

# CONVEGNI

---

## FILIPPO GIUNCHEDI

### Errori di giudizio e rimedi in esecuzione\*

Oramai il dogma del giudicato risulta superato, grazie ad una tendenza volta a riconoscerne la sua “flessibilità”. Risultato pienamente conseguibile se dall’utilizzo della sola prova preconstituita si passerà a quella costituenda.

*Errors of judgment and remedies in execution*

*The dogma of res judicata is now outdated, thanks to a tendency to recognize its “flexibility”. This result is fully achievable if we move from the use of pre-established evidence alone to that which is to be constituted.*

**SOMMARIO:** 1 La tensione verso orizzonti più ampi. - 2. Il superamento del dogma del giudicato. - 3. La giurisdizionalizzazione dell’esecuzione penale. - 4. Il giudicato “flessibile”. - 5. Gli itinerari della Casazione. - 6. La “chiave di volta”: la piena espansione della prova *in executivis*.

1. *La tensione verso orizzonti più ampi.* «La funzionalità e la credibilità di un sistema processuale dipendono dalla maggiore o minore idoneità dello stesso ad evitare l’errore giudiziario o, quanto meno, a mitigarne gli effetti e le più drammatiche conseguenze»<sup>1</sup>, ricordava il prof. Dalia nel contributo destinato agli studi in ricordo di Giandomenico Pisapia.

Riflessione questa che ben si attaglia ai controlli previsti nel segmento del *post iudicatum*, andando con ciò a dissolvere il dogma del mito del giudicato<sup>2</sup> nel quale un tempo l’errore restava affogato, in quanto costituiva «una specie di castello turrato, tetragono ad ogni aspirazione di giustizia»<sup>3</sup>.

Insomma, se, da un lato, v’è la tensione verso un modello che scongiuri e/o ponga rimedio all’errore giudiziario, dall’altro, v’è la necessità di concludere una determinata controversia<sup>4</sup> da leggere anche quale garanzia ad una illimitata

---

<sup>00</sup> Testo, corredato delle note essenziali, della relazione tenuta al Convegno dell’Associazione tra gli Studiosi del Processo penale “G.D. Pisapia” dal titolo «Dove va la giustizia penale», tenutosi presso l’Università degli studi di Milano dal 12 al 14 dicembre 2024.

<sup>1</sup> DALIA, *Riflessioni in tema di errore giudiziario*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 223.

<sup>2</sup> Recentemente in materia, MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012; CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009; VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009.

<sup>3</sup> LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 197.

<sup>4</sup> DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 90, nt. 32, e, analogamente, LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 913.

possibilità di persecuzione penale; altrimenti ogni lite diverrebbe un focolaio cronico. D'altro canto, il sistema penale – e non solo – necessita di certezze, ma al contempo deve trovare degli antidoti finalizzati a rimuovere, quantomeno in parte, gli errori coperti dal giudicato, quale «più vistosa e potente causa di sanatoria delle imperfezioni verificabili in campo processuale»<sup>5</sup>.

Le tradizionali classificazioni in tema di errore si concentrano sulle conseguenze che esso determina sul piano processuale e sull'oggetto su cui cade<sup>6</sup>, muovendo dalla distinzione tra errori di fatto ed errori di diritto.

Alla prima categoria afferiscono senza dubbio quelli che vengono definiti errori giudiziari, come la condanna di un innocente a causa di una netta frattura tra l'oggetto e i supporti della cognizione e della decisione rispetto alla realtà. Insomma, la dimensione dell'errore è di carattere fenomenico.

Invece, alla categoria degli errori di diritto appartengono sia gli errori in cui incorre il giudice nell'individuazione e nell'applicazione delle norme che disciplinano il rapporto processuale, cc.dd. *errores in iudicando*, sia gli errori nell'osservanza delle norme giuridiche regolanti lo svolgimento del processo, cc.dd. *errores in procedendo*.

La dicotomia tra errori di fatto e di diritto, che ha tradizionalmente fondato la categoria dell'errore, sembrerebbe escludere la possibilità che anche i secondi possano dar luogo all'errore giudiziario, il quale, pertanto, rimarrebbe assorbito nel giudicato, diversamente dagli errori di fatto che, in forza di un più alto senso etico di giustizia, necessitano di essere rimossi.

In effetti, focalizzando la revisione – l'istituto che per antonomasia è destinato a rimuovere gli errori giudiziari – ed il presupposto per la sua ammissibilità, costituito dal proscioglimento del condannato, sembrerebbe che tale affermazione sia ineccepibile. Epperò, non può affermarsi che un errore di diritto non possa condizionare l'accertamento<sup>7</sup>, sol che si pensi alla negazione di un mezzo di prova decisivo per dimostrare l'estraneità di un soggetto al reato, come nel caso della prova d'alibi. D'altronde, la necessità di dar luogo a certezza e

---

<sup>5</sup> CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, 95.

<sup>6</sup> CARINI, *Errore e rimedi*, in *Dig. disc. pen.*, IV, *Aggiornamento*, Torino, 2008, 267.

<sup>7</sup> GALANTINI, *L'inutilizzabilità delle prove nel processo penale*, Milano, 1992, 264.

stabilità delle decisioni passa non solo dal fatto, ma anche dalla sacrale osservanza delle regole del gioco<sup>8</sup> in quanto strumentale alla dimensione gnoseologica.

Proprio da queste premesse di sistema, il legislatore ha realizzato un sistema di controlli *in executivis* che, seppur lasciando inalterato l'epilogo in ordine all'accertamento sulla responsabilità, sono destinati ad incidere sensibilmente su di questo così da legittimare la plastica espressione di giudicato "flessibile"<sup>9</sup>. Si tratta di una congerie di strumenti, rispondenti a differenti finalità, che si presentano idonei a modellare il titolo esecutivo, depurandolo da quegli errori che hanno caratterizzato il giudizio di cognizione.

D'altronde, la centralità dell'individuo e dei suoi diritti inviolabili riconosciuta dalla Costituzione, si è proiettata nel codice attuale con la previsione di istituti legittimanti interventi revocatori o modificativi del titolo esecutivo<sup>10</sup>.

Ed è naturale che tutto ciò richiedesse un valido compromesso.

Specificamente.

Se la preclusione verso una riforma *in peius* della decisione irrevocabile trova il suo baluardo nel divieto di *bis in idem*, il referente costituzionale finalizzato a porre rimedio agli errori giudiziari (art. 24, co. 4 Cost.) non impedisce modifiche *in melius* del giudicato. Semmai, sul piano operativo, occorre plasmare modelli idonei a porre rimedio a rilevanti situazioni di ingiustizia, senza con questo estromettere dall'ordinamento l'istituto del giudicato per le gravissime ripercussioni sulla funzionalità del sistema nel suo complesso, non tanto per aspetti ideologici, ma pratici, come, ad esempio, per porre un limite all'utilizzo delle risorse umane ed economiche<sup>11</sup>. È questo lo spirito che ha animato gli interventi in sede esecutiva, mediante il riconoscimento all'organo giurisdizionale deputato ad intervenire in tale fase del potere cognitivo necessario per

---

<sup>8</sup> GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 45 ss.

<sup>9</sup> DINACCI, *Modello esecutivo e «giusto processo»*, in *Inazione, controlli, esecuzione. Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean*, a cura di Fiorio, Fonti, Montagna, Ospedaletto, 2017, 177 ss.; ID., *Il momento esecutivo tra giurisdizionalità incompiuta e potenzialità revocatorie*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 579 ss.

<sup>10</sup> TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2.4.2015, 2.

<sup>11</sup> TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 5.

revocare o modificare *quoad poenam*, con le forme e le garanzie tipiche del giudizio, la decisione definitiva.

Queste prime considerazioni potrebbero spingere a chiedersi se demandare questi correttivi alla fase *post rem iudicatam* sia corretto in quanto l'ampiezza di interventi assai variegati<sup>12</sup> sembra, sul piano cognitivo, soffrire la limitatezza dei poteri accertativi del giudice, ridimensionati sul piano probatorio non tanto per limitazioni poste dal legislatore, ma piuttosto per una consolidata prassi che tende a svilirlo, ricorrendo essenzialmente ad un contraddittorio "sulla" prova<sup>13</sup>. L'ortodossia sistematica è avvalorata dal fatto che il giudicato, costituente l'epilogo consumativo della vicenda giudiziaria, funge da ideale raccordo tra la fase di cognizione e quella di esecuzione «in quanto la trama codicistica sembra postulare l'assenza di qualsiasi soluzione di continuità tra i due segmenti procedurali, individuando nel giudicato il punto di arrivo del primo e, ad un tempo, il punto di partenza del secondo»<sup>14</sup>. Proprio questa sua natura "polimorfa"<sup>15</sup> risulta idonea a garantire la stabilità delle decisioni in punto di responsabilità, ma al contempo a modellare il titolo per renderlo conforme a quei mutamenti che lo condizionano e non lo rendono più idoneo a dar luogo ad un'esecuzione "giusta" o - come è stato opportunamente precisato - "leale"<sup>16</sup>. Un'esecuzione che, costituente il *facere* che deve seguire al *dicere* contenuto nel provvedimento irrevocabile, deve aprirsi alla necessità, dettata da varianti successive, di modellare il titolo esecutivo per salvaguardare prerogative individuali tanto a favore che a svantaggio del reo.

2. *Il superamento del dogma del giudicato*. Definito l'obiettivo, occorre individuare, sul piano sistematico, lo strumento per consentire questa attività di costante adeguamento dei contenuti del giudicato alla situazione effettiva, non più rispondente a quanto accertato in sede di cognizione a seguito del mutamento dei presupposti fondanti il giudicato<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> AA.VV., *Esecuzione penale e modifiche del giudicato*, a cura di Troisi, Torino, 2023, *passim*.

<sup>13</sup> Volendo GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino, 2012, *passim*.

<sup>14</sup> DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 18.

<sup>15</sup> DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 18.

<sup>16</sup> GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2016, 17 s.

<sup>17</sup> GAITO, *Poteri di integrare il merito "post rem iudicatam"*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1322.

Dopo qualche iniziale esitazione, dettata, ad esempio, dall'incompatibilità con i tratti della "cosa giudicata"<sup>18</sup>, si è imposta la tesi secondo cui permanga l'effetto autoconservativo del giudicato in corrispondenza della persistenza di una situazione giuridica o materiale. Qualora, però, questa dovesse mutare non risulterebbero più giustificabili gli effetti giuridici prodotti da un titolo ad essa non più adeguato. Da qui l'idea che la stabilizzazione giuridica di tali accertamenti sia da ricondurre al concetto di preclusione tanto per la sua portata meramente endoprocessuale quanto per stagiare nitidamente la differenza con il tradizionale concetto di giudicato<sup>19</sup>.

Sono queste le ragioni per cui, al pari di quando si verifica con il c.d. giudicato cautelare, *in executivis* si è fatto ricorso alla figura del giudicato "allo stato degli atti", istituto capace di offrire stabilità alla *res iudicata*, ma, al contempo, a renderla suscettibile di modifiche in presenza di un *quid novi*, ovvero una diversa o nuova situazione di fatto o di diritto.

La correttezza di questa impostazione è stata avallata *per tabulas*. L'art. 666, co. 2 c.p.p. preserva il provvedimento - originario o effetto di precedente intervento giurisdizionale *post iudicatum* - da istanze basate sui medesimi elementi di fatto e/o di diritto. Si tratta di un prototipo legato alla dimensione mutevole dei presupposti: «"preclusione", "irrevocabilità" e "giudicato" sono, secondo una scala crescente di valore, gli istituti coinvolti nel fenomeno in questione, con il quale condividono, il primo, il regime sanzionatorio dell'atto vietato (inammissibilità), il secondo ed il terzo, le conseguenze operative ed effettuali dell'atto vincolato (immediata esecutività e, rispettivamente, divieto del *bis in idem*)»<sup>20</sup>.

Se, quindi, non vi è da dubitare sul costante adeguamento del giudicato a situazioni che rendono la pena non più rispondente alla situazione di fatto e/o di diritto, può affermarsi che l'intervento del giudice dell'esecuzione sia consentito fintanto che la pena sia in esecuzione. Se questa è la regola, l'eccezione è costituita da interventi che incidono sul titolo esecutivo oltre la sua esecuzione, come nell'ipotesi in cui la pena risulti illegale per *abolitio criminis* o per declaratoria di illegittimità costituzionale, trattandosi di vicende che possono

---

<sup>18</sup> LORUSSO, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato cautelare: il c.d. ne bis in idem cautelare*, in *Cass. pen.*, 1994, 650.

<sup>19</sup> DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 23.

<sup>20</sup> DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 26.

incidere, indipendentemente dalla sua compiuta esecuzione, anche sugli effetti penali<sup>21</sup>.

È inevitabile che questa nuova concezione del segmento *post iudicatum* implichi di rivisitare la funzione del giudice dell'esecuzione, dovendosi abbandonare gli stereotipi del passato secondo cui l'esecuzione penale costituiva una mera appendice del processo finalizzato ad emettere una decisione in ordine alla responsabilità dell'imputato<sup>22</sup>. Secondo questa concezione era qui che il giudice esauriva la sua funzione e, conseguentemente, non poteva attribuirsi a tale fase natura giurisdizionale. Emessa la decisione ed effettuati i controlli, il ruolo del giudice veniva relegato ad un compito meramente amministrativo di fedele custode del comando contenuto nella decisione con il compito di renderlo operativo<sup>23</sup>, tanto che con il nuovo codice questa attività è stata traslata in capo al pubblico ministero, affidando al giudice la risoluzione delle controversie insorgenti nella realizzazione del comando, mediante incidenti, costituenti modelli procedurali incarnanti la tipica funzione giurisdizionale<sup>24</sup>.

3. *La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale.* L'inquadramento dogmatico di detti interventi giurisdizionali non è stato semplice. Prova ne sia l'accesa *querelle* che si è creata in riferimento ai principi portanti della nuova concezione dell'esecuzione penale in seno all'attuale codice, già manifesti nella direttiva n. 96 della legge-delega i cui punti più alti sono costituiti dalle «garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione», dalla «necessità del contraddittorio nei procedimenti incidentali in materia di esecuzione» e dalla «impugnabilità dei provvedimenti del giudice».

Si tratta di aspetti, nuovi rispetto alla precedente concezione "amministrativa" della fase esecutiva, i quali, inevitabilmente, hanno suscitato perplessità per l'incidenza sul giudicato, sino ad allora ammantato da una presunzione legale di verità<sup>25</sup> finalizzata a tutelare la *res iudicata* anche a costo di asseverare la sua possibile falsità<sup>26</sup>. Affermazione questa che va temperata in relazione agli effetti

---

<sup>21</sup> GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., 39 ss.

<sup>22</sup> CORBI, *Esecuzione penale*, in *Dig. Pen.*, cit., IV, 1990, 290.

<sup>23</sup> PRESUTTI, *Esecuzione penale*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1996, 1.

<sup>24</sup> GIANZI, *L'incidente nell'esecuzione penale*, Napoli, 1965, *passim*.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 27 ss.

<sup>26</sup> KELLER, *Über litis contestation und urtheil nach classischem römischem recht*, Zurigo, 1827, 206 ss.

che ne conseguono poiché, in ipotesi di conflitto di giudicati, si tende sempre a far prevalere la decisione con effetti meno pregiudizievoli per l'accusato, chiaro sintomo di una concezione ispirata non ad un criterio cronologico (la pronuncia divenuta irrevocabile per prima), ma piuttosto al principio del *favor rei*<sup>27</sup> con inevitabili ripercussioni sul piano della coerenza<sup>28</sup> posto che si fa prevalere la sentenza assolutoria indipendentemente dalla sua "giustizia" o erroneità<sup>29</sup>. Questa importante *regula iuris*, consacrata nell'attuale codice all'art. 649 c.p.p., che sostanzia il principio del *ne bis in idem*<sup>30</sup>, opera non solo in ipotesi di contrasto di giudicati aventi ad oggetto la stessa persona e lo stesso fatto anche se «diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze», ma anche quando per esigenze di giustizia sostanziale – da leggere quali interessi prevalenti – è necessario operare un effetto demolitorio del giudicato mediante impugnazioni straordinarie o con forme di adeguamento dello stesso in quanto l'ordinamento deve superare plurime pronunce che contengono apprezzamenti di fatto e/o di diritto logicamente inconciliabili<sup>31</sup>.

In sintesi, pur essendo innegabile che il giudicato formale renda la decisione intangibile per i giudici che l'hanno emessa e per quelli che su di essa sono intervenuti in funzione di controllo<sup>32</sup>, l'ordinamento prevede degli strumenti volti ad incrinare il dogma ogni qualvolta esigenze di giustizia impongono che la *res iudicata* sia rimessa in discussione al fine di scongiurare il perpetrarsi dell'errore giudiziario<sup>33</sup>.

Queste brevi premesse aprono il campo a due ulteriori aspetti che consentono di avvalorare la tesi secondo cui un giudicato penale "assoluto", non manipolabile cioè, sia da bandire dal nostro ordinamento in linea con quanto insegnava Carnelutti: «quando la posta in giuoco non è la proprietà, tua o mia, ma

---

<sup>27</sup> LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961, 331 ss.; ma anche DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 102 ss.; LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, cit., 915.

<sup>28</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlino, 1925, 428.

<sup>29</sup> MANZINI, *Diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1956, 711.

<sup>30</sup> DE LUCA, *Giudicato (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1988, 2.

<sup>31</sup> DE LUCA, *Giudicato (diritto processuale penale)*, cit., 2, e, più di recente, NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, 6, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, a cura di Kalb, Torino, 2009, 23 ss.

<sup>32</sup> DE LUCA, *Giudicato (diritto processuale penale)*, cit., 1.

<sup>33</sup> Tra i tanti, LUPACCHINI, *Rilievi in tema di errore giudiziario*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, coord. da Gaito, Padova, 1996, 221 ss.; ZUCKERMAN, *L'errore giudiziario nel processo penale inglese: un trattamento radicale*, in *Il giusto processo*, 1992, 297 ss.

puramente la mia libertà, qual è la contropartita del sacrificio che l'immutabilità impone alla giustizia della decisione?»<sup>34</sup>.

Il primo riguarda la sfera della responsabilità e della pena. Con la pronuncia, infatti, si afferma o si nega la responsabilità di un soggetto. Nel primo caso, determinata la responsabilità dell'imputato, si passa alle statuizioni di carattere sanzionatorio<sup>35</sup>, adattabili grazie agli interventi successivi che passano da quelli tipici della fase esecutiva a quelli devoluti alla magistratura di sorveglianza, come le misure alternative alla detenzione.

Il secondo aspetto è quello che attiene alle questioni relative al giudicato, di competenza del giudice dell'esecuzione, con le quali si tende ad assicurare la perdurante legalità e adeguatezza del titolo esecutivo. Ne sono esempi la pronuncia di *abolitio criminis* o il riconoscimento del concorso formale che vanno a minare la certezza e stabilità del giudicato, seppur in nome di esigenze di giustizia sostanziale. Si profila quindi – come è stato opportunamente sottolineato<sup>36</sup> – un adeguamento continuo del giudicato e della sanzione, nonostante sia ancora remota la realizzazione di un processo penale bifasico secondo i tratti tipici della tradizione accusatoria angloamericana<sup>37</sup>.

4. *Il giudicato "flessibile"*. Tralasciando di ripercorrere gli itinerari seguiti, soprattutto dalla giurisprudenza, per superare l'intangibilità del giudicato interno a fronte di decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo dichiarative dell'iniquinà del processo interno – interventi che hanno sicuramente incrementato l'idea dell'indispensabilità di un giudicato "flessibile" – focalizziamo gli istituti previsti a tal fine dal nostro ordinamento.

Al rimedio tradizionale della revisione della sentenza di condanna e del decreto penale, vi sono altri strumenti che permettono di incidere sul titolo mediante interventi *in executivis*: la revoca della sentenza meno favorevole al condannato

---

<sup>34</sup> CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 291.

<sup>35</sup> DELLA MONICA, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, IV, *Aggiornamento*, cit., 387.

<sup>36</sup> GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, 899.

<sup>37</sup> CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 706; GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, in *Prospettive criminologiche e processo penale*, Milano, 1984, 253; KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, cit., 391; MIELE, *Per una ristrutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, in *Il giusto processo*, 1992, 13, 97.

in caso di *bis in idem* (art. 669 c.p.p.), la disciplina dell'applicazione del concorso formale e del reato continuato (art. 671 c.p.p.), la revoca della sentenza per *abolitio criminis* o per declaratoria di incostituzionalità di una norma incriminatrice (art. 673 c.p.p.); non trascurando, poi, le questioni sul titolo esecutivo previste dall'art. 670 c.p.p. che, come osservato, ha rappresentato per la sua poliedricità lo strumento garantistico per impedire che decisioni giudicate non eque dalla Corte di Strasburgo, continuassero a produrre effetti negativi nei confronti di soggetti condannati in Italia<sup>38</sup>. Allo stesso modo, non possono trascurarsi altri istituti che, alla bisogna, permettono di superare una situazione formalmente ineccepibile in quanto consacrata nel giudicato, ma che in effetti non corrisponde alla fenomenologia della responsabilità e alla disciplina processuale per riscontrarla. Il pensiero corre subito a quelle ipotesi di estensione dell'impugnazione previste dall'art. 587 c.p.p. che opera come forma di rimedio straordinario il quale, secondo l'interpretazione offerta dalle Sezioni unite<sup>39</sup>, interviene in seconda battuta e quindi ipoteticamente anche a pena già interamente espiata. Anche in questo caso spetta al giudice dell'esecuzione rendere operativo - utilizzando la proposta di chi ha suggerito di utilizzare il modello dell'art. 669 c.p.p.<sup>40</sup> - l'effetto estensivo *in melius* quale «rimedio straordinario contro il giudicato che ne determina, secondo i casi, la rescissione totale o parziale»<sup>41</sup>.

In generale i rimedi predisposti in esecuzione avviano un processo osmotico tendente a creare un fenomeno complesso che interseca attività cognitiva ed esecutiva che si riverbera sul piano delle forme<sup>42</sup>. E questo offre l'idea delle potenzialità degli istituti disciplinati nel libro X del codice di rito, attitudine riconosciuta anche dalla giurisprudenza.

Infatti, già ancor prima dell'entrata in vigore del Codice Vassalli, la Cassazione ritenne «rilevabile anche in sede di esecuzione l'applicazione di una pena illegittima non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art.

---

<sup>38</sup> Esemplamente Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, Rv, n. 235035-6; Id., Sez. I, 1° dicembre 2006, P.M. in c. Dorigo, *ivi*, n. 235447.

<sup>39</sup> Cass., Sez. un., 24 marzo 1995, Cacciapuoti, in *Cass. pen.*, 1995, 2497.

<sup>40</sup> NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, 180.

<sup>41</sup> Cass., Sez. I, 23 gennaio 1995, Filippone, in *Giur. it.*, 1995, II, 608.

<sup>42</sup> DELLA MARRA, *I controlli sull'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale e sull'esecuzione penitenziaria*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Torino, 1998, 1012.

1 c.p. ed implicitamente dall'art. 25, co. 2, Cost. informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione»<sup>43</sup>. Principio successivamente affermato, in piena operatività dell'attuale codice, dalle Sezioni unite "Basile": «[l'applicazione di una pena accessoria *extra o contra legem* da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione, purché essa sia determinata per legge (o determinabile, senza alcuna discrezionalità) nella specie e nella durata e non derivi da un errore valutativo del giudice della cognizione»<sup>44</sup>.

Si tratta di risposte concrete a quanto previsto dalla legge-delega secondo la quale la fase dell'esecuzione deve porsi come «strumento per l'attuazione del principio costituzionale dell'umanizzazione della pena da cui deriva poi quello dell'adeguatezza della medesima con riferimento al fine della possibile rieducazione del condannato», sostanziando, pertanto, un rapporto di strumentalità tra i controlli sul titolo esecutivo e la finalità rieducativa tipica della magistratura di sorveglianza, nel senso che quest'ultima può operare proficuamente sulla base del costante adeguamento del giudicato e della sanzione alla situazione effettiva.

Insomma, emerge un sistema «composito ed eterogeneo»<sup>45</sup> che ha superato il ruolo tradizionalmente assegnato alla fase esecutiva che oggi risulta un momento di verifica giurisdizionale complementare rispetto al giudizio di cognizione e di completamento, sul piano funzionale, del sistema processuale penale<sup>46</sup>.

È un quadro che, giovandosi di un impianto codicistico dotato di strumenti utili a multiformi interventi manipolativi del giudicato, ha raggiunto posizioni estremante garantistiche grazie all'apporto della giurisprudenza che ha accreditato «il valore relativo del giudicato: sensibile alle esigenze di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, permeabile alle istanze di giustizia sostanziale processuale, recessivo rispetto ai tradizionali obiettivi di certezza e stabilità del *decisum*»<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Cass., Sez. V, 29 aprile 1985, Lattanzio, Rv, n. 169333.

<sup>44</sup> Cass., Sez. un. 27 aprile 2014, Basile, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 395.

<sup>45</sup> VIGONI, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 4, 6.

<sup>46</sup> GATTO, RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., 29.

<sup>47</sup> VIGONI, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali*, cit., 6.

5. *Gli itinerari della Cassazione*. Il percorso della giurisprudenza rilascia, infatti, un quadro assai confortante in ordine ad un giudicato sempre meno *tabù* rispetto ad interventi modificativi e revocatori – anche *in peius*, come nel caso della confisca “allargata” disposta ai sensi dell’art. 183-*quater* disp. att. c.p.p.<sup>48</sup> –, ponendosi estremamente flessibile per il riconoscimento delle appena ricordate esigenze.

Ricordiamo gli arresti maggiormente significativi in questa lunga marcia.

Nel 2013 le Sezioni unite “Ercolano” - a margine della questione relativa alla sostituzione della pena dell’ergastolo inflitta in applicazione dell’art. 7, co. 1 d.l. 24 novembre 2000, n. 341 all’esito di giudizio abbreviato richiesto dall’interessato nella vigenza dell’art. 30, co. 1, lett. b) L. 16 dicembre 1999, n. 479 -- hanno ribadito il concetto, facendo leva sul modello previsto dall’art. 670 c.p.p. che, sorto per comporre i rapporti con l’impugnazione tardiva e la restituzione del termine, si è trasformato in «mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo. Il *genus* delle doglianze da cui può essere investito il giudice degli incidenti *ex art.* 666 c.p.p., in sostanza, è molto ampio ed investe tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l’esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo»<sup>49</sup>.

L’anno successivo è stata la volta delle Sezioni unite “Gatto”, le quali hanno attribuito al giudice dell’esecuzione, in applicazione dell’art. 30, co. 4 L. 11 marzo 1953, n. 87, la rideterminazione della pena a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 69, co. 4 c.p. laddove vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all’art. 73, co. 5 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva reiterata.

Questa decisione, dopo aver ribadito la funzione di garanzia del giudicato mediante il divieto di *bis in idem*<sup>50</sup>, ha superato la concezione originaria circa i poteri cognitivi meramente constatativi del giudice dell’esecuzione,

---

<sup>48</sup> MONTAGNA, *L’applicazione della confisca e di pene accessorie*, in *Esecuzione penale e modifiche del giudicato*, cit., 183 ss.

<sup>49</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, Rv, n. 258649.

<sup>50</sup> Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, P.M. in c. Gatto, Rv, n. 260696.

assegnandogli un ruolo ben più delicato, costituito dalla facoltà di «rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento “correttivo” da adottare non [sia] a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione»<sup>51</sup>. La massima risulta la conclusione di un più complesso percorso argomentativo che, richiamando l'ampiezza dei poteri del giudice dell'esecuzione - evocati dalla Consulta stessa<sup>52</sup> -, attesta come l'intervento del giudice in esecuzione non sia solo quello di conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato ad incidere su di questo, come nelle ipotesi di cui agli artt. 669, 670, co. 3, 671, 672 e 673 c.p.p., in ragione di imprescindibili esigenze di giustizia emerse successivamente all'irrevocabilità della sentenza o del decreto di condanna.

Testimonianza di questi poteri è acclarata dai penetranti poteri di accertamento e di valutazione che il legislatore ha previsto in materia di concorso formale e reato continuato al deliberato fine di colmare i *deficit* di conoscenza e di conoscibilità che impediscono al giudice della cognizione di esaminare e valutare l'eventuale sussistenza del medesimo disegno criminoso tra reati separatamente giudicati<sup>53</sup>.

Si tratta di quella logica ben illustrata in altra decisione delle Sezioni unite in materia di esecuzione, ovvero la “Catanzaro” del 2005, per la quale quando «la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima funzione»<sup>54</sup> ad esclusione di quella libertà del giudice della cognizione in quanto il giudice dell'esecuzione risulta limitato dall'accertamento contenuto dalla decisione emessa all'esito del giudizio di cognizione. Poteri cognitivi che possono essere esercitati mediante l'esame degli atti processuali, ma anche assumendo prove nel rispetto del principio del contraddittorio.

Ampiezza di poteri che hanno trovato riconoscimento in altra decisione a Sezioni unite, la “Marcon” del 2015, per la quale, in relazione a declaratoria di illegittimità costituzionale di norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, la sentenza

---

<sup>51</sup> Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, cit., Rv, n. 260697.

<sup>52</sup> Corte cost., 27 luglio 2013, n. 210.

<sup>53</sup> VARRASO, *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003, 357 ss.

<sup>54</sup> Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, Catanzaro, Rv, n. 232610.

irrevocabile di “patteggiamento” mantiene la sua stabilità esclusivamente in merito alla sussistenza del fatto, alla sua attribuibilità soggettiva e alla sua qualificazione giuridica, dovendo il giudice dell’esecuzione rideterminare la pena, divenuta illegale, «con le modalità di cui al procedimento previsto dall’art. 188 disp. att. c.p.p. e solo in caso di mancato accordo, ovvero di pena concordata ritenuta incongrua, provvede[re] autonomamente ai sensi degli artt. 132-133 c.p.»<sup>55</sup>.

Ma l’apporto giurisprudenziale maggiormente innovativo nella prospettiva indagata va senza dubbio attribuito alle Sezioni unite “Beschi” del 2010, le quali, chiamate a valutare se la normativa comunitaria invocata dalle Sezioni unite “Napoletano”<sup>56</sup> e l’art. 7 C.E.D.U. consentano di superare la preclusione sulla scorta di un principio di diritto idoneo a conformare, in termini di diritto vivente, la norma interna a quella europea, hanno riconosciuto che un nuovo orientamento giurisprudenziale costituisce elemento nuovo, tale da rendere inoperante la preclusione del c.d. giudicato esecutivo<sup>57</sup>.

Il raffinato percorso argomentativo pone in evidenza come «il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, “una relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l’atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell’esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l’interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall’attività “concretizzatrice” della giurisprudenza».

Proprio l’esigenza di offrire un’interpretazione convenzionalmente orientata alle norme interne impone di includere nel concetto di nuovo “elemento di diritto”, idoneo a superare la preclusione prevista dall’art. 666, co. 2 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che viene ad assumere carattere di stabilità e integra il “diritto vivente”, principalmente in quelle ipotesi funzionali a garantire i diritti fondamentali.

---

<sup>55</sup> Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, Marcon, Rv, n. 264858.

<sup>56</sup> Cass., Sez. un., 10 luglio 2007, Napoletano, Rv, n. 240399.

<sup>57</sup> Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, P.G. in c. Beschi, Rv, n. 246651.

La disamina del percorso delle più significative decisioni delle Sezioni unite, teso verso una sempre maggiore apertura ai rimedi *in executivis* e agli strumenti a disposizione del giudice, trova approdo in una recentissima decisione della Quinta Sezione penale della Cassazione.

Chiamata a scrutinare la correttezza della declaratoria di inammissibilità di un'istanza di revisione avverso una sentenza di condanna emessa dalla Corte di assise di Grosseto, confermata dalla Assise territoriale fiorentina, la Corte di cassazione ha "ufficiato" il giudice dell'esecuzione di dar corso all'assunzione dei mezzi di prova richiesti.

Specificamente, era stato richiesto alla Corte di appello di Genova, quale giudice competente per la revisione, l'ammissione di due esperimenti giudiziali ritenuti decisivi per il proscioglimento del condannato all'ergastolo per omicidio volontario. Mediante investigazioni difensive erano stati effettuati degli esperimenti giudiziali informali (cc.dd. investigativi) che, sulla scorta della verosimiglianza dei risultati ottenuti, la difesa del condannato chiedeva venissero formalizzati mediante esperimento giudiziale da effettuare nelle forme dell'incidente probatorio.

La Corte di cassazione con decisione dello scorso 8 novembre - la motivazione non risulta ancora depositata - ha accolto il ricorso disponendo l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza di inammissibilità emessa dalla Corte di appello di Genova «con trasmissione degli atti alla Corte di assise di Grosseto, in qualità di giudice dell'esecuzione, per l'ulteriore corso»<sup>58</sup>.

Ora, al di là dell'ortodossia sistematica della decisione, in gran parte criptica fintanto che non verrà depositata la motivazione, quel che risulta di formidabile importanza per il profilo in esame, ovvero l'espansione dei rimedi *post iudicatum*, è la designazione del giudice dell'esecuzione quale organo deputato ad effettuare un esperimento giudiziale nelle forme dell'incidente probatorio. Seppur rilievi critici possano essere avanzati in riferimento alla designazione di una Corte di assise per effettuare un incidente probatorio - per il quale sono funzionalmente competenti solo il giudice per le indagini preliminari e quello dell'udienza preliminare - peraltro, incompetente in riferimento alla revisione - la spiegazione può essere dettata in relazione al luogo ove svolgere l'esperimento giudiziale dato che il fatto omicidiario si è consumato in Grosseto

---

<sup>58</sup> Cass., Sez. V, 8 novembre 2024, Innocenti.

–, il dato significativo è costituito dal riconoscimento in capo al giudice dell'esecuzione dei poteri probatori assegnatigli finanche per assicurare il *quid novi* necessario per valutare l'ammissibilità di un'istanza di revisione, ovvero il rimedio agli errori giudiziari per eccellenza.

6. *La “chiave di volta”: la piena espansione della prova in executivis.* Muovendo da queste premesse, limpide nel delineare ambiti di intervento sempre più dilatati e garantistici in capo al giudice dell'esecuzione mediante il ricorso a penetranti poteri di accertamento e di valutazione – esempio paradigmatico di quanto appena affermato è la c.d. vicenda dell'atleta vittorioso di Lisippo<sup>59</sup> –, è opportuno, da ultimo, soffermarsi sul profilo probatorio del procedimento di esecuzione.

La prevalenza, quantomeno sul piano pratico, delle prove precostituite rispetto a quelle costituenti comporta che queste ultime godano di spazi residuali, salvo che nel procedimento di sorveglianza ove *per tabulas* è previsto che «quando si procede nei confronti di persona sottoposta a osservazione scientifica della personalità» il giudice «se occorre» si avvale «della consulenza dei tecnici del trattamento» (art. 678, co. 2 c.p.p.). Come si potrà notare, l'inciso «se occorre» disvela immediatamente una valutazione opportunistica sull'utilizzo dei tecnici del trattamento che, quindi, opereranno in via sussidiaria qualora la documentazione relativa alla personalità dell'interessato non consenta di pervenire ad un epilogo decisorio.

Per il resto vige la più volte ricordata disciplina improntata all'informalità come esplicitamente detta l'art. 185 disp. att., il quale stabilisce che il giudice nell'assumere le prove «procede senza particolari formalità»; ne sono esempi due atti che nel procedimento di cognizione sono connotati da un forte rigore formalistico quali «l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia».

Le più volte rimarcate peculiarità del procedimento probatorio e delle prove acquisibili trovano massima espansione in riferimento ai mezzi di prova costituendo dei quali l'art. 185 disp. att. ne codifica l'informalità.

La norma, che va letta “ipertestualizzata” con l'art. 666, co. 5 c.p.p., prevede che il giudice nell'assumere le prove in udienza nel rispetto del contraddittorio,

---

<sup>59</sup> Ben illustrata da GAITO, ANTINUCCI, *Terzo estraneo e confisca in executivis di beni archeologici (a margine della vicenda dell'atleta vittorioso di Lisippo)*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna, Torino, 2011, 1185 ss.

possa procedere senza particolari formalità, tanto che ne è testimonianza la documentazione dell'attività d'udienza effettuata «di regola» in forma riassuntiva.

In buona sostanza pare che il fine giustifichi i mezzi utilizzati, i quali si plasmano sulla particolare tipologia del procedimento di esecuzione, tanto che pur essendo maggiormente conforme ai procedimenti in discorso la prova precostituita, non vi sono preclusioni per prove da assumere in udienza ed in tal senso l'indicazione, meramente esemplificativa, dell'esame testimoniale e della perizia apre il campo ad ogni mezzo di prova<sup>60</sup>.

Benché l'art. 666, co. 5, preveda che nell'assumere prove il giudice proceda «in udienza nel rispetto del contraddittorio», non significa che necessariamente si debbano seguire le forme e le garanzie del processo di cognizione. Pacifico questo dato, occorre soffermarsi su altro aspetto che merita una precisazione. Laddove il legislatore nella normativa di attuazione in riferimento all'assunzione della prova, fa riferimento, a titolo esemplificativo, alla citazione dei testimoni, mostra una certa confusione concettuale in quanto la fase della citazione del teste è aspetto ben distinto dalla valutazione circa l'ammissibilità della prova richiesta, «costituendo un semplice preludio operativo funzionale alla concreta escussione dei testimoni medesimi»<sup>61</sup>.

Pacifico che in tema di iniziativa probatoria la competenza del giudice si ponga come primaria e concorrente rispetto a quella delle parti. Epperò, l'aver previsto il legislatore, proprio nel contesto della realizzazione pratica del principio del giusto processo, la facoltà di svolgere investigazioni difensive anche nella fase dell'esecuzione (art. 327-*bis*, co. 2 c.p.p.) espande il diritto delle parti private ad un ruolo attivo nel diritto alla prova anche *in executivis*<sup>62</sup>.

L'informalità in questa specifica fase risulta sicuramente disancorata dal rigido formalismo previsto per il giudizio ordinario, ma ciò non tollera cedimenti sul piano dei valori fondamentali (*id est*: principio del contraddittorio). Per cui, pur essendo da escludere la necessità di una rituale presentazione della lista testimoniale ai sensi dell'art. 468 c.p.p.<sup>63</sup>, indubbiamente può essere presentata

---

<sup>60</sup> CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 344.

<sup>61</sup> LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 245.

<sup>62</sup> DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 111.

<sup>63</sup> Peraltro, la stessa tempistica imposta dal legislatore renderebbe ardua una predisposizione della stessa nei sette giorni prima dell'udienza dato che l'avviso può essere notificato fino a dieci giorni prima dell'udienza.

richiesta di ammissione di prova testimoniale o l'audizione di consulenti o di qualunque altro mezzo di prova compatibile con il procedimento *post iudicatum* nell'arco temporale che spazia dalla richiesta originaria all'udienza stessa<sup>64</sup>. Nulla esclude, però, che la parte, con la richiesta o per resistere a quella altrui, si faccia esclusivamente carico di allegare i fatti senza asseverarli con propri mezzi di prova. Significa cioè che la parte si può limitare ad enunciare i fatti sui quali la richiesta si fonda, spettando poi all'autorità procedere ai relativi accertamenti<sup>65</sup>. Ciò, peraltro, risulta dal tenore generalizzante del co. 5 dell'art. 666 («se occorre assumere prove»), ove l'inciso «se occorre» assegna poteri smisurati in capo al giudice, diversamente da quanto avviene nel giudizio di cognizione mediante l'art. 507 c.p.p., norma che consente di attivare i poteri officiosi del giudice solo in ipotesi di assoluta necessità.

L'aspetto della compatibilità con il procedimento di esecuzione dei mezzi di prova tipici del processo di cognizione è stato oggetto di vivace dibattito. A chi ritiene che la tipologia dei mezzi di prova tipici predisposti dal legislatore possa essere utilizzata anche in esecuzione, ad esclusione dei mezzi di ricerca della prova «fisiologicamente preordinati all'accertamento dei fatti di reato e non acquisibili “in udienza, nel contraddittorio delle parti”»<sup>66</sup>, si contrappone una corrente che tende a selezionare e ritenere ammissibili esclusivamente quelli finalizzati ad offrire dati gnoseologici in linea con le finalità tipiche dei procedimenti esecutivi. Allo stesso tempo non si può trascurare come l'audizione si configuri come un mezzo in (esclusiva) facoltà dell'interessato finalizzato ad apportare dati gnoseologici a suo favore e quindi costituisce più uno strumento di difesa che un mezzo di prova<sup>67</sup>. Parimenti la ricognizione che, facendo esplicito riferimento al corpo del reato e alle cose pertinenti al reato, trova il suo terreno di elezione nel giudizio di cognizione<sup>68</sup>.

Va, invece, esclusa la possibilità di utilizzare i risultati di intercettazioni di comunicazioni disposte in altro procedimento, poiché l'art. 270, co. 1 c.p.p. ne preclude l'utilizzo in altri procedimenti salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

---

<sup>64</sup> CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 438.

<sup>65</sup> IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995, 169.

<sup>66</sup> CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 344.

<sup>67</sup> CORBI, NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, 205.

<sup>68</sup> CORBI, NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., 205.

L'efficienza causale per accertamenti di ordine cognitivo ne esclude l'utilizzo tanto nel procedimento di esecuzione che in quello di sorveglianza.

La fisionomia della fase di assunzione risulta tracciata poco chiaramente dal legislatore. E si spiega.

Da una parte, infatti, opera la deformalizzazione indicata dall'art. 185 disp. att. e dall'altra uno *standard* rigoristico minimo che richiama il metodo dialettico del contraddittorio (art. 666, co. 5 c.p.p. al quale rinvia lo stesso art. 185 disp. att.). A nostro avviso, l'indicazione di procedere «senza particolari formalità» non riguarda una possibile lesione del diritto al contraddittorio, ma semmai le modalità con le quali può essere attuato, tanto che è pacifico il *trend* ermeneutico tendente ad escludere l'escussione di testi, periti e consulenti tecnici mediante l'esame incrociato<sup>69</sup>. In quest'ottica si innesta la diversificata posizione di coloro che ritengono che la regola possa essere derogata per «particolari situazioni di delicatezza e di complessità della prova testimoniale»<sup>70</sup> tale da richiedere la maggior penetrazione conoscitiva offerta dalla *cross examination*. Altri Autori, al contrario, ritengono impossibile «eliminare il contributo dialettico delle parti, a meno che non vi sia accordo analogo a quello contemplato nel rito monocratico»<sup>71</sup>.

Proprio queste divaricazioni, più o meno garantiste e rispettose del principio del processo giusto, ci portano a dover segnalare delle prassi devianti registrate in giurisprudenza che, in nome di una “deformalizzazione” del processo di esecuzione tendono ad escludere punti fermi quali la necessità che *in executivis* non vengano stravolti i principi basilari della giurisdizione cognitiva quali la dialettica nella formazione della prova in condizioni di parità, dato che l'art. 185 disp. att. non è in contraddizione con la necessità di procedere al contraddittorio prevista dalla norma codicistica sull'incidente di esecuzione. Occorre, in buona sostanza, che la semplificazione delle forme non scivoli in una deriva antigarantista o, peggio ancora, irrituale: «insomma, nessun dubbio può sorgere circa la volontà del legislatore di strutturare un procedimento probatorio fluido e semplificato rispetto a quello vigente in sede di cognizione; ma il

---

<sup>69</sup> CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 348.

<sup>70</sup> CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 447 s.; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 253.

<sup>71</sup> Letteralmente MAZZA, *Il giudice e il provvedimento di esecuzione*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Bologna, 2006, 360; CORBI, NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., 206.

perseguimento di meritevoli obiettivi di ordine pratico non può spingersi fino al ricorso a strumenti atipici confondendo la “prova semplificata” con la “prova irrituale”»<sup>72</sup>.

In taluni casi, invece, è accaduto che in tema di perizia il giudice dell'esecuzione, non accogliendo la richiesta della difesa di poter efficacemente contraddire in ordine alla prova tecnica, costituita in ipotesi da perizia, ha ritenuto, con atteggiamento *tranchante*, che la negazione del contraddittorio tra esperti fosse legalizzato dall'informalità che connota il peculiare rito<sup>73</sup>. Al contrario l'esame dei testimoni e, quindi, anche quello del consulente deve avvenire nel contraddittorio, facendo salva la possibilità per le parti di richiedere al giudice di procedere nelle forme dell'esame con la facoltà di ricorrere alla controprova mediante un consulente<sup>74</sup>. In tal senso un più garantistico filone giurisprudenziale ha ritenuto che la stessa negazione al difensore di presenziare all'espletamento di una perizia nel giudizio di esecuzione e di sorveglianza dia luogo a nullità<sup>75</sup>. Concludendo, dottrina e giurisprudenza ci offrono fulgidi esempi di strumenti idonei a rendere sempre più “flessibile” il giudicato e ad espandere l'operatività dei rimedi revocatori *post iudicatum*, risultato realizzabile a condizione che al giudice dell'esecuzione sia assicurata la possibilità di fruire degli strumenti necessari per assolvere l'importante compito che gli è stato assegnato.

---

<sup>72</sup> GAITO, *Assunzione di perizia nell'incidente d'esecuzione e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 1999, 126; analogamente LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 253.

<sup>73</sup> Cass., Sez. V, 29 gennaio 1998, Occhioni, in *Giur. it.*, 1999, 125.

<sup>74</sup> CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 426 s.; GAITO, *Assunzione di perizia nell'incidente d'esecuzione e diritto di difesa*, cit., 126.

<sup>75</sup> Cass., Sez. I, 19 giugno 1998, Tomelleri, in *Cass. pen.*, 1999, 3201.