali hanno operato necessarie riduzioni della portata della norma (o forse proposto interpretazioni adeguatrici): dalla nota sent. Cass., Sez. III, 5 Dicembre 1996, Angelucci⁹ alla recente sent. Corte cost. 183 del 2013¹⁰.

La disciplina del giudicato si colloca in apertura del libro decimo dedicato all'esecuzione, dimostrando come esso svolga una funzione di raccordo tra cognizione ed esecuzione¹¹: il legislatore ha inteso impennare l'attività *in executivis* sulla nozione di giudicato

Rileva infatti da questa collocazione la tradizionale caratteristica di presidio di stabilità delle decisioni, profilo che emerge con chiarezza dalla lettura degli artt. 648 (irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali) e 649 c.p.p. (divieto di un secondo giudizio). Lo scopo perseguito è quello di evitare che l'imputato sia esposto ad “una illimitata possibilità di reiterazione di sentenze o di procedimenti penali per lo stesso fatto”¹²

Il necessario parametro di riferimento del giudice dell'esecuzione è infatti un titolo esecutivo valido, di cui è necessario accertare in via preliminare, anche a prescindere dalle richieste di parte, l'esistenza formale e sostanziale. Ciò è confermato da alcuni dati normativi: oltre all'art 670 c.p.p., l'art.672 c.p.p. impone al giudice di procedere all'applicazione dell'amnistia e dell'indulto senza necessità di impulso di parte e l'art. 676, co. 3, c.p.p. prevede in capo al giudice il potere-dovere di accertare, anche d'ufficio, l'estinzione del reato o della pena. Del resto prodromica all'instaurazione del giudizio esecutivo è la verifica *prima facie* sull'ammissibilità della richiesta, ossia sulla sua non manifesta infondatezza (art. 666 c.p.p.).

⁸ CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 180.

⁹ Cass., Sez. III, 5 Dicembre 1996, Angelucci, in *Giur. it.*, II, 455: “se l'organo dell'esecuzione può essere lo stesso che ha emesso il provvedimento di merito, di contro non può esercitare le funzioni di giudice dell'esecuzione il medesimo soggetto che abbia già giudicato della stessa vicenda pronunciando il provvedimento di merito della cui esecuzione si tratta”

¹⁰ Declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 34, co. 1, c.p.p. e 623, co. 1, lett. a), c.p.p. nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di rigetto o accoglimento della richiesta di applicazione della disciplina del reato continuato e della disciplina del concorso formale, a norma dell'art 671 c.p.p.

¹¹ DEAN, cit., 18.

¹² DEAN, *Esecuzione penale*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, II, tomo I, Milano, 2007, 237.

La disciplina del codice vigente dunque da una parte ripropone lo schema di accertamento tradizionale e dall'altra attribuisce al giudice dell'esecuzione di ampi poteri di intervento *post rem iudicatam*.

Infatti le prerogative di quest'ultimo hanno degli effetti potenzialmente manipolativi e, in alcuni casi, addirittura revocatori del giudicato di merito e riproducono schemi di decisione propri del giudizio di cognizione¹³: si pensi, ad esempio, all'applicazione della disciplina del reato continuato ovvero del concorso formale ex art. 81 c.p., che può incidere considerevolmente sulla determinazione quantitativa e qualitativa della pena, rivisitando statuizioni cristallizzate in provvedimenti irrevocabili.

Queste incongruenze derivano senza dubbio dalla mancata o ambigua adesione al modello del processo bifasico¹⁴, discussa già nel progetto di riforma del 1978 e non compiutamente realizzata all'interno del codice del 1988. Oggi, per di più, la questione si ripropone in modo drammatico a seguito della nota sentenza emessa dalla Gran Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di ergastolo¹⁵.

Rilevanti profili di criticità in relazione all'attuazione del principio del contraddittorio si rinvencono nell'ambito dei poteri delle parti nella materia della formazione delle prove: le dinamiche probatorie del procedimento d'esecuzione, che si svolge con la modalità del giudizio in camera di consiglio, sono caratterizzate dalla centralità del ruolo attribuito al giudice¹⁶. L'art. 666, co. 5, c.p.p., in materia di prove precostituite (documenti e informazioni), esclude radicalmente la sussistenza di un onere probatorio a carico dell'interessato, prevedendo piuttosto un onere di allegazione e gravando l'organo giurisdizionale di un obbligo di procedere ai relativi accertamenti. In caso di prove costituenti, al contrario, la regola comportamentale che orienta l'azione del giudice è quella della formazione della prova nel contraddittorio ("procede in udienza nel rispetto del contraddittorio"): l'art. 185 disp. att. c.p.p. però esime dal rispetto di particolari formalità con lo scopo di conciliare esigenze di celerità e garanzie di formazione dialettica della prova.

Evidenti sono i debiti di tale meccanismo nei confronti dell'impostazione inquisitoria-autoritaria. In tal senso, l'opinione del Di Chiara¹⁷: "la scarna nor-

¹³ Cfr. DEAN, *Esecuzione penale*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, II, tomo I, Milano, 2007, 251: "l'intervento giurisdizionale *post rem iudicatam* [...] si sta progressivamente omologando a quello proprio della fase di cognizione"

¹⁴ Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2006, 14: "l'attuale trama codicistica rivela [...] la latenza di una sorta di modello bifasico implicito".

¹⁵ Corte eur. dir. uomo, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito.

¹⁶ Cfr. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2006, 111.

¹⁷ DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 280.

mativa dettata in materia di istruzione probatoria interna alla camera di consiglio evidenzia [...] un ruolo centrale del giudice che procede, in sede tanto di ammissione quanto di assunzione della prova, assegnando alle parti un ruolo residuale di netto secondo piano. Il giudice ha in realtà poteri discrezionali amplissimi, non essendo in tal senso vincolato al principio della domanda”.

Chiusa la fase istruttoria, formulate le richieste di parte, il procedimento passa in decisione, concludendosi con l'ordinanza che accoglie o rigetta l'istanza. Unico mezzo di impugnazione avverso tale ordinanza è il ricorso per cassazione, art. 666, co. 6, c.p.p. Non si può non constatare le criticità derivanti da tale scelta del legislatore: suscita dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con l'ordinamento CEDU la mancanza del doppio grado di giudizio di merito.

In questo senso va considerata la sentenza Cass., Sez. I, 22 febbraio 2011, Clark, S. che ha postulato la non rinunciabile necessità che in tema di confisca sia assicurato a tutti i soggetti interessati un doppio grado di giudizio di merito, convertendo il ricorso in opposizione ex art. 667, co. 4, c.p.p. Ciò in quanto, ha argomentato la Suprema Corte, in ipotesi del genere “il ricorrente viene privato della fase di rivalutazione del provvedimento da parte del giudice dell'esecuzione, il quale, al contrario del giudice di legittimità, ha cognizione piena delle doglianze, ed è giudice deputato a prendere in esame tutte le questioni che il ricorrente non è stato in grado di sottoporre a un giudice di merito, in quanto sostanzialmente privato di un grado di giudizio in una materia in relazione alla quale il legislatore ha previsto la fase dell'opposizione, proprio per la sua peculiarità”. La sentenza dimostra sensibilità nei confronti dei principi dell'ordinamento CEDU. Il riferimento è in particolare agli artt. 3 e 4 §2, Protocollo aggiuntivo n. 7, che configurano il diritto al doppio grado di giudizio come un vero e proprio diritto soggettivo dell'accusato, degno di tutela rispetto all'intero spazio giuridico europeo.

A fronte di tali problematicità e incongruenze in questa materia, si registra l'atteggiamento della giurisprudenza che spesso si è arrogata il potere di integrare in sede esecutiva le pretese carenze del giudice di merito, ricavando dalla sentenza elementi anche non chiaramente espressi o addirittura spingendosi a valutare prove non acquisite e non valutate, oltre che procedendo all'assunzione delle prove in *executivis* ex art. 666, co. 5, c.p.p.¹⁸

Forti le preoccupazioni espresse dalla dottrina che paventa il rischio “di qualche applicazione eterodossa e troppo disinvolta, elusiva del minimo etico dell'equità e comunque *contra reum*[...]. É addirittura ovvio il pericolo di un

¹⁸ Cfr. GAITO, *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, 24.

processo continuo che, attraverso la moltiplicazione dei fenomeni erosivi delle statuizioni pregresse, attenua la stabilità”¹⁹ del giudicato.

Del resto, su tale questione è intervenuta la Corte Costituzionale (sent. n. 96 del 3 Aprile 1996), chiarendo che “gli interventi *in executivis* sulla pronuncia del giudice di cognizione costituiscono l’espressione di un potere eccezionalmente conferito dalla legge e, come tale, non suscettibile di applicazione analogica”. I poteri revocatori del giudicato, previsti in capo al giudice dell’esecuzione “assecondano comunque esigenze di giustizia postume: in un caso garantendo al condannato il diritto alla sentenza più favorevole tra quelle rese per il medesimo fatto; in un altro caso scongiurando possibili disparità di trattamento sanzionatorio nei confronti di chi non abbia potuto tempestivamente beneficiare della disciplina del concorso formale o del reato continuato; in un altro caso ancora assicurando l’immediata rimozione del provvedimento di condanna qualora esso non trovi più fondamento nella norma incriminatrice per sopravvenuta *abolitio criminis*”²⁰ (rispettivamente artt. 669, 671, 673). Si è espressa nel senso che il giudizio di esecuzione è luogo in cui è possibile rimuovere le iniquità del giudizio di cognizione anche la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nella sent. Dorigo.²¹

Rimane da chiedersi quanto la struttura del giudizio di esecuzione si adeguata a tale funzione, in particolare in materia di diritto alla prova.

Si presentano, poi, forti dubbi di coerenza con il fondamentale canone di tassatività riproposto dal legislatore del codice in materia di impugnabilità cd. oggettiva all’art. 568, co. 1, c.p.p., in base al quale l’*an* e il *quomodo* dei rimedi contro i provvedimenti del giudice è previsto espressamente dalla legge, non ammettendosi in materia il ricorso all’analogia. Il secondo comma dell’articolo di cui sopra, nel ribadire il principio costituzionale di cui all’art. 111 Cost. della generale ricorribilità per Cassazione delle sentenze e dei provvedimenti *de libertate*, non arriva a scalfire la regola della tassatività. Ciò che muta, tra il primo e il secondo comma dell’art. 568 c.p.p., è solo il modo di attribuzione della impugnabilità, che nel secondo caso è fissata in via generale dalla stessa Costituzione.

I dubbi infine diventano certezze in situazioni in cui la deriva giurisprudenziale si spinge a dilatare gli ambiti della cognizione del giudice dell’esecuzione in luoghi ad essa completamente estranei.

¹⁹ GATO, *ibidem*, 1028

²⁰ G Dean, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p.45

²¹ Corte Europea dei Diritti dell’uomo, sent. 9 Settembre 1998, Dorigo c. Italia, nella quale l’accertata violazione del diritto al contraddittorio nella formazione della prova è considerata causa di in

3. La vicenda dell'Atleta di Fano.

È emblematico, in relazione ai rischi derivanti dalle criticità sottolineate, quanto è avvenuto all'interno della complessa vicenda giudiziaria riguardante la statua del c.d. Atleta di Fano. Una breve premessa ricostruttiva²²: la statua, denominata Atleta Vittorioso, attribuita allo scultore greco Lisippo, fu rinvenuta nell'agosto 1964 da un equipaggio di pescatori di Fano, durante una battuta di pesca a strascico in un tratto di mare prospiciente Pedaso, in acque internazionali. L'opera, a seguito di diverse compravendite, fu acquistata nel 1977 dal Getty Museum e trasportata negli USA. La responsabilità penale dell'acquirente statunitense non è mai stata neppure adombrata, essendo avvenuta l'acquisizione da parte del Getty Museum circa sette anni dopo la definizione del processo penale a carico dei soggetti *illo tempore* imputati di ricettazione, assolti definitivamente in appello nel novembre 1970. A tale atteggiamento ha fatto seguito nel 2007 l'iscrizione nel registro di cui all'art 335 dei pescatori che rinvennero la statua da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pesaro. Il procedimento, essendo stato aperto a carico di soggetti deceduti (uno dei quali da quasi trent'anni) e le cui posizioni erano sicuramente prescritte, si è concluso con provvedimento di archiviazione, che contestualmente ha rigettato la richiesta di confisca della statua avanzata dal pubblico ministero. Dopo circa un anno, fatto decorrere *inutiliter* il termine per proporre impugnazione, il pubblico ministero ha proposto incidente di esecuzione, reiterando la richiesta di confisca della statua presso il Getty Museum. Il giudice dell'esecuzione a seguito di un serie di udienze partecipate ha accolto la richiesta, disponendo la confisca.

In questa vicenda risulta palese la distorsione della funzione del procedimento esecutivo, piegato al raggiungimento di un obiettivo di natura politica: il trasferimento in Italia della statua, più volte reclamato durante gli ultimi decenni da varie autorità politiche.

I rischi sopra paventati si concretizzano negli inquietanti risvolti di questa vicenda giudiziaria, in cui le basi di struttura delle procedure vengono ignorate: si assiste al nonsenso della richiesta di modifica dell'esecuzione di un provvedimento che non è mai venuto ad esistenza, in spregio alle elementari garanzie giurisdizionali, alla stabilità del giudicato e alla certezza del diritto. La procedura esecutiva di cui si tratta, infatti, non verte affatto su questioni inerenti un titolo esecutivo esistente, ma mira a crearne uno *ex novo*. In modo chiaro la questione di diritto è inquadrata nei nuovi motivi di ricorso in Cassazione

²² GAITO, ANTINUCCI, *Prescrizione, terzo estraneo e confisca in executivis di beni archeologici (a margine della vicenda dell'atleta Vittorioso di Lisippo)*, in *La giustizia patrimoniale* a cura di A. Bargi e A. Cisterna, in *Diritto e Procedura penale*, Torino 2011, 1085.

del legale rappresentante del Getty Museum: “Opporsi ad un titolo esecutivo non altrimenti impugnabile da parte del soggetto pregiudicato da quel titolo (in ipotesi: terzo proprietario del bene *confiscato*) è cosa ben diversa da opporsi ad un provvedimento che *non è un titolo esecutivo* nella misura in cui non contiene alcun “comando” cui dare attuazione, bensì decisione liberatoria del giudice del merito che, lo si voglia o no, non è soggetta ad impugnazione laddove non prevista dalla legge.”

È fuori discussione che la richiesta del p.m. in sede di esecuzione esuli del tutto dall’ambito della cognizione del giudice per come definito dall’art. 665 c.p.p.: si chiede un “un accertamento, asseritamente non compiuto nella precedente fase del merito, in ordine all’atteggiamento psicologico dell’acquirente, tendente a dimostrare la asserita mala fede del rappresentante del Getty Museum, all’atto di acquisto della statua, connotato dalla consapevolezza di entrare in possesso di un bene di illecita provenienza”²³

4. Conclusioni.

Il complesso degli istituti processuali che compongono la disciplina dell’esecuzione si presenta dunque piuttosto incoerente a cagione della nebulosità della loro funzione: in bilico fra fornire rimedi a situazioni di ingiustizia sostanziale (originaria o sopravvenuta) e rimanere legati alle vecchie suggestioni di un giudicato circondato da un alone di sacralità, scaturente dall’”accertamento reale del fatto”²⁴ e arroccato in “una specie di castello turrito, tetragono ad ogni aspirazione di giustizia”²⁵. A questo proposito giova ricordare il monito di accorta dottrina: “L’esasperata valorizzazione dei vincoli scaturenti dal giudicato penale rischia di sacrificare fondamentali esigenze di giustizia lasciando l’ordinamento impotente afronte di situazioni di manifesta iniquità giudiziaria: tanto maggiore è, infatti, il grado di resistenza della *res iudicata* all’interno dell’ordinamento, tanto minore è – ovviamente in determinati casi – lo spazio che separa l’imperatività del comando giudiziale dall’abuso”²⁶.

²³ GAITO, ANTINUCCI, *Prescrizione, terzo estraneo e confisca in executivis di beni archeologici (a margine della vicenda dell’atleta Vittorioso di Lisippo)*, in *La giustizia patrimoniale* a cura di A. Bargi e A. Cisterna, in *Diritto e Procedura penale*, Torino 2011, 1087.

²⁴ Art. Rocco, *La cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale*, in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1932, 231

²⁵ LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956

²⁶ DEAN, *Esecuzione penale*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, II, tomo I, Milano, 2007, 237.

ARCHIVIO PENALE 2014