

## Capitolo I

---

# Fenomeno esecutivo e cognizione penale: inversioni di ruolo e sviluppi diacronico-sistematici

SOMMARIO: 1. Tipologie di esecuzione anticipata e cognizione in fase esecutiva, ovvero scansioni processuali “in difficoltà di senso”. – 2. La cognizione *post iudicatum* tra riluttanza ideologica e primigenie aperture evolutive nel modello processuale del 1930. – 3. Rivisitazioni postume della *res iudicata* e “nuova” cultura processuale. – 4. Cognizione *in executivis*, cedevolezza del giudicato e sistema normativo multilivello.

### 1. *Tipologie di esecuzione anticipata e cognizione in fase esecutiva, ovvero scansioni processuali “in difficoltà di senso”*

Nella iconografia ortodossa del sistema processuale penale sussiste una linea di demarcazione piuttosto netta tra le due fasi, cognitiva ed esecutiva, della singola vicenda procedimentale.

Si tratta di una duplice cesura, di ordine temporale e funzionale, che sembra tradurre sul piano sistematico l’idea di fondo secondo cui, all’interno del processo penale, devono rimanere rigorosamente distinti «il momento del sapere e quello del potere, e le rispettive zone d’influenza»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Così, V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 512. Ben prima, cfr. le analoghe osservazioni di M. FENECH, *La cosa giudicata e la elasticità della pena*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 91 s., secondo cui nel processo di cognizione «lo Stato non esercita un potere, che non è nato e non si sa se sarà per nascere [mentre] il diritto di punire dello Stato nasce solo con la sentenza di condanna e pertanto si esercita nel processo esecutivo non nel processo di cognizione». In tema, v., altresì, D. VICOLI, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell’esecuzione: il caso dell’abolitio criminis*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1689, secondo cui «a connotare la fase esecutiva sono esigenze imposte dall’attuazione dei provvedimenti irrevocabili applicativi di pene o misure di sicurezza; e da tale impronta finalistica non può che discendere una netta cesura tra il momento volto ad accertare il fatto e quello diretto ad eseguire il comando espresso dalla sentenza definitiva».

Ciò significa, per un verso, che nell'ambito del segmento processuale deputato all'accertamento del fatto storico ipotizzato dall'accusa, non dovrebbero, in via di principio, mai interferire logiche sanzionatorie o di politica criminale suscettibili di squalificarne fortemente la neutrale funzione conoscitiva<sup>2</sup>; per altro verso, che la vocazione privilegiata della sede esecutiva dovrebbe essere, invece, quella di garantire l'effettività della sanzione penale applicata al termine della fase di cognizione<sup>3</sup>, senza che da quest'ultima residui alcun *deficit* epistemico in ordine alla ricostruzione del *thema probandum*, né alcun vuoto di tutela giurisdizionale per i soggetti coinvolti nel processo.

In estrema sintesi, insomma, allorquando la sanzione penale debba operare concretamente, vale a dire, nel momento in cui la stessa va posta in esecuzione

---

<sup>2</sup> Sulla indefettibile funzione cognitiva del processo penale, *ex pluribus*, v., P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 105 ss.; F. CARNELUTTI, *A proposito di ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 71 ss.; F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 608 ss.; L.P. COMOGGIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 131 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1991, p. 17 ss.; P. FERRUA, *Processo penale e verità*, in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 211; ID., *La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*, in *Quest. giust.*, 2005, p. 782; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 79 ss.; ID., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1206 ss.

<sup>3</sup> Al riguardo, in prospettiva problematica, cfr. A. PRESUTTI, *L'effettività della pena nel contesto della fase esecutiva*, in AA.VV., *L'effettività della sanzione penale*, Ipsoa, Milano, 1998, p. 57 s. In termini più generali, v., per tutti, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1923, p. 237, secondo cui «il concetto generalissimo d'esecuzione processuale comprende tutto ciò che si fa perché l'accertamento abbia il suo effetto». La precipua vocazione attuativa del *dictum* giurisdizionale, che caratterizza la vicenda processuale di esecuzione, trova, del resto, conferma anche nella Relazione al codice di procedura penale del 1988, ove si legge che «la scelta operata nel presente Progetto deriva dall'esigenza di porre a base di tutta l'esecuzione la nozione di giudicato, e cioè l'identificazione del provvedimento irrevocabile ed esecutivo che costituisce punto di partenza della fase dell'esecuzione penale», così, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord., n. 2. Sul giudicato quale istituto di chiusura del rapporto processuale di cognizione e, al contempo, fondamento primo ed essenziale della fase attuativa della pena, cfr. *ex multis*, M. CERESA GASTALDO, *Esecuzione*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 1059; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992, *passim*; P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Cedam, Padova, 2003, p. 26; R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VI, Utet, Torino, 2009, p. 66. In prospettiva solo parzialmente diversificata, A. SAMMARCO, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, in L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, cit., p. 168, secondo cui, il fatto che «normalmente, la vicenda esecutiva è legata al giudicato, poiché di regola la vicenda esecutiva scatta immediatamente dopo la formazione del giudicato, non deve indurci troppo superficialmente a ritenere che tra esecuzione e giudicato vi sia un nesso ontologico, assoluto ed indiscutibile. Infatti, (...) il giudicato potrebbe essere concepito soltanto come uno dei presupposti dell'esecuzione, la quale potrebbe essere disciplinata a prescindere dal giudicato».

ne, l'accertamento processuale è – e deve essere – già finito<sup>4</sup>.

Di primo acchito, simile affermazione può apparire persino ovvia. Essa, infatti, ribadisce il necessario ordine cronologico e strutturale che caratterizza il passaggio dalla fase cognitiva della regiudicanda a quella in cui devono potersi esplicitare le materiali conseguenze volute dal provvedimento accertativo<sup>5</sup>.

Ad uno sguardo più penetrante non sfugge, però, che dietro la sottolineatura di una doverosa “*consecutio temporum*” tra cognizione ed esecuzione si celi, altresì, una vera e propria esigenza “auto-conservativa” del processo e del diritto penale sostanziale da fenomeni di eccessiva invadenza reciproca<sup>6</sup>.

D'altronde è innegabile che un'eventuale alterazione di simile cadenza logico-temporale finisca inevitabilmente col perturbare gli stessi equilibri funzionali tra le dimensioni sostanziale e processuale del diritto punitivo<sup>7</sup>.

Da un lato, infatti, l'anticipazione di frangenti sanzionatori alla fase prodromica di verifica dei *merita causae* appare idonea, parimenti, ad indirizzare lo strumento processuale verso il finalismo preventivo che tipicamente connota il diritto penale sostanziale<sup>8</sup> e a disarticolare la fisionomia stessa della pena che, in simili ipotesi, «abdicata alle proprie funzioni, rispondendo a logiche o essendo influenzata da fattori originariamente del tutto estranei, quali l'efficienza e l'economia processuale»<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup>In questo senso, R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in AA.VV., *L'effettività della sanzione penale*, cit., p. 39.

<sup>5</sup>Cfr., *ex multis*, P. MIRTO, *Alla ricerca di un concetto scientifico sull'esecuzione processuale penale*, in *Riv. pen.*, 1921, p. 197 ss.; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 11; S. SATTÀ, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 227; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942, p. 206 ss.

<sup>6</sup>In tal senso, seppure sotto lo specifico angolo visuale dell'invadenza delle logiche di diritto sostanziale all'interno del processo penale, v., ancora, V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo*, cit., p. 512.

<sup>7</sup>In generale, sul tema dei rapporti tra diritto penale e processo, v., *ex multis*, V. GAROFOLI, *Il servo muto e il socio tiranno: evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1457; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 ss.; D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 959 ss.; ID., *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 517 ss.; G. RUGGIERO, *Ideologia e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 255 ss. Per un recente affresco sull'argomento, v. F. RUGGIERI, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una “nuova” relazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 febbraio 2018.

<sup>8</sup>In tal senso, D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., p. 959. Analogamente, sul punto, E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 1 ss., nonché in F. DANOVÌ (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 165 ss.

<sup>9</sup>Così, L. MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, in G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 203.

Da un altro lato, per contro, la (ri)apertura di varchi cognitivi all'interno della sede deputata all'attuazione della risposta sanzionatoria svislisce il presupposto processuale della *res iudicata*, vale a dire «la preclusione della questionabilità del diritto»<sup>10</sup>, e attrae di riflesso nell'orbita sostanziale finalità e valori di sicura appartenenza alla sfera del processo penale, quali, in particolare, «la effettività delle garanzie assicurate all'imputato e, quindi, la effettività della giurisdizione»<sup>11</sup>. Una sorta di garantismo “di compenso” che evoca sin da subito uno dei principali intenti speculativi dell'attuale indagine e cioè quello di verificare se, alla tendenziale relativizzazione del distinguo tra processo e pena, tra cognizione ed esecuzione<sup>12</sup>, corrisponda, poi, una reale attitudine funzionale e metodologica<sup>13</sup> della precipua fase esecutiva.

Il tema, ad onor del vero, non è del tutto inesplorato.

Basta tornare con la mente ai risalenti dibattiti dottrinali sul significato ontologico del processo<sup>14</sup> che, sia pure nella diversa sede processual-civilistica, già evidenziavano con toni problematici la sovrapposizione sistematica tra processo di cognizione e quello di esecuzione forzata, intravedendovi il segno di una crisi irreversibile dell'idea di verità, adombrata da preponderanti istanze autoritative e volontaristiche<sup>15</sup>.

Nuovi e inediti, piuttosto, appaiono l'odierno contesto processuale di riferimento e le attuali fenomenologie attraverso cui si manifesta un simile accavallamento sistemico tra le fasi cognitiva ed esecutiva del processo penale. Al punto da avvertire una profonda “difficoltà di senso” rispetto agli sviluppi fisiologici di ambedue le scansioni processuali<sup>16</sup>, quasi che l'una si atteggi a guida di imperfetto surrogato dell'altra<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Testualmente, G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, rist. Giuffrè, Milano, 1993, p. 235.

<sup>11</sup> In questi termini, M. FERRAIOLI, *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 287.

<sup>12</sup> Sul punto, G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *www.penale contemporaneo.it*, 26 aprile 2016.

<sup>13</sup> V., *infra*, cap. III, spec., §§ 2-3-4-5.

<sup>14</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 1 ss.; F. CARNELUTTI, *Torniamo al “giudizio”*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 165 ss.; ID., *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, *ivi*, 1956, I, p. 81 ss.; S. SATTA, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 273 ss.

<sup>15</sup> In tal senso, P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 284.

<sup>16</sup> Come giustamente osserva F. CAPRIOLI, *Introduzione*, in F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 13, «si può dire, infatti, che la giurisdizione cognitiva tende oggi a recepire contenuti che un tempo erano caratteristici della giurisdizione esecutiva e viceversa».

<sup>17</sup> Sul punto, in ottica possibilista, seppure dallo specifico angolo visuale del diritto proces-

Insomma, la sensazione è quella di un progressivo ed inopinato rovesciamento dei ruoli, in forza del quale, per un verso, il giudizio di cognizione e, in modo particolare, talune procedure ad esso alternative o incidentali assumono sempre più le sembianze di meccanismi di esecuzione anticipata della pena, anziché operare quali strumenti istituzionalmente volti ad accertare il dovere di punire<sup>18</sup>; per altro verso, nell'ambito della fase esecutiva, finiscono per transitare funzioni *lato sensu* cognitive e di accertamento vero e proprio in punto di fatto e di diritto che, pur assecondando (generalmente)<sup>19</sup> meritorie esigenze di giustizia sopravvenute<sup>20</sup>, alimentano, al contempo, l'idea poco rassicurante di un «processo continuo»<sup>21</sup> e ripetitivo in quanto inidoneo a fornire, a tempo debito, un'adeguata tutela giurisdizionale.

Diciamo subito che, sotto il primo profilo considerato, ossia quello della finalizzazione sanzionatoria della fase cognitiva, non è forse troppo azzardato sostenere che al malessere originario<sup>22</sup> intorno ad una simile deriva simbiotica si vada ormai via via sostituendo una sorta di rassegnata assuefazione, verosimilmente indotta dalla diffusività e persistenza delle tipologie di esecuzione penale anticipata al segmento cognitivo della progressione procedimentale.

Sullo sfondo, del resto, si stagliano esigenze altrettanto note e da lungo tempo evocate quali l'accelerazione dei tempi tecnici della vicenda processua-

---

suale civile, M. FORNACIARI, *Esecuzione forzata e attività valutativa. Introduzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 31, il quale osserva che «nulla infatti impedisce di prospettare una cognizione che si occupi anche dell'esecuzione; o, vista dal lato opposto, un'esecuzione che si faccia carico anche dell'accertamento della situazione da attuare; un processo, insomma, che cumuli in sé entrambe le funzioni, sancendo il dover essere e, senza soluzione di continuità, traducendolo in concreto».

<sup>18</sup> Dallo specifico angolo visuale delle procedure incidentali, sottolinea tale ortodossa funzionalità operativa A. GAITO, *Incidente di esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 50, il quale, infatti, rileva che «i procedimenti incidentali possono avere quale oggetto specifico soltanto fatti giuridici strumentali per il corretto svolgimento del processo ovvero per l'esatta attuazione degli effetti della decisione di merito».

<sup>19</sup> Non va sottaciuto, infatti, che, l'accentuazione dei profili cognitivi della fase di esecuzione penale risulta, talora, declinata pure in senso anti-garantista, finendo per ritorcersi in danno della persona destinataria della statuizione irrevocabile di condanna. In tema, *amplius*, v., *infra*, cap. II, § 5.

<sup>20</sup> In questo senso, G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 44.

<sup>21</sup> L'espressione è di A. GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in ID. (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Utet, Torino, 1998, p. 24.

<sup>22</sup> Avvertiva, per primo, il materializzarsi del fenomeno in parola, M. NOBILI, *La procedura penale tra «dommatica» e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in *La questione criminale*, 1977, p. 83 s.; ID., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 195 s.

le<sup>23</sup>, la reattività della risposta giudiziaria nonché l'implacabile aspettativa sanzionatoria talora promanante dall'opinione pubblica<sup>24</sup>. Istanze, tutte, più o meno condivisibili, ma talmente radicate nel comune sentire da lasciare ormai sempre meno spazio alla vivacità della critica speculativa.

Significativo, in tal senso, è il tema – fin troppo abusato – delle procedure incidentali cautelari<sup>25</sup> piegate ad improprie finalità di emenda, stigmatizzazione e rieducazione<sup>26</sup> dell'imputato, ancor prima che a scopi di supporto all'accertamento processuale<sup>27</sup>.

È il solito, deprecabile *refrain* per il quale «ad un progressivo impoveri-

<sup>23</sup> Su tale, atavica pulsione, v. tra i tanti, M. LEONE, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Jovene, Napoli, 1974; O. MAZZA, *La lotta del diritto contro il tempo: il processo breve*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 349; F. MENCARELLI, *Tempo e processo. Profili sistematici*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 13; D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507 ss. A livello monografico, da ultimo, C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016.

<sup>24</sup> Per ampie riflessioni al riguardo, v., per tutti, G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *www.questionegiustizia.it*.

<sup>25</sup> Il riferimento, è, a titolo esemplificativo, al paradigma cautelare previsto dall'art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p., la cui distorsione "para-sanzionatoria" emerge a chiare lettere già a livello normativo, laddove il legislatore assegna alla cautela compiti special-preventivi e di tutela della collettività dal rischio di «commissione di gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede», (in dottrina, sul tema, v., *ex multis*, L. MARAFIOTI, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 settembre 2011). Volgendo, poi, l'attenzione al versante delle misure cautelari reali, altrettanto evidente è la funzione *lato sensu* punitiva del sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, il quale, come noto, può essere disposto senza che occorra alcuna prova in merito al collegamento eziologico tra il bene sequestrabile ed il fatto di reato, consentendosi l'aggressione surrogatoria di cespiti economici nella disponibilità dell'indagato ma scevri da qualsiasi nesso pertinenziale con il delitto per cui si procede. Un meccanismo di surrogazione in forza del quale l'indagato si trova, di fatto, a subire un effetto ablativo di tipo eminentemente sanzionatorio che funge, altresì, da deterrente per la generalità dei possibili criminali del profitto. In argomento, tra i tanti, cfr. A. BARGI-A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Torino, 2011; A. GAITO, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2065 ss.; L. LUPÀRIA, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 1 ss.; F. VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Cedam, Padova, 2012.

<sup>26</sup> Di recente, riflette su tale specifico profilo, G. SPANGHER, *La funzione rieducativa del processo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1230 ss.

<sup>27</sup> Per tutti, v. G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Cedam, Padova, 1953; G. ILLUMINATI, *Presunzione di innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 919 ss.; G. VASSALLI, *Libertà personale e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, I, 1978, p. 1 ss. Più di recente, in argomento, A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forme di anticipazione della pena*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 45 ss.

mento dell'efficacia della sanzione come momento di restaurazione dell'ordine violato, corrisponde uno spostamento delle finalità di prevenzione e di intimidazione, in maniera pronta ed esemplare, all'interno del giudizio penale»<sup>28</sup>.

Ciò, nella prospettiva che qui rileva, sta a significare che, sia pure attraverso l'utilizzo promiscuo di vicende ad essa incidentali, la procedura cognitiva finisce spesso per convertirsi in una vera e propria «sanzione in divenire»<sup>29</sup>, anticipando alla fase *présentencielle* le materiali conseguenze afflittive della condanna<sup>30</sup>.

Rimanendo nell'ambito delle fenomenologie espressive della precoce insinuazione di sintagmi esecutivi all'interno della vicenda principale di merito, vengono, altresì, in rilievo meccanismi procedurali alternativi di risoluzione della regiudicanda o di vera e propria “monetizzazione” della giustizia penale.

Basti pensare, da un lato, a tipologie di *diversion* processuale<sup>31</sup> come la sospensione del processo con messa alla prova<sup>32</sup>, che, deviando dalle formalità tipiche di celebrazione del rito penale cognitivo, vi sostituiscono una sorta di informale “incidente di esecuzione”<sup>33</sup> attraverso il quale l'imputato richiedente si sottopone ad «un *training* rieducativo anticipato»<sup>34</sup>. Così da guadagnarsi

---

<sup>28</sup> Testualmente, G. ILLUMINATI, *Presunzione di innocenza e uso della carcerazione come sanzione atipica*, cit., p. 922.

<sup>29</sup> L'efficace espressione è di R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, cit., p. 44.

<sup>30</sup> Com'è stato limpidamente espresso da M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., p. 195, «si passa dalla sanzione dopo il processo, al suo rovescio, ossia agli istituti della procedura usati per scopi che dovrebbero essere solo della pena».

<sup>31</sup> In generale, sul concetto di diversione processuale, cfr. V. GREVI, *Rapporto introduttivo su “diversion” e “médiation”*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, p. 52; V. PATANÉ, *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia?*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 67 ss.; F. RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 538.

<sup>32</sup> Su tale istituto, tra i molti contributi di ordine generale, v. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 6, p. 659 ss.; C. CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014, problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, in *Giur. it.*, 2015, p. 27; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 680; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014, p. 371.

<sup>33</sup> Sulla struttura incidentale dell'istituto, v. A. LEOPIZZI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Considerazioni a caldo sul prevedibile impatto della riforma e qualche riflessione de iure condendo*, in *Giust. pen.*, 2014, III, c. 613; N. PASCUCCI, *Sospensione del processo con messa alla prova: alle omissioni del legislatore si aggiunge la scure dei giudici di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1146.

<sup>34</sup> In questi termini, L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello*

il premio dell'estinzione del reato, ben prima, e anzi a prescindere che ne sia stata accertata l'esistenza.

Da un altro lato, il riferimento esemplificativo è alla previsione a carico dell'imputato di oneri economici più o meno volontari che fungono da corrispettivi per l'accesso a modalità alternative, rapide e premiali di definizione del giudizio<sup>35</sup>. Come accade, ad esempio, per l'ammissione al rito patteggiato di taluni gravi delitti contro la pubblica amministrazione; o che si sostanziano in adempimenti risarcitori in favore della vittima e prodromici alla rinuncia della pretesa punitiva statale, secondo quanto stabilito dal nuovo art. 162-ter c.p. in tema di estinzione del reato per condotte riparatorie<sup>36</sup>.

In ipotesi del genere, a ben vedere, l'esborso economico richiesto all'accusato si risolve per quest'ultimo in null'altro che in una "pena pecuniaria per equivalente", eseguita ancora una volta in anticipo rispetto alle scadenze procedurali canoniche<sup>37</sup>.

Sebbene sotto forma di *capitis deminutio* patrimoniale, tali meccanismi finiscono, pur sempre, per anteporre le possibili conseguenze afflittive della vicenda procedimentale all'accertamento stesso della regiudicanda. Confermando, così, la cennata ricorsività, ormai quasi al limite dell'ordinario nello specifico contesto del processo penale, di premature infiltrazioni esecutive suscettibili di integrare, se non addirittura di surrogare la fase processuale di cognizione.

Decisamente meno consueto e, proprio per questo, più stimolante in ottica speculativa è, invece, il secondo aspetto messo in evidenza in termini paradigmatici del fenomeno di ibridazione tra fasi processuali diversificate: vale a

---

processuale, in M. DANIELE-P.P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 101.

<sup>35</sup> Il riferimento normativo specifico è l'art. 444, comma 1-ter, c.p.p. (introdotto dall'art. 6, legge 27 maggio 2015, n. 69) che prevede un obbligo restitutorio del prezzo o del profitto del reato a carico di coloro i quali, imputati per taluni delitti contro la P.A., intendano optare per la definizione alternativa del giudizio con le forme del patteggiamento. In tema, cfr., per tutti, D. VIGONI, *Patteggiamento e delitti contro la P.A. nella L. 27 maggio 2015, n. 69: gli effetti di chiaroscuro della riforma*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 11 gennaio 2016.

<sup>36</sup> Si tratta, per l'esattezza, del congegno deflattivo introdotto dall'art. 1, legge 23 giugno 2017, n. 103, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, in G.U., del 4 luglio 2017, n. 154, in forza del quale, «nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo del dibattimento di primo grado, il danno da reato, mediante le restituzioni e il risarcimento». Al riguardo, cfr. S. QUATROCOLO, *Condotte post factum ed estinzione del reato: il nuovo art. 162-ter c.p. conferma il terzo principio della dinamica?*, in L. GIULIANI-R. ORLANDI (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 263 ss.

<sup>37</sup> Per tale rilievo, volendo, F. CENTORAME, *"Certa, liquida ed esigibile": sulla giustizia penale "monetizzata"*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2018, p. 127 ss.



dire, quello relativo al trapasso di segmenti cognitivi dalla sede naturale dell'accertamento di merito alla fase *post rem iudicatam*. Come se, in altri termini, non vi fosse alcuna soluzione di continuità funzionale tra il momento cognitivo e quello esecutivo della medesima vicenda procedimentale.

Si allude, cioè, ad un meccanismo osmotico del tutto antitetico a quello sinora considerato e che si caratterizza precipuamente per una sorta di “conversione epistemologica” della fase esecutiva<sup>38</sup>. Da procedura giurisdizionale tendenzialmente “passiva” e a “rime obbligate” dal comando contenuto nella pronuncia irrevocabile di condanna, a fervente veicolo procedimentale di nuove acquisizioni conoscitive<sup>39</sup> suscettibili di alterare anche fortemente il risultato del previo accertamento processuale. Svelandone, una volta in più, l'intrinseca fallibilità.

A pensarci bene, sembra quasi l'effetto di una beffarda legge del contrappasso.

Al disinteresse cognitivo cui talora è dato di assistere nei gradi processuali di merito in favore delle cennate istanze di celerità nella definizione del giudizio e “visibilità” immediata delle sue conseguenze, reagisce il recupero, *in executivis*, di un'accentuata finalità di conoscenza, volta a garantire la qualità epistemica e la conformità a giustizia della risposta giurisdizionale molto più che a soddisfare una pratica esigenza di certezza del diritto<sup>40</sup>. Senza che a siffatta pretesa qualitativa e valoriale possa, quindi, essere di ostacolo una sorta di formale ossequio all'intangibilità della pronuncia irrevocabile *medio tempore* intervenuta.

Anzi, è piuttosto vero il contrario. Un'attenta verifica riferita ai più recenti approdi giurisprudenziali sulle nuove tendenze operative della fase di esecuzione penale<sup>41</sup> conferma il definitivo abbandono dell'«idea [obsoleta] di certificare il processo con il suo risultato»<sup>42</sup> e, al contempo, accredita il dato relati-

---

<sup>38</sup>In generale, su tale fase del processo penale, cfr. F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit.; A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2016; F. DELLA CASA (a cura di), *L'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2016; A.A. SAMMARCO, *Giustizia penale esecutiva*, in L. KALB (a cura di), *I danni da attività giudiziaria in executivis. Cause e rimedi*, Cedam, Padova, 2017, p. 5 ss.

<sup>39</sup>In questo senso, sia pure sotto lo specifico angolo visuale della revoca del giudicato, G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, 4ª ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 2001, p. 556.

<sup>40</sup>Mentre, in linea di principio, è assodato che proprio la definitività dell'accertamento, «eliminando, per ciò stesso la possibilità di mettere (ulteriormente) in dubbio il risultato dell'attività compiuta, produce una certezza», così, S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 72.

<sup>41</sup>V., tra gli altri, M.F. CORTESI, *Esecuzione penale: questioni aperte e dubbi interpretativi*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 3, p. 118 ss.; D. VIGONI, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali*, *ivi*, n. 4, 2015, p. 1 ss.

<sup>42</sup>Così, G. DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., p. 45.

vo all'esistenza di un vincolo sempre meno stringente e biunivoco tra organo esecutivo e giudicato penale<sup>43</sup>. Ben potendo, il primo, operare, altresì, in funzione purgativa di eventuali inadempienze od omissioni conoscitive verificate- si ancor prima della formazione del giudicato stesso.

Basti porre mente, per ora, alla riconosciuta facoltà di emenda *in executivis* di veri e propri errori di diritto<sup>44</sup> commessi anzitempo dal giudice della cognizione, ad esempio in ordine all'effettiva sussistenza, al momento della condanna, di una fattispecie incriminatrice idonea a fondare l'affermazione di penale responsabilità dell'imputato<sup>45</sup>. Un inedito *input* operativo che, di fatto, abilita la giurisdizione esecutiva ad esercitare un sindacato "retroattivo" in punto di corretta applicazione ed interpretazione delle norme giuridiche rilevanti nel singolo caso di specie<sup>46</sup>.

In prospettiva parzialmente diversificata, poi, vale la pena ricordare subito le nuove opportunità "manipolative" conferite al giudice dell'esecuzione nel rimodulare il contenuto sanzionatorio di statuizioni di condanna rivelatesi illegali a seguito di declaratorie di illegittimità costituzionale di norme diverse da quelle incriminatrici ovvero di pronunce rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in applicazione dell'art. 7 Cedu<sup>47</sup>. Cosicché, modificando la pena inflitta al termine della fase di cognizione, l'organo esecutivo si trova, per ciò

---

<sup>43</sup> In senso analogo, ancora, G. DEAN, *loc. ult. cit.*, p. 97, il quale opportunamente segnala le rilevanti novità circa i poteri dell'organo giurisdizionale [esecutivo], i quali a tal punto risultano «svincolati dal giudicato – che in rappresentazioni datate del fenomeno dovevano, invece, rigorosamente "custodire" – da costituirne, addirittura, strumenti revocatori in tutti quei casi in cui si renda necessario assecondare esigenze di giustizia sopravvenute». In chiave monografica sul tema della progressiva flessibilizzazione del vincolo del giudicato penale, F. FALATO, *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, Milano, 2009.

<sup>44</sup> In tema, cfr. L. MARAFIOTI, *Itinerari nuovi e residue incertezze nel sindacato giurisdizionale sull'errore di diritto dopo il giudicato*, in G. PAOLOZZI-L. MARAFIOTI-L. LUPÀRIA (a cura di), *Errori giudiziari e background processuale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 139 ss.

<sup>45</sup> Il riferimento è, come noto, alla recente pronuncia Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2015, Mraidi, in *CED Cass.*, rv. 266872, in cui si è affermato che «il giudice dell'esecuzione può revocare, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, allorché l'evenienza di "abolitio criminis" non sia stata rilevata dal giudice della cognizione». A tal proposito, v., *infra*, cap. II, § 2.

<sup>46</sup> Sul punto, v. P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015.

<sup>47</sup> Per un quadro di sintesi sui margini di intervento del giudice dell'esecuzione in funzione correttiva di pene illegali, cfr. P. DI GERONIMO-P. GIORDANO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2514. A questo riguardo, v., ampiamente, *infra*, cap. II, §§ 2-3.

solo, a modificare anche lo stesso giudizio<sup>48</sup> che a quella pena aveva condotto<sup>49</sup>.

Si tratta di un potere di rilettura critica del debito punitivo inflitto con la pronuncia irrevocabile che, orientato dal duplice vettore della interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme del diritto e dei diritti coinvolti nella specifica vicenda, prelude, quindi, ad un nuovo ed inedito statuto fondativo della giurisdizione *in executivis* quale «organo-cerniera tra i diversi livelli del nostro ordinamento ormai multilivello»<sup>50</sup>.

Superfluo sottolineare, tanto la cosa appare evidente, che, in simili ipotesi, la tradizionale morfologia funzionale della fase *post rem iudicatam* muta profondamente. Essa, infatti, si emancipa dal ruolo circoscritto alla sola verifica della validità ed efficacia del titolo esecutivo già perfezionato<sup>51</sup> e, rimediando alle *défallainces* cognitive che abbiano inficiato la procedura di merito, finisce, in fondo, per condividere sempre di più la logica pura dell'accertamento giudiziale, inteso come attività di verifica della corrispondenza tra la situazione prevista in astratto dalla norma e quella concreta oggetto di scrutinio<sup>52</sup>. Il tutto, nel tentativo di assicurare, sia pure *ex post*, una effettiva «funzione di controllo e garanzia della portata sostanziale della decisione, che assume perciò valore [sempre più] relativo nel tempo»<sup>53</sup>.

Insomma, piaccia oppure no, la vicenda attuativa della pena sembra ormai porsi ufficialmente a servizio della correttezza dell'accertamento, in fatto e in diritto, cristallizzato nella statuizione irrevocabile<sup>54</sup> e prodromico alla “giusta” espiazione della pena stessa. Assottigliandosi, così, fino quasi a scomparire del tutto nel corso della progressione processuale, il distinguo formale e sistemati-

---

<sup>48</sup> Resta, infatti, tuttora indubitabile il rilievo di F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 206, secondo cui qualsiasi sentenza risulta pur sempre «dalla fusione di due elementi: giudizio e comando; è un giudizio, che ha la virtù di un comando».

<sup>49</sup> In tal senso, ancora, F. CARNELUTTI, *Postilla a M. FENECH, La cosa giudicata e la elasticità della pena*, cit., p. 102, il quale limpidamente osserva che «non vi può essere una modificazione della pena che non sia una modificazione del giudizio».

<sup>50</sup> Così, M.L. DI BITONTO, *Giudice dell'esecuzione e art. 13 Cedu (argomenti a sostegno delle conclusioni del p.m. d'udienza disattese da Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2511. Su tale specifico profilo, v., *infra*, § 4; cap. II, spec. § 1.

<sup>51</sup> In questo senso, D. VICOLI, *Nulla poena sine lege e giudicato penale*, relazione svolta presso la SSM di Scandicci, in data 21 febbraio 2017, datt.

<sup>52</sup> In tal senso, F. CARNELUTTI, *La prova civile*, II ed., Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 12.

<sup>53</sup> In questi termini, D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 314.

<sup>54</sup> Per tale rilievo, F.R. DINACCI, *Modello esecutivo e «giusto processo»*, in C. FIORIO-R. FONTI-M. MONTAGNA (a cura di), *Inazione, controlli, esecuzione. Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, p. 183.

co tra il momento propriamente cognitivo e quello esecutivo da esso derivato.

Ben si comprende, allora, che una prospettiva di ricerca indirizzata proprio sul crinale dei rapporti evolutivi fra cognizione ed esecuzione del processo debba necessariamente articolarsi su almeno tre fondamentali terreni d'indagine.

Anzitutto, simile smarrimento di identità della fase esecutiva costringe l'osservatore a regredire alle preliminari questioni di natura classificatoria del medesimo oggetto di studio.

Richiedendosi, in secondo luogo, un ulteriore sforzo speculativo nel senso di provare a fare chiarezza sia in ordine alle possibili dinamiche eziologiche di siffatta rimodulazione funzionale della fase *post iudicatum*, sia sulle inevitabili implicazioni sistematiche e operative di tale fenomeno.

Da ultimo, e in ottica futuribile, la riflessione ermeneutica si trova costretta a fare i conti con un imprescindibile giudizio di valore sulla crescente contaminazione cognitiva del segmento processuale deputato all'esecuzione della pena.

Un'istanza riflessiva tanto più impellente laddove si consideri che, seppure in linea di massima orientato in senso garantista a fungere da correttivo rispetto a situazioni discriminatorie, illegali o palesemente inique<sup>55</sup>, l'incremento *in executivis* di autentici poteri di accertamento in punto di fatto e di diritto non va, tuttavia, esente in assoluto dal rischio «di applicazioni troppo disinvolute, non ispirate ad equità o [peggio ancora] *contra reum*»<sup>56</sup>.

## 2. La cognizione post iudicatum tra riluttanza ideologica e primigenie aperture evolutive nel modello processuale del 1930

A lume di logica, l'*optimum* espressivo di una inequivoca dicotomia sistematica e funzionale tra fase cognitiva ed esecutiva del processo andrebbe fatto risalire all'epoca della codificazione fascista.

L'assunto trova agevole dimostrazione alla luce del principio di ricerca della verità materiale su cui si fondava l'impalcatura del codice di procedura penale del 1930<sup>57</sup>. Un imperativo teleologico assoluto<sup>58</sup> che giustificava il carat-

<sup>55</sup> In questo senso, A. GAITO, *Poteri di integrare il merito* "post rem iudicatum", in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1317.

<sup>56</sup> Così, ancora, A. GAITO, *loc. ult. cit.*, p. 1317.

<sup>57</sup> In proposito, v., E. CARNEVALE, *L'ideale giuridico della procedura penale*, in ID., *Diritto criminale*, vol. III, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1932, p. 321; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 190; G.U. SABATINI, *Istituzioni di diritto*

tere “onnivoro”<sup>59</sup> e autosufficiente della fase istruttoria della vicenda processuale, deputata al compimento di tutti gli atti necessari al raggiungimento della *veritas*<sup>60</sup>.

Cosicché, una volta ottenuto l’«accertamento reale del fatto»<sup>61</sup> mediante la pronuncia del *dictum* cognitivo, veniva poi logicamente a mancare ogni residua esigenza conoscitiva suscettibile di travalicare i confini del processo di cognizione<sup>62</sup>.

In altre parole, nel contesto della procedura inquisitoria, era proprio l’«idealizzazione fideistica»<sup>63</sup> della completezza e incontrovertibilità dell’accertamento giudiziale di merito a rendere inconcepibile sul piano ideologico l’esercizio postumo di attività euristiche o valutative idonee ad interferire con la infallibile gnoseologia della fase di cognizione.

Ne scaturiva, quale naturale corollario, una concezione statica ed imperturbabile dello stesso giudicato penale, la cui *auctoritas*<sup>64</sup> veniva elevata a quel-

---

*processuale penale*, Jovene, Napoli, 1933, p. 355; A. SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Utet, Torino, 1954, p. 396.

<sup>58</sup> Con toni recisi, affermava, infatti, U. FERRARI, *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale italiano anche in rapporto alla riforma legislativa in atto*, Istituto editoriale scientifico, Milano, 1927, che «la verità-base della sentenza penale è, e non può esser altro che la verità reale, con esclusione assoluta di ogni e qualsiasi altra approssimazione alla realtà».

<sup>59</sup> L’espressione è mutuata da L. CARACENI, *Poteri d’ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 68.

<sup>60</sup> Come noto, infatti, l’art. 299 c.p.p. 1930 stabiliva nel primo comma che «il giudice istruttore ha obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell’istruzione appaiano necessari per l’accertamento della verità».

<sup>61</sup> In questi termini, ART. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale. La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in ID., *Opere giuridiche*, II, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1932, p. 231; nello stesso senso, P. MIRTO, *Le revocatorie processuali penali*, in *Riv. dir. pen.*, 1935, p. 296.

<sup>62</sup> Come rileva, più in generale, E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 9, infatti, «proprio perché lo scopo del processo [era] ottenere una pronuncia ultima sulla verifica dell’accusa, in cui si manifest[asse] con forza e coerenza la verità giudiziale, [era] contraria alla logica l’accettazione di un esito privo del requisito dell’incontrovertibilità: per aversi la produzione degli effetti del giudicato [era] essenziale che la pronuncia terminativa dell’accertamento non [fosse] suscettibile di ulteriore sindacato».

<sup>63</sup> Così, F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 204.

<sup>64</sup> Sull’argomento, *ex multis*, v. F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 265; ID., *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 289; G. CONSO-R. GUARINIELLO, *L’autorità della cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 44 ss.; ART. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata*, cit.; ID., *Concetto specie e valore della sentenza penale definitiva*, in ID., *Opere giuridiche*, III, cit., p. 229; E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità del giudicato*, Giuffrè, Milano, 1935.

la propria della norma di legge regolatrice della fattispecie concreta<sup>65</sup>. Rafforzandosi, così, ulteriormente il «ferreo sbarramento protettivo»<sup>66</sup> tra le due scansioni cognitiva ed esecutiva della serie procedimentale.

Se, infatti, il provvedimento conclusivo della procedura di cognizione assurgeva «al rango [para-legislativo] di regola del decidere»<sup>67</sup>, compito esclusivo della fase di esecuzione penale poteva essere solo quello di tramandarne fedelmente l'interpretazione autentica e, all'occorrenza, di rimuovere gli eventuali ostacoli alla sua pratica attuazione<sup>68</sup>. Senza che, per contro, l'organo giurisdizionale esecutivo potesse mai derogare, modificandola, alla «*voluntas legis*» incarnata dalla pronuncia irrevocabile. Ciò, a meno di dover assistere al «poco edificante spettacolo di un giudice, che [prima] dice e [poi] disdice il diritto»<sup>69</sup>.

Appare, insomma, chiaro che, nella vigenza del codice di procedura penale abrogato, a fissare su binari sicuri la linea di discriminare tra le due fasi cognitiva ed esecutiva del processo era l'efficacia meramente dichiarativa di quest'ultima scansione processuale, «istituzionalmente deputata a conservare tal quale la situazione giuridica preesistente»<sup>70</sup>. Vale a dire, nella prospettiva che qui rileva, ad operare un'attività soltanto ricognitiva<sup>71</sup> del giudizio di verità formulato all'esito della fase di cognizione e trasfuso nella sentenza penale irrevocabile con il crisma della infallibilità ufficiale<sup>72</sup>.

Così, destinando il segmento attuativo della pronuncia giudiziale ad un compito di acritica conservazione del giudicato stesso rispetto a fattori esterni che avrebbero potuto comprometterne la realizzazione<sup>73</sup>, il sistema processua-

<sup>65</sup> Sul punto cfr. S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 2, p. 6.

<sup>66</sup> Così, G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 173.

<sup>67</sup> Testualmente, G. CONSO-R. GUARINIELLO, *L'autorità della cosa giudicata penale*, cit., p. 45.

<sup>68</sup> A. PRESUTTI, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1996, p. 1. Nello stesso senso, G. DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., p. 2.

<sup>69</sup> In questi termini, V. GIANTURCO, *Il ricorso per cassazione nell'interesse della legge e l'error iuris del giudicato penale*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 43.

<sup>70</sup> In questi termini, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 492.

<sup>71</sup> Sul punto, v., ancora, A. FALZEA, *loc. ult. cit.*, p. 495, secondo cui il fenomeno ricognitivo – quale *species* del *genus* efficacia dichiarativa – «non è capace di modificare la situazione giuridica alla quale si riferisce».

<sup>72</sup> In tal senso, G. DE LUCA, voce *Giudicato*, II, *diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 2; ID., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 15 s.

<sup>73</sup> In tal senso, A. FALZEA, *loc. ult. cit.*, p. 496 s., il quale, nell'approfondire il significato teorico del concetto di fattispecie dichiarativa, evidenzia che, pur non modificando visibilmente

le previgente riusciva, di fatto, ad impedire qualsiasi conflittuale interferenza tra la dimensione dell'accertamento della regiudicanda e la fase *post rem iudicatam*. Garantendo, per tale via, una cospicua dose di coerenza all'intero sistema processuale.

Né, del resto, alcun effetto destabilizzante di un siffatto modello rigidamente "bifasico" sembrava provenire dalla compresenza al suo interno dell'istituto della revisione<sup>74</sup>, che sia pure ad anguste condizioni<sup>75</sup>, era già conosciuto dal codice di procedura penale del 1930, quale unico rimedio eccezionale di rilevazione dell'errore giudiziario capace di infrangere l'intangibilità del giudicato<sup>76</sup>.

A ben vedere, piuttosto, la previsione di tale gravame straordinario rimarcava ulteriormente la linea di displuvio tracciata nell'ambito del sistema previgente tra momento cognitivo ed esecutivo della sequenza procedimentale. Non fosse altro, perché mirando a riaprire il giudizio di merito sulla *res iudicata*, l'istituto della revisione confermava una volta in più l'impostazione "separatista" di fondo, secondo cui l'accertamento della verità storica, così come la sua eventuale rivalutazione postuma, dovessero svolgersi esclusivamente all'interno della fase di cognizione del processo. Senza alcuna possibilità di condivisione funzionale con la sede esecutiva.

Anzi, ad accentuare simile bipolarizzazione sistemica era anche una sorta di ontologica inettitudine del contesto esecutivo all'esercizio di attività di accertamento giudiziale. Una inidoneità genetica dovuta alla natura essenzialmente "amministrativa"<sup>77</sup> della fase processuale *post iudicatum*, la quale

---

dal di fuori la situazione giuridica anteriore, tale fenomenologia appare, tuttavia, in grado di compiere una trasformazione che resta racchiusa all'interno della situazione giuridica preesistente, «la quale risulta preservata e rafforzata rispetto a fattori esterni che potrebbero comprometterne la esistenza o la realizzazione».

<sup>74</sup> In generale, sulla fisionomia di tale istituto nella vigenza del codice Rocco, v. E. BERENINI, voce *Revisione*, in *Nuovo Dig. it.*, XI, Utet, Torino, 1939, p. 528 ss.; A. CRISTIANI, *La revisione del giudicato nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim*.

<sup>75</sup> A questo riguardo, v., A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Cedam, Padova, 1995, p. 14; G. DEAN, *La revisione*, Cedam, Padova, 1999, p. 181.

<sup>76</sup> Sul punto, v. R. FONTI, *Natura e funzioni degli accertamenti complementari in fase esecutiva*, in M. MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, t. III, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1015.

<sup>77</sup> Sulla natura amministrativa dell'esecuzione penale, secondo l'impostazione privilegiata dal c.p.p. 1930, v., *ex multis*, V. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 489 ss.; G. GIANZI, *L'incidente nella esecuzione penale*, Morano, Napoli, 1965, p. 11 ss.; G. LEONE, *Trattato*, cit., III, p. 474 ss.; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Firenze, 1908, p. 399; A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 1953, p. 164 ss.; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942, p. 206. *Contra*, G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 140, nota 63, secon-

era chiamata soltanto ad assicurare, in via burocratica, l'ottemperanza al «diritto penale materiale»<sup>78</sup> concretizzato nella sentenza del giudice di cognizione.

In tal senso, già il fatto che la procedura esecutiva fosse «caratterizzata da una struttura degli atti che la compongono e del relativo collegamento che nulla [avesse] a che vedere con la seriazione di atti tipica»<sup>79</sup> del giudizio sui *merita causae* rendeva, di per sé, assolutamente inequivocabile il distinguo funzionale tra le due fasi della sequenza processuale.

Eppure, complice l'avvento della Carta costituzionale<sup>80</sup> e, conseguentemente, di una maggiore sensibilità verso la tutela del «buon diritto del cittadino»<sup>81</sup>, anche un simile modello di rigida bipartizione operativa non poté resistere per lungo tempo dinanzi alle variabili ed imprevedibili fenomenologie della realtà giudiziaria.

Se, infatti, è vero che nel contesto della procedura inquisitoria, la stessa validità dell'ordinamento giuridico era assicurata dalla prioritaria osservanza del principio di non contraddizione<sup>82</sup>, così da non potersi concepire alcuna smentita della «ferrea logica del metodo conoscitivo giudiziario»<sup>83</sup>, tanto meno se proveniente da una fonte meramente amministrativa come quella del processo *in executivis*, appare altrettanto innegabile che, soprattutto in sede interpretativa, ci si rese ben presto conto che, rispetto a talune situazioni concrete verificabili nella realtà, fosse persino doveroso assecondare esigenze di accertamento o valutative *post rem iudicatam*<sup>84</sup>, sia pure nel perdurante silenzio della legge. Una sorta di creativa sensibilità ermeneutica che, peraltro, sembra costitui-

---

do cui «comunque si costruisca l'esecuzione penale, è innegabile il carattere giurisdizionale dei cd. incidenti di esecuzione».

<sup>78</sup> A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 696.

<sup>79</sup> Testualmente, G. GIANZI, voce *Incidenti di esecuzione*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 7.

<sup>80</sup> V., *infra*, § 4.

<sup>81</sup> Così, Corte cost., sent. 9 aprile 1987, n. 115, in *Giur. cost.*, 1987, p. 836.

<sup>82</sup> In questo senso, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 13 s., il quale osserva che proprio tale immanente principio di coerenza dell'ordinamento garantiva, «di fronte alla moltitudine frammentaria dei dati empirici e alla congerie dei comandi, talvolta tra loro in conflitto, una razionalità assoluta e inderogabile».

<sup>83</sup> Così, G. DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., p. 20.

<sup>84</sup> Nel dibattito giurisprudenziale e dottrinario dei primi anni di vigenza della Costituzione, si sottolineava, infatti, che il nuovo ordinamento democratico «non p[otesse] tollerare che in situazioni strettamente inerenti alla personalità possa una esigenza politica [quale l'intangibilità del giudicato], una esigenza cioè afferente all'organizzazione della società, schiacciare un'esigenza di giustizia che tocca interessi fondamentali della persona e per ciò stesso un interesse generale della società», in questi termini, G. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 198.