



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI  
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS  
AND ENVIRONMENT

# ANNO VII ANNALI 2019 DEL DIPARTIMENTO JONICO ESTRATTO

VIOLA MASTRONARDI

Il giudice dell'esecuzione e l'intervento  
sulla pena accessoria





DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORE DEGLI ANNALI

Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO

Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli,  
Danila Certosino, Laura Costantino, Nicola Fortunato,  
Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Domenico Garofalo,  
Concetta Maria Nanna, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Paolo Pardolesi,  
Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio, Massimo Bilancia,  
Annamaria Bonomo, Gabriele Dell'Atti, Michele Indellicato, Ivan Ingravallo,  
Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco Moliterni,  
Fabrizio Panza, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco

*Contatti:*

Prof. Nicola Triggiani  
Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici  
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco  
Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy  
e-mail: [annali.dipartimentojonico@uniba.it](mailto:annali.dipartimentojonico@uniba.it)  
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>



# SAGGI



Viola Mastronardi

IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE E L'INTERVENTO  
SULLA PENA ACCESSORIA\*

ABSTRACT

L'esecuzione incide su diritti di rango costituzionale, che rendono indefettibile l'intervento di un giudice ad hoc, per conoscere e determinare le vicende del provvedimento da eseguire; di conseguenza, l'intenzione del legislatore, al fine di garantire efficienza e rapidità, è quella di attribuire al giudice "della cognizione" la risoluzione dei problemi sorti sull'attuazione del titolo definitivo. Invero, l'art. 665 c.p.p. sintetizza il criterio generale per cui il giudice competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che l'ha deliberato.

The execution affects on constitutional rights, which make indefectible the speech of an ad hoc judge to know and determine the events of the provision to be executed; as a consequence, Legislator's intention, in order to guarantee efficiency and rapidity, is attributing to the judge of cognition the resolution of the problems arised on the implementation of the definitive title. That's why the article 665 c.p.p. establishes the general judgement for which the expert judge knowing about the execution of a provision, is the same who has approved

PAROLE CHIAVE

Il giudice tra cognizione ed esecuzione - Limiti del giudice dell'esecuzione - La pena accessoria

The judge between cognition and execution - Limits of the execution's judge - The ancillary penalty

Sommario: 1. Il ruolo del giudice tra dimensione esecutiva e tutela dei diritti del condannato. – 2. La pena illegale e l'intangibilità del giudicato. – 3 (segue): I poteri del giudice dell'esecuzione sulla rideterminazione delle pene accessorie. – 4. Conclusioni.

1. Alla luce di un'inversione formale ma anche contenutistica, il giudice dell'esecuzione<sup>1</sup>, seguendo la linea di un *revirement* codicistico, ha abbandonato i panni del "giudice degli incidenti" per divenire "il giudice che conosce dell'esecuzione del provvedimento", ai sensi dell'art. 665 c.p.p.<sup>2</sup>.

---

\* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

<sup>1</sup> F. Giunchedi, *L'aspirazione al giusto processo nel modello probatorio esecutivo*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 481; F. Siracusano, F. Fiorentin, *Esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 885.

<sup>2</sup> V. Garofoli, *Diritto processuale penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 552; F. Vergine, *Poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione*, in A. Gaito, G. Spangher, (a cura di), *Giustizia penale differenziata*,

La fase dell'esecuzione s'incardinava nel processo penale come un'eventuale appendice ove la stabilità della cosa giudicata e la funzione retributiva della pena si collocavano in una stretta connessione tra la fase della cognizione e le diverse tipologie di intervento del giudice nei vari sintagmi processuali.

Non a caso, all'attività svolta dal primo giudice – esaurito, quindi, il suo compito con la pronuncia della decisione – veniva riconosciuta natura 'giurisdizionale', mentre il ruolo del giudice dell'esecuzione veniva strutturato all'interno di una fase di natura tipicamente amministrativa del processo. Tuttavia, ad un'analisi più penetrante non sfugge che, dietro la sottolineatura di una doverosa *consecutio temporum* tra cognizione ed esecuzione, si cela, altresì, una vera e propria esigenza "auto-conservativa" del diritto penale sostanziale e processuale dai vari fenomeni di reciproca invadenza<sup>3</sup>. Stando a tale premessa, al giudice che emanava il provvedimento da eseguire<sup>4</sup> e da porre in esecuzione, spettava anche il compito di dirimere tutte le ipotetiche controversie insistenti sul titolo. Oggi, tale quadro può ritenersi superato dall'art. 27, comma 3, Cost. laddove, nel sancire la finalità rieducativa della pena, è previsto un esame periodico della stessa pretesa punitiva. Potremo dire, allora, che la complessa ricostruzione dei poteri da attribuire al giudice dell'esecuzione è cristallizzata in quell'autorevole dottrina secondo cui "la vocazione panaccusatoria, tradita dall'art. 111 Cost., abbia provocato nella giurisdizione esecutiva una crisi d'identità non facilmente risolvibile"<sup>5</sup>.

Ora, acquisita piena consapevolezza circa il dissesto attraversato dalla giurisdizione esecutiva, è evidente come tale difficoltà sia discesa sia dall'ampliamento delle funzioni del giudice che la governa sia dalla giurisdizionalizzazione della stessa fase esecutiva<sup>6</sup>, caratterizzata ormai da nuovi istituti processuali, che prevedono addirittura la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena, a seguito di revoca parziale della condanna, o di rideterminare la pena applicata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 444 c.p.p.<sup>7</sup>.

---

vol. III, Giappichelli, Torino, 2013, p. 1051; Art. 665 c.p.p. (sub), in *Cod. proc. pen. comm. Giarda-Spangher*, tomo III, Ipsoa, Milano, 2017, p. 351.

<sup>3</sup> F. Danovi, *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 165; F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio, alla ricerca di una "nuova" relazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 febbraio 2018.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione storico-giuridica, si veda (voce) *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 556; P. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 474 ss.

<sup>5</sup> G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 469 ss.; F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 15; A. Fusi, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 254 ss.

<sup>6</sup> F. Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 49; G. Dean, *L'esecuzione penale*, in Aa.Vv., *Procedura penale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 921 ss.

<sup>7</sup> Silvestri P., *Patteggiamento e illegalità della pena sopravvenuta dopo l'irrevocabilità della sentenza emessa, ex art.444 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 346. Sul ruolo incerto del giudice dell'esecuzione, con riferimento al patteggiamento, v. Corte cost., 9 luglio 2013, n. 183, e Cass. pen., Sez. I, 2 aprile 2014, n. 18233.



Di certo, il filo invisibile che percorre la figura istituzionale del giudice dell'esecuzione resta strettamente connesso alla valorizzazione della persona tra tutela dei valori costituzionali e cedevolezza del giudicato<sup>8</sup>. Dal silenzio normativo, infatti, sono comunque discese la legittimazione del giudice dell'esecuzione a garantire una "pena equa" a tutti i condannati e la facoltà di sollevare incidente di costituzionalità sulla legge già applicata in sede di cognizione, nel caso in cui la Corte europea ne abbia denunciato la contrarietà alle norme convenzionali<sup>9</sup>. Con questo *modus operandi*, il sistema tende a garantire la costituzionalità della legge attraverso la protezione dei diritti fondamentali, a cui non è in grado di resistere neppure il tradizionale sbarramento costituito dalla intangibilità del giudicato.

2. Ciò premesso, è indubbio che, per l'effetto delle numerose sentenze della Corte Costituzionale, orientate a risolvere questioni di legittimità in tema di determinazione del trattamento sanzionatorio, sia sorta l'esigenza di rivalutare, anche in sede esecutiva, il *quantum* di pena inflitta a seguito della sopravvenuta illegittimità costituzionale sull'apparato sanzionatorio della previsione incriminatrice; superando, così, il diffuso convincimento secondo il quale l'effetto retroattivo delle sentenze della Consulta opera per i rapporti giuridici definitivamente accertati, solo nel caso in cui sia stata caducato il precetto<sup>10</sup>. Il precedente orientamento, infatti, sosteneva che, laddove l'illegittimità di una norma penale avesse comportato una risposta sanzionatoria meno gravosa senza che la norma incriminatrice fosse stata dichiarata incostituzionale, nessuna modifica sostanziale sarebbe potuta intervenire sulle sentenze divenute irrevocabili. Ebbene, è questo lo snodo interpretativo che ha richiesto più interventi chiarificatori e che ha ritagliato (ed affidato) proprio al giudice dell'esecuzione il delicato compito di rideterminare la pena, anche nel caso di pronunce irrevocabili.

Sta di fatto che, proprio in virtù del peso normativo riconosciuto ai diritti della persona, l'intreccio delle questioni in materia di esecuzione con il combinato disposto 'pena illegale/(in-)tangibilità' del giudicato<sup>11</sup> è stato, di sovente, oggetto di numerosi

---

<sup>8</sup> A. Ruggieri, *Giudicato costituzionale, processo penale e diritti della persona* in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 2015, p. 36; O. Mazza, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Bologna, 2002, p. 347. Per un ulteriore approfondimento, v. anche Cass. pen., Sez. V, 7 maggio 2019, n. 26409: in tema di ricorso per cassazione, l'annullamento del "punto" della decisione di merito concernente la pena accessoria irrogata per un determinato reato comporta la valida instaurazione del rapporto processuale in relazione al pertinente "capo" di imputazione, consentendo l'utile decorso del termine di prescrizione del reato fino alla sentenza di legittimità.

<sup>9</sup> Corte cost., 18. Luglio 2013, n. 213, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2647, con nota di G. Spangher, *Incompatibilità, in sede di rinvio, del giudice dell'esecuzione*.

<sup>10</sup> N. Canzian, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1211.

<sup>11</sup> E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, in G. Ubertis, G. Voena (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 403 ss.

interventi in sede di legittimità, con l'intento di ridimensionare proprio la visione totalizzante del giudicato.

La *quaestio* investe, certamente, le domande di coloro che chiedono al giudice dell'esecuzione di ricondurre le rispettive pene ad una dimensione legittima e congrua: come anzidetto, non viene disconosciuta l'esigenza di stabilità del giudicato ma tuttavia, al contempo, è di grande importanza il tentativo di non inibire, in fase esecutiva, l'accertamento della legalità sostanziale della pena inflitta. È fuori di dubbio, pertanto, che il fondamento costituzionale della forbice edittale di riferimento debba sempre prevalere sull'intangibilità del giudicato. Di talché, sono state puntualmente catalogate le ipotesi in cui l'intangibilità debba soccombere ad altri principi, anch'essi di primaria rilevanza: a titolo esemplificativo, l'*abolitio criminis* cui segue la revoca della sentenza di condanna<sup>12</sup>; la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice; nonché l'incostituzionalità di una norma nella parte relativa al trattamento sanzionatorio.

Tali specifiche situazioni di conflitto hanno riempito di significato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 665 e 670 c.p.p., i poteri che consentono al giudice dell'esecuzione di ritenere non eseguibile la pena inflitta e di sostituirla con quella costituzionalmente legittima.

Sulla scia di tali poteri, non più circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo, al giudice dell'esecuzione sono stati riconosciuti ampi margini d'intervento quando esigenze di giustizia e di tutela dei valori fondamentali della persona emergono dopo che la sentenza sia divenuta irrevocabile. Di fatto, però, il giudice dell'esecuzione si muove pur sempre entro il perimetro normativo disegnato dagli artt. 671<sup>13</sup> e 675 c.p.p., in relazione a quanto precedentemente sancito già dal giudice della cognizione, le cui statuizioni, contenute nel 'testo irrevocabile', non potranno essere contraddette.

Orbene, nel silenzio degli interventi del legislatore, il compito ermeneutico assolto dalla Suprema Corte non si è rivelato di facile risoluzione; purtroppo, ha seguito un *climax* crescente, sull'onda delle quattro pronunce elaborate dalle Sezioni Unite

---

<sup>12</sup> Per un quadro di sintesi sui margini d'intervento del giudice dell'esecuzione in funzione correttiva di pene illegali, v. 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 «dall'impronta finalistica della fase esecutiva 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»; v. P. Di Geronimo, P. Giordano, *La problematica individuazione dei poteri di interventi del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2514. Per completezza, si segnala un arresto delle Sezioni Unite, in favore della revoca della sentenza di condanna per pena illegale, in caso di *abolitio criminis* non rilevata dal giudice della cognizione, *Cass. pen.*, Sez. Un., 29 ottobre 2015, n. 26259, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4009.

<sup>13</sup> Per un'analisi dettagliata, *Art.671 c.p.p.*, in *Cod. pen. Rass. Lattanzi-Lupo*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 96 ss.

nell'anno 2015<sup>14</sup>; in particolare, val la pena evidenziare l'attenzione riservata alle esigenze ripristinatorie di legalità nella fase esecutiva, con riferimento alla pena inflitta nel processo di cognizione dal primo giudice.

In questo versante innovativo, la giurisprudenza di legittimità è riuscita a stare al passo con la "flessibilizzazione" del giudicato penale di nuovo conio e a consentire di muoversi agevolmente su due piani: il fatto nella sua dimensione (di partenza) intangibile e la determinazione di una pena, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appariva maggiormente permeabile alle sollecitazioni<sup>15</sup>.

Dunque, se è impossibile negare la facoltà di supplire all'omissione della pena accessoria, *in executivis*, a maggior ragione va contemplato un provvedimento idoneo ad emendare, spesso in senso favorevole, una pena accessoria comminata per errore di legge<sup>16</sup>, senza mai creare disequilibrio tra i limiti e l'ambito di azione del giudice dell'esecuzione, affinché il suo intervento non risulti lesivo dell'intangibilità del giudicato stesso. Di conseguenza, l'operatività di questo giudice è esclusa in tutti i casi in cui potrebbe inficiare i poteri discrezionali sulla specie e sulla durata della pena irrogata nonché qualora il profilo della legittimità della pena accessoria sia già stato valutato dal giudice della cognizione, così escludendo il ricorso alla discrezionalità tipica del giudizio di cognizione.

---

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, in *CED Cass.*, n. 33040; Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107; Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766; Cass. pen., Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240/2015: alla stregua della cosiddetta 'giurisdizionalizzazione' della fase esecutiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione provvedevano a chiarire che «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». In una simile pronuncia, il Supremo Consesso asseriva che «successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, da parte del giudice dell'esecuzione, in favore del condannato pur se il provvedimento "correttivo" non è a contenuto predeterminato».

<sup>15</sup> In chiave monografica e in tema di progressiva "flessibilizzazione" del giudicato processuale, v. F. Falato, *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 36: «se il giudicato sull'accertamento è, e resta intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto, il giudicato sulla pena è permeabile ad eventuali modifiche espressive di un interesse collettivo, meritevole di bilanciamento con altri principi costituzionali». Cfr. altresì P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penaleconemporaneo.it*, 2 aprile 2015; D. Vigoni, *Relatività dl giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 55 ss.

<sup>16</sup> A. Sammarco, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo* in L. Kalb (a cura di), *Trattato di procedura penale, Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 181 ss.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 940; M. Gambardella, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass pen.*, 2015, p. 87; G. Garbagnati, *La fase dell'esecuzione* in G. Canzio, L. Luparia, L. Cerqua (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, Milano, 2014; A. Gaito, G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 139 ss.

E, ancora, nell'ambito del nutrito catalogo dei poteri del giudice di questa fase – che la dottrina ha classificato come selettivi, *ex art. 699 c.p.p.*, risolutivi, *ex art. 673 c.p.p.*, modificativi, *ex artt. 672-676 c.p.p.*, ricostruttivi, *ex art. 671 c.p.p.* e complementari, *ex art. 674 c.p.p.* – non meno spazio è stato riservato alla trattazione dei limiti di deducibilità dell'illegalità della pena nella fase dell'esecuzione. In quest'ottica, pertanto, è stata valorizzata la trama degli elementi giuridici che esigono l'avvicinamento della fase dell'esecuzione a quella della cognizione, attribuendo, forse, maggiore autonomia al giudice che governa la prima rispetto al giudice che ha emesso il provvedimento da eseguire.

Di certo, la qualificazione giuridica attribuita alla fase esecutiva ha fatto sì che questa acquistasse una posizione centrale e complementare rispetto al primo vaglio della cognizione. E, in realtà, anche la legittimazione degli interventi giurisdizionali *post rem iudicatam*, tramite una previsione *ad hoc* idonea ad elidere la forza esecutiva della sentenza irrevocabile, è stata superata dall'assunto che, in seguito alla definitività dell'accertamento compiuto nella fase di cognizione, riconosce la facoltà di riapplicare le norme penali, senza smarrire il controllo di legalità posto a garanzia dei diritti fondamentali. A questo punto, un dato è tangibile ovvero che nessuna disposizione elaborata a sostegno del giudice dell'esecuzione faccia oggi da supporto o anche solo da sfondo all'intangibilità del giudicato.

Inevitabilmente, però, il ruolo assunto dal giudice dell'esecuzione rimane costretto a travolgere le radicate certezze della fase esecutiva, creando epiloghi interpretativi magmatici. Dunque, stabilito che la pena illegale debba essere rimossa senza indugi, si pone ancora il problema degli strumenti da affidare al giudice dell'esecuzione per esercitare il suo potere di rideterminazione<sup>17</sup>, la cui estensione applicativa rinviene il maggiore limite proprio nell'ampiezza di un potere comprensivo di profili sia accertativi e probatori che valutativi.

Ancora una volta, questa dimensione determina l'inevitabile interferenza tra i ruoli assolti dal giudice della fase esecutiva e quello della cognizione. In tale ottica, il materiale utilizzabile dal giudice della seconda fase, nella rimodulazione della pena, trova il suo miglior riflesso nell'art. 666, comma 5, c.p.p., che – al solo scopo di non restringere l'angolo visuale dell'ultimo giudice – gli riconosce l'acquisizione del fascicolo di merito e di nuove prove nel rispetto del contraddittorio<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Sul giudicato, quale istituto di chiusura del rapporto processuale di cognizione e, al contempo, fondamento essenziale della fase attuativa della pena, cfr. M. Ceresa Gastaldo, *Esecuzione*, in Aa.Vv., *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 1059. Nel panorama della giurisprudenza di legittimità, v. Cass. pen., Sez. I, 22 luglio 2015, n. 32214, per i casi in cui si ritiene sussistere la competenza del giudice di appello, *ex art. 665, comma 2, c.p.p.*, qualora il giudice di cognizione abbia modificato il giudizio di comparazione fra circostanze attenuanti e aggravanti, trattandosi di un provvedimento di riforma della sentenza di primo grado, non limitato alla sola determinazione della pena.

<sup>18</sup> F. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 127.

Inoltre, a tutto voler concedere, la soluzione offerta dalla valenza recessiva del giudicato, ponendosi in continuità con la prospettiva più statica e garantista dei diritti fondamentali, aumenta il rischio di valutazioni parziali ed incomplete; ma non vi è dubbio che, se la pena illegale deve essere rideterminata, la portata dell'accertamento della cognizione potrebbe anche essere rimessa in discussione, alla stregua di risvolti fattuali, prima irrilevanti o secondari – e divenuti solo dopo, nel corso della fase esecutiva – di improcrastinabile rilevanza.

3. Il tema delle cautele osservate, con riferimento alla possibilità, per il giudice dell'esecuzione, di intervenire e di incidere sulle pene interdittive disposte con sentenza di condanna, ha occupato gran parte delle riflessioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Invero, le citate Sezioni Unite hanno stabilito che debba considerarsi “pena illegale”, non solo quella che si risolve in una pena diversa, per specie, da quella stabilita dalla legge per un determinato reato ovvero quantificata in misura inferiore o superiore ai relativi limiti edittali, ma anche quella influenzata da una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio e successivamente caducata.

Di conseguenza, sarà illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato sui limiti edittali, in vigore al momento del fatto, ma dichiarati *ex post* incostituzionali, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta risulti compresa entro la forbice edittale prevista dall'originaria formulazione del medesimo articolo, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità. Dunque, è da considerare inadeguata la pena accessoria inflitta in assenza di un potere discrezionale di graduazione in capo al giudice, non contemplato dalla norma dichiarata incostituzionale che, invece, a seguito dell'intervento della Consulta<sup>19</sup>, avrebbe consentito di adeguare «al ribasso» le pene interdittive, in misura inferiore e a beneficio dell'imputato<sup>20</sup>.

Con particolare riguardo alle sentenze di condanna emesse per il reato di bancarotta fraudolenta, la Corte Costituzionale, con sentenza dalla portata alquanto innovativa, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'ultimo comma dell'art. 216 l.f., nella parte in cui dispone che «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di anni dieci l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni». E, si badi bene, per quanto concerne il regime intertemporale, il testo della norma risultante dalla dichiarazione

---

<sup>19</sup> Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in *Foro it.*, 2019, I, p. 6, con nota di E. Aprile, *Osservazioni a Corte Cost.*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1004.

<sup>20</sup> Cass. pen., 4 marzo 2019, n. 38879, in *Dir. giust.*, 23 settembre 2019, con nota di S. Gentile, *E' rilevabile d'ufficio e in ogni stato e grado del procedimento l'illegalità della pena accessoria*.

d'illegittimità costituzionale va applicato, con efficacia *ex tunc*, anche a tutti i processi in corso.

Ora, volgendo l'attenzione all'*excursus* giurisprudenziale confluito nella recente sentenza della Corte Costituzionale, va detto che era già stata dichiarata rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 4, 41, 27 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 CEDU e 1, Protocollo n. 1 CEDU, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 216, ultimo comma, e 223, ultimo comma, R.D. 16 marzo 1942, n° 267, nella parte in cui prevedevano che, alla condanna per uno dei fatti previsti in detti articoli, conseguano obbligatoriamente, per la durata di dieci anni, le pene accessorie della inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e della incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa<sup>21</sup>. In particolare, delle intuizioni dei giudizi costituzionali non possono sottacersi le tracce che, in via prodromica, avevano già stigmatizzato il principio di «mobilità» della pena, collocandolo tra il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per la necessità di proporzionarla all'effettiva entità e alle specifiche esigenze dei singoli casi e il principio di legalità, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., per l'attuazione di una giustizia riparatrice e distributiva che, oggi più che mai, esige l'aumento della differenziazione e la riduzione dell'uniformità sanzionatoria<sup>22</sup>.

Tale digressione, concernente lo sviluppo dei poteri del giudice dell'esecuzione, induce il lettore a soffermarsi anche sulla natura indubbiamente afflittiva della durata invariabile delle pene accessorie che, ancorché temporanee, finiscono per risolversi in una incisiva, ma anelastica limitazione di beni di rilevanza costituzionale, quali la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41, il diritto al lavoro di cui all'art. 35 e le finalità rieducative della pena di cui all'art. 27, comma 2, Cost. In proposito, in linea con l'umanizzazione della pena e per la prima volta, funge da baluardo l'apertura dei giudici costituzionali al «superamento del principio d'intangibilità del giudicato ove il giudice dell'esecuzione avesse dovuto statuire in materia di pene accessorie», così sancendo «il diritto del condannato a far accertare se la quantità di pena espiata avesse o meno assolto al suo fine rieducativo»<sup>23</sup>.

In questi termini, il ruolo del giudice dell'esecuzione trova la sua incisività operativa laddove la fissità della sanzione accessoria, se non modificabile in sede esecutiva, contrasterebbe con “il volto costituzionale” dell'illecito penale poiché l'inflessibilità della sanzione interdittiva comporterebbe una ingiustificata ed indiscriminata incidenza sulla possibilità dell'interessato di esercitare il suo diritto al lavoro, non soltanto come fonte di sostentamento, ma anche quale strumento di

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. I, ord. 6 luglio 2017, n. 52613, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1720 ss., con nota di D. Livreri, *La pena accessoria di cui all'art. 216, ultimo comma, L. Fall e la necessità di riformare il sistema delle sanzioni accessorie. Spunti di riflessione.*

<sup>22</sup> Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, in *Giur. cost.*, 1980, p. 382; Corte cost., 4 aprile 2008, n. 50, *ivi*, 2008, p. 1107.

<sup>23</sup> A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 785.

sviluppo della sua personalità; perciò, diversamente, se l'intervento del giudice dell'esecuzione restasse inibito, ne deriverebbe una drastica e non proporzionata compressione del diritto di iniziativa economica. E non solo, come anticipato, la disposizione censurata ha suscitato dubbi di conformità alla Costituzione, anche con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 8 CEDU e Protocollo n. 1 CEDU, in relazione alla nozione convenzionale di "vita privata", ricomprensiva anche le attività professionali e commerciali, rispetto alle quali, le limitazioni derivanti dall'applicazione della pena accessoria devono considerarsi quali ingerenze nel godimento del diritto al rispetto della vita privata e di relazione.

Non è casuale, perciò, che la recente pronuncia della Corte Costituzionale abbia statuito come la durata fissa di dieci anni per le pene accessorie in questione non possa ritenersi ragionevolmente «proporzionata» rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato. Una simile rigidità applicativa, oltre che distonica rispetto al principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, non farebbe che generare la possibilità di risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso e, dunque, in contrasto con i canoni costituzionali, rispetto ai fatti di reato meno gravi.

Inoltre, in un percorso argomentativo ispirato alla ricerca di una soluzione costituzionalmente orientata, che riconosca al giudice dell'esecuzione il potere di conformare la durata delle pene accessorie in questione all'innovativa dizione «fino a dieci anni», la Consulta, per escludere ogni tipo di perplessità interpretativa, ha espressamente eliso l'adeguatezza del meccanismo previsto dall'art. 37 c.p., abolendo la possibilità che, ove la durata della pena accessoria temporanea non sia «espressamente determinata», la sua durata venga plasmata su quella della pena principale<sup>24</sup>.

Ciò che rileva in questa sede è che, in chiave positiva, sia stato riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di una valutazione compiuta, da emendare caso per caso, in modo disgiunto da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva. Diversamente opinando, si verificherebbe una grave violazione del diritto all'uguaglianza tra coloro che rientrano nella categoria processuale dei giudicati *ante* dichiarazione d'incostituzionalità e coloro che, nel vigore dell'attuale disciplina, sono,

---

<sup>24</sup> Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, cit., ha considerato espressamente inadeguata l'applicazione analogica dell'art. 37 c.p., osservando che: «La soluzione in questa sede prospettata dalla sezione rimettente – ancorando meccanicamente la durata delle pene accessorie in esame a quella della pena detentiva concretamente inflitta – frustrerebbe, allora, indebitamente, il legittimo scopo perseguito dalla disposizione impugnata: disposizione, peraltro, il cui vizio consiste non già, in via generale, nel difetto di proporzionalità della durata decennale delle pene accessorie da essa previste per tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta; bensì nella fissazione di una loro unica e indifferenziata durata legale, che – precludendo al giudice ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità del reato e sulle condizioni personali del condannato – è suscettibile di tradursi nell'inflizione di pene accessorie manifestamente sproporzionate rispetto a quelle sole ipotesi di bancarotta fraudolenta che siano caratterizzate da un disvalore comparativamente lieve».

a ragion veduta, tutelati da un criterio di commisurazione delle pene accessorie, non più fisso, ma proporzionato ai fatti per cui vi è causa, ispirato ai principi costituzionali e ad una determinazione giudiziale autonoma delle due tipologie di pena, detentiva e interdittiva<sup>25</sup>.

Ebbene, proprio per evitare un tale automatismo che, paradossalmente, produrrebbe effetti persino in *malam partem* rispetto alla decisione cui il giudice perverrebbe altrimenti, occorre, invece, adottare una soluzione capace di garantire quell'elasticità necessaria a consentire al giudicante di determinare la durata delle pene accessorie, sulla base dei validi criteri indicati dall'art. 133 c.p.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 aprile 2016; A. Fusi, L. Renzo, *Il cumulo nel processo di esecuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 43 ss; sui criteri di quantificazione delle pene accessorie non determinate cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 febbraio 2018, n. 8041, in *C.E.D. Cass.*, n. 272510. Si evidenzia come la possibilità, *optimo iure*, che il giudice infligga una pena accessoria di durata fissa è stata oggetto di un vivace contrasto giurisprudenziale nell'ambito della V sezione della Suprema Corte di Cassazione (*ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 19 settembre 2014, n. 51095, in *Guida dir.*, 2015, n. 6, p. 79). Di seguito, con l'ordinanza di rimessione, Cass. pen., Sez. V, 12 dicembre 2018, n. 56458, veniva sottoposta alle Sezioni Unite la seguente questione: «se le pene accessorie previste per il reato di bancarotta fraudolenta dall'art. 216, ultimo comma, della l. fall., come riformulato ad opera della sentenza n. 222 del 5.12.2018 della Corte Costituzionale, con sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale, mediante l'introduzione della previsione della sola durata massima "fino a dieci anni", debbano considerarsi pene con durata "non predeterminata" e, quindi, ricadere nella regola generale di computo di cui all'art. 37 c.p. (criterio di commisurazione della pena accessoria, non predeterminata, alla pena principale inflitta), con la conseguenza che è la stessa Cassazione a poter operare la detta commisurazione con riferimento ai processi pendenti. Ovvero se, per effetto della nuova formulazione, la durata delle pene accessorie, debba, invece, considerarsi "predeterminata" entro la forbice data, con la conseguenza che non trova applicazione l'art. 37 c.p. ma, di regola, la rideterminazione involge un giudizio di fatto di competenza del giudice del merito, da effettuarsi facendo ricorso ai parametri di cui all'art. 133 c.p.». Con ulteriore pronuncia, Cass. pen., Sez. V, 4 aprile 2019, n. 36133, infine, il Supremo Collegio ha osservato che la scelta di ancorare la durata concreta delle pene accessorie a quella della pena detentiva inflitta finirebbe per sostituire l'originario automatismo legale con un diverso automatismo. In sostanza, se gli automatismi contrastano con i principi costituzionali di proporzionalità della pena e d'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, diventa "sospetta" sotto il profilo della compatibilità con la Costituzione, anche la regola dettata dall'art. 37 c.p., ove intesa come unica soluzione possibile: regola che non lascerebbe al giudice quel margine di discrezionalità ritenuto necessario nella prospettiva di assegnare alle pene accessorie una funzione, almeno in parte, distinta rispetto a quella delle pene detentive e marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa, imperniata sull'interdizione del condannato da quelle attività che gli hanno fornito l'occasione per commettere gravi reati.

<sup>26</sup> M. Riverditi, *Manuale di diritto penale*, Wolter Kluwer, Milano, 2017, p. 243. Sull'applicazione dell'art. 133 c.p. anziché dell'art. 37 c.p. per la commisurazione delle pene accessorie della bancarotta fraudolenta, v. Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 28910, in *Foro. it.*, 2019, II, c. 585 ss: «Secondo l'opinione più accreditata in dottrina le pene principali svolgono funzioni retributive, preventive di carattere generale e speciale, nonché rieducative mediante la sottoposizione al trattamento orientato al graduale reinserimento sociale del condannato; le pene accessorie, specie quelle interdittive ed inhabilitative, collegate al compimento di condotte postulanti lo svolgimento di determinati incarichi o attività, sono più marcatamente orientate a fini di prevenzione speciale, oltre che di rieducazione personale, che realizzano mediante il forzato allontanamento del reo dal medesimo contesto operativo, professionale, economico e sociale, nel quale sono maturati i fatti criminosi e dallo stimolo alla violazione dei precetti penali per impedirgli di reiterare reati in futuro e per sortirne l'emenda». *Contra*,



D'altro canto, non si è ritenuto conferente neppure l'art. 183 disp. att. c.p.p., poiché il suo richiamo non offre un vero e proprio meccanismo di quantificazione della pena accessoria, bensì uno strumento tramite il quale è possibile sopperire all'omessa applicazione della pena. La disposizione, difatti, si colloca in un differente contesto e funge da strumento integrativo ed emendativo dell'*error in iudicando*, contenuto nella sentenza di condanna per effetto dell'omessa applicazione della pena stessa, anche con l'ulteriore scopo di correggere profili di illegalità del giudicato, a presidio della costante conformità alla legge del trattamento punitivo sino ai suoi aspetti complementari.

Infine, la giurisprudenza di legittimità, in epoca recentissima e raccogliendo il tacito invito della Consulta, ha formulato una risposta esauriente e conclusiva del dibattito, stabilendo che tutte le pene accessorie, per cui la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice, secondo i criteri fissati dall'art. 133 c.p.; in questa medesima direzione, si è dato ingresso ad un complessivo ripensamento interpretativo del sistema delle pene accessorie non fisse, alla luce non solo del dettato normativo, ma anche delle suggestioni costituzionali, inaugurando un percorso di più accentuata personalizzazione delle pene accessorie, diretto ad incrementare i poteri discrezionali, e con essi anche gli oneri motivazionali, del giudice del merito e aprendo, tra l'altro, un ulteriore fonte di contenzioso giudiziario sulla giusta dosimetria della pena accessoria, in sede esecutiva.

4. Alla stregua di quanto esposto, l'ordinario rimedio dell'incidente di esecuzione, disciplinato dall'art. 666 c.p.p., costituisce la naturale sede processuale, *in executivis*, per far valere la sopravvenuta illegittimità del titolo esecutivo, nella sua dimensione dinamica dell'esecuzione della pena accessoria laddove vi sia stata un'applicazione della stessa, non più conforme alla legge.

Dunque, in ipotesi d'incostituzionalità di una norma incriminatrice *quoad poenam*, non si verifica affatto un caso fisiologico di successione meramente modificativa in senso favorevole (con applicabilità dell'art. 2, quarto comma, c.p.) bensì un fenomeno "patologico", sotto il profilo costituzionale, con riflessi sul trattamento sanzionatorio, che impone la rideterminazione della pena nella fase esecutiva; questo perché, quand'anche la pena in concreto inflitta risultasse compresa nella nuova "forbice edittale", la stessa non potrebbe ritenersi costituzionalmente conforme in quanto determinata sulla base di una forbice edittale colpita da declaratoria di incostituzionalità. Pertanto, la sentenza emessa presenterà una sua oggettività con riferimento alla pena irrogata, collocata in un punto preciso della forbice sanzionatoria prevista dalla legge, con la conseguenza che, modificata la cornice punitiva, per reviviscenza di una legge posteriore, più mite e conseguente ad una declaratoria di

---

v. Cass. pen., Sez. V, 7 dicembre 2018, n. 1963, con nota di E. Carucci, *La determinazione della pena accessoria nel reato di bancarotta fraudolenta*, in *IlSocietario.it*, 26 febbraio 2019.

incostituzionalità, sarà doverosa una rideterminazione della pena, che sia rispettosa del principio della rieducazione, sancito dall'art. 27, comma 3, Cost.

Sul versante di tale argomentazione è richiamato, implicitamente, anche il principio di legalità della pena che non tollera si dia esecuzione ad una pena inflitta con sentenza irrevocabile, ma che, all'epoca in cui fu irrogata, non rinveniva il suo fondamento nella legge; lo stesso principio non avalla neppure che ne perdurino l'esecuzione e gli effetti, allorché il legislatore tale pena ha espunto dall'ordinamento, con legge successiva a quella del momento in cui è stata applicata, trovandola non più rispondente ai canoni di giustizia, ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, rispetto alla complessa funzione che alla pena è demandata.

In conclusione, il giudice dell'esecuzione deve accertare, caso per caso, se: a) la pena illegale, per specie o misura, vada corretta *in executivis*, dovendo tendenzialmente cedere il giudicato a tale più alta valenza fondativa dello statuto della pena; b) il limite di cui all'art.130 c.p.p., secondo cui la correzione non deve portare ad una modificazione essenziale dell'atto, non rappresenti un'indebita incursione nel potere valutativo-decisionale del giudice della cognizione, ma un intervento dovuto ed affidato alla fase esecutiva quale mera applicazione di un effetto determinato *ex lege* o in seguito a declaratoria d'incostituzionalità.

Di certo, resta ancora attuale la mancanza di un'espressa previsione codicistica che coniughi al meglio l'adattamento tra l'estensibilità dei poteri del giudice dell'esecuzione e l'esigenza di rivisitazione delle pene accessorie. Pertanto, da un lato, il giudicato sta inevitabilmente mutando fisionomia, grazie ai ripetuti interventi delle giurisprudenze di legittimità; dall'altro, anche gli studi di dottrina divengono un punto di partenza nella marcia volta ad arginare l'arbitrio del giudice<sup>27</sup>. Ad oggi, di fronte ad una materia così delicata e ad un terreno ancora fertile, non può che ritenersi indefettibile ed urgente un intervento del legislatore che mitighi gli interessi dei condannati con il "mito del giudicato".

---

<sup>27</sup> A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1019; F. Viganò, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 2014, n. 1, p. 250: «se una pena è inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione deve considerarsi illegittima e in uno Stato di diritto non può non esserci un giudice (dell'esecuzione) che faccia cessare l'esecuzione di una tale pena, ovvero la riduca a misura legittima, una volta che sia stata dichiarata l'illegittimità della legge sulla cui base essa è stata inflitta»; A. Di Tullio D'Elisiis, *L'esecuzione penale*, Primiceri, Padova, 2017, p. 176 ss.