

PASSATO, PRESENTE E (POSSIBILE) FUTURO DELLE PENE ACCESSORIE IN MATERIA DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA

di Pietro Chiaraviglio

(Ricercatore di diritto penale (RTDA) presso l'Università degli Studi di Milano)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Ambientamento: i contrasti sull'art. 37 Cp antecedenti la sentenza della Consulta n. 222/2018. - 3. L'intervento della Corte Costituzionale sulla durata delle pene accessorie della bancarotta fraudolenta. - 4. Il rinnovato contrasto interno alla quinta sezione della Cassazione. - 5. Le Sezioni Unite del 2019 fra autorità del precedente e autorità della Consulta. - 6. Ulteriori sviluppi.

1. - Negli ultimissimi tempi le sanzioni accessorie in materia di bancarotta fraudolenta sono state oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto aspetti cruciali della disciplina e della *ratio* stessa di questi strumenti punitivi.

Infatti, in circa due anni (dal giugno 2017¹ al luglio 2019²) si sono susseguite diverse decisioni dei massimi organi giurisdizionali e costituzionali italiani, il cui esito complessivo è stato quello di fornire un nuovo assetto ed un nuovo 'volto' alle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta; l'importanza di queste decisioni è tale che la loro influenza potrà ragionevolmente estendersi oltre lo specifico settore del diritto penale del fallimento.

Ai fini espositivi, pare utile suddividere il campo di intervento delle menzionate decisioni in due macro-aree: gli aspetti quantitativi, afferenti alla dosimetria

¹ Il riferimento è alla data di pronuncia dell'ordinanza di promovimento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 216 ultimo comma l. fall. da parte della Cassazione; v. Cass., 6.07.2017, n. 52613, in *DPenCont*, 11 gennaio 2018, con nota di A. Galluccio, *Pene accessorie 'fisse' per la bancarotta fraudolenta: la Cassazione solleva una questione di legittimità costituzionale*; specificamente sulla predetta ordinanza, v., della medesima A., *Pene fisse, pene rigide e Costituzione: le sanzioni accessorie interdittive dei delitti di bancarotta fraudolenta ancora al cospetto del giudice delle leggi*, in *RIDPP*, 2018, 876 ss., nonché E. Fontana, *Dubbi di legittimità costituzionale per le pene accessorie della bancarotta*, in *DG*, 2017, 185, 7 ss.

² Il riferimento è alla data di deposito della motivazione della decisione che 'chiude' il dialogo fra Corte Costituzionale e Cassazione circa i criteri di quantificazione delle pene accessorie come risultanti dalla sentenza della Consulta: Cass., S.U., 28.02.2019, n. 28910, in *DPenCont*, 15 luglio 2019, con nota di S. Finocchiaro, *Le Sezioni Unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*; su questa decisione v. anche S. Larizza, *Durata delle pene accessorie: le Sezioni unite "rivedono" l'interpretazione dell'art. 37 c.p. in GI*, 2019, 12, 2739; F. Barbero, *Determinazione delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta: l'intervento della Consulta e delle Sezioni Unite in GPW*, 2019, 7-8.

sanzionatoria – di cui appare evidente il notevole riflesso pratico sulla fisionomia/legittimità del complessivo assetto punitivo – e gli aspetti qualitativi, relativi alla rivisitazione in chiave contemporanea della complessa categoria delle pene accessorie³.

Per quanto riguarda gli aspetti che sono stati definiti quantitativi, il regime sanzionatorio previsto per il reato di bancarotta fraudolenta all'art. 216 ult. co. l. fall. è stato oggetto principalmente di due rilevanti pronunce: dapprima, nel 2018 si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 222⁴ e, in seconda battuta, sono intervenute le Sezioni Unite con la sentenza n. 28910/2019⁵.

In particolare, le Sezioni Unite, muovendo dalla – ed avallando la – nota decisione del Giudice delle leggi, hanno affrontato il *quomodo* della determinazione in concreto delle pene accessorie previste dall'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. per le quali, a seguito della menzionata pronuncia n. 222/18 della Consulta, si prevede un termine di durata «fino a dieci anni». Sulla scorta delle «chiare indicazioni interpretative»⁶ suggerite da questa, le Sezioni Unite hanno respinto l'assoggettamento del *quantum* delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta alla perequazione automatica di cui all'art. 37 Cp, privilegiando, al contrario, il discrezionale intervento del giudice, libero di determinare la pena accessoria caso per caso facendo riferimento ai criteri previsti dall'art. 133 Cp⁷.

In effetti, con la sentenza n. 222/2018, la Consulta si era spinta sino a fornire un'indicazione relativamente all'inopportunità dell'applicazione della regola di cui all'art. 37 Cp. La Corte, infatti, rilevando che l'ancoraggio della pena accessoria alla durata della pena principale inflitta in concreto «finirebbe per sostituire l'originario automatismo legale con un diverso automatismo»⁸ stabiliva dapprima l'inserimento nel

³ Su questo argomento rimangono fondamentali le opere monografiche di P. Pisa, *Le pene accessorie: problemi e prospettive*, Milano 1984, *passim* e di S. Larizza, *Le pene accessorie*, Padova 1986, *passim*.

⁴ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, in *DPenCont*, 10 dicembre 2018, con nota di A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*; sulla medesima decisione v. anche P. Pisa, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale* in *DPP*, 2019, 216 ss.; S. Leone, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *RIDPP*, 2019, 593 ss.; E. Aprile, *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie* in *CP*, 2019, 1004 ss.; F. Barbero, *Determinazione delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta*, cit.; M. Romano, *Forme di automatismo nell'applicazione delle sanzioni interdittive*, in *Arch. penale web*, 2020, n. 1.; R. Bartoli, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *GC*, 2018, 2566 ss.

⁵ V. nota 2.

⁶ Cass., S.U., 28.02.2019, n. 28910, cit., §5.2 del considerato in diritto.

⁷ Infatti, già prima della sentenza della Corte costituzionale n. 222/2018, erano sorti due contrasti che ruotavano intorno alla difficile interpretazione del significato da dare alla locuzione «*espressamente determinata*» di cui al 37 Cp (v. il paragrafo successivo).

⁸ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., §8.3 del considerato in diritto.

testo legislativo della locuzione «*fino a*» suggerendo, in seconda battuta, che la determinazione del *quantum* della pena accessoria venisse determinata dal giudice «*con valutazione caso per caso (...) sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.*»⁹.

Per quanto riguarda, invece, i profili qualitativi, l'aspetto che merita particolare attenzione riguarda l'auspicata rivitalizzazione dell'arsenale repressivo rappresentato dalle pene accessorie interdittive, in una duplice prospettiva. Secondo il Giudice delle leggi, da un lato il legislatore potrebbe utilmente predisporre «*strategie di prevenzione di gravi reati attraverso la previsione di sanzioni interdittive, la cui durata sia stabilita in modo indipendente da quella della pena detentiva; e ciò in ragione della diversa finalità delle due tipologie di sanzione, oltre che del loro diverso grado di afflittività rispetto ai diritti fondamentali della persona*»¹⁰; dall'altro, la valorizzazione di questa tipologia di pena sarebbe funzionale «*a una possibile riduzione dell'attuale centralità della pena detentiva nel sistema sanzionatorio, senza indebolire la capacità deterrente della norma penale, né l'idoneità della complessiva risposta sanzionatoria rispetto all'altrettanto legittimo obiettivo della prevenzione speciale negativa*»¹¹.

Nel prosieguo del presente contributo si cercherà di mettere in luce gli snodi problematici delle 'tappe' giurisprudenziali che hanno portato all'assetto oggi risultante dal combinato disposto delle menzionate decisioni della Cassazione e della Corte Costituzionale, evidenziandone luci ed ombre, in modo da ipotizzare alcune conclusioni sulle ripercussioni sistematiche della disciplina così modellata dal diritto vivente.

2. - Il punto di partenza della riflessione deve essere individuato in un primo contrasto giurisprudenziale in punto di applicabilità dell'art. 37 Cp alle ipotesi in cui la pena accessoria fosse individuata solo nel massimo¹².

In tema vi era un primo orientamento – maggioritario – che riconosce l'espressa determinazione normativa quando il legislatore stabilisce in modo concreto e preciso la durata della pena, mentre in tutti gli altri casi in cui sono specificati il minimo e il massimo, ovvero solo il minimo o solo il massimo, la sua quantificazione resta soggetta alla regola dell'art. 37 Cp con automatica e rigida conformazione alla pena principale inflitta¹³.

⁹ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., §8.4 del considerato in diritto.

¹⁰ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., §8.3 del considerato in diritto.

¹¹ *Ibid.*; con la precisazione che la Consulta esemplifica la «*riduzione della centralità della pena detentiva*» in termini di irrogazione della sola pena interdittiva «*ovvero mediante l'applicazione di pene detentive di durata più ridotta rispetto a quanto oggi abitualmente accade, ogniquale volta sia previsto, per l'appunto, un robusto ed efficace corredo di pene interdittive*».

¹² Sulla disciplina e l'operatività dell'art. 37 Cp v., per tutti, P. Pisa, Art. 37, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, diretto da G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, Padova 2017, 130 ss.

¹³ Cass., 2.04.2014, n. 20428, in *CED Cass*, Rv. 259650; Cass., 30.06.2010, n. 29780 in *DeJure*; Cass., 9.10.2008 n.

Il secondo orientamento – minoritario – escludeva l'applicazione dell'art. 37 c.p. quando la pena accessoria fosse indicata con la previsione di un minimo o di un massimo, giacché anche in tal caso la pena accessoria deve considerarsi espressamente stabilita dalla legge, che demanda al giudice di dosarne la protrazione temporale, facendo ricorso ai parametri di cui all'art. 133 Cp¹⁴.

Sul punto si sono espresse le Sezioni Unite con la sentenza n. 6240/2015 che – sebbene focalizzata su di una divergenza interpretativa in ordine ai poteri del giudice dell'esecuzione relativamente alla possibilità, per quest'ultimo, di rilevare l'illegalità della pena accessoria applicata *extra* o *contra legem* in sede di cognizione – si è altresì pronunciata sul tema oggetto di analisi, stabilendo che: «sono riconducibili al novero delle pene accessorie la cui durata non è espressamente determinata dalla legge penale quelle per le quali sia previsto un minimo e un massimo edittale ovvero uno soltanto dei suddetti limiti, con la conseguenza che la loro durata deve essere dal giudice uniformata, ai sensi dell'art. 37 c.p., a quella della pena principale inflitta»¹⁵.

Il secondo contrasto rileva in via incidentale, in quanto occasione che ha dato vita ad una prima pronuncia della Consulta, che, come si vedrà, appare diametralmente opposta alla già menzionata sentenza n. 222/2018; in sintesi la Cassazione dibatteva sulla natura della pena accessoria dell'art. 216 comma 4 l. fall.: pena fissa e predeterminata o determinata solo nel massimo con conseguente applicabilità dell'art. 37 Cp?

Secondo un primo orientamento, che ha origini più remote, le pene accessorie previste per la bancarotta fraudolenta sono quantificate solo nel massimo e perciò non espressamente determinate dal legislatore; la conseguente applicazione dell'art. 37 Cp imporrebbe che le stesse siano conteggiate nella stessa misura della pena principale inflitta¹⁶. Simile risultato è raggiunto in base ad una – asserita – interpretazione letterale del dettato normativo, che suggerirebbe che sia stato il legislatore a voler agganciare la durata delle pene accessorie a quella della pena principale, sia per la bancarotta fraudolenta (dieci anni), che per quella semplice (due anni, ai sensi del

41874 in CED Cass, Rv. 241410; Cass., 22.04.2008, n. 19807 in CED Cass, Rv. 240006; Cass., 15.03.2000, n. 4727 in DeJure.

¹⁴ Cass., 3.12.2013, n. 697 in CED Cass, Rv. 257850; Cass., 1.08.2013, n. 35729 in CED Cass, Rv. 25658; Cass., 15.10.2008, n. 42889 in DeJure; Cass., 17.04.2008, n. 25229 in CED Cass, Rv. 240256; Cass., 15.10.2008, n. 42889 in CED Cass, Rv. 241538; Cass., 21.09.1989, n. 759 in DeJure.

¹⁵ Cass., S.U., 27.11.2014, n. 6240, in DPenCont, 8 marzo 2015, con nota di I. Manca, *Le Sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata* (il brano riportato nel corpo del testo è la massima ufficiale della sentenza); sulla medesima decisione v. F. Costantini, *L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle sezioni unite in CP*, 2015, 2578 ss.

¹⁶ V. Cass., 20.10.1981, in CP 1983, 734; Cass., 26.11.1986 in CP 1988, 929; Cass., 22.01.2010, n. 9672, in DeJure; Cass., 02.03.2010, n. 13579, in CP 2011, 1210; Cass., 31.03.2010, n. 23720, in CP 2011, 3983; Cass., 16.02.2012, n. 23606, in CED Cass, Rv. 252960.

terzo comma dell'art. 217 l. fall.). Pertanto, l'indicazione testuale dell'art. 216 l. fall., ove si legge che la pena accessoria è irrogata «*per la durata di dieci anni*», deve essere intesa come rivelatrice della sola estensione temporale massima, con conseguente applicabilità dell'art. 37 Cp¹⁷.

L'orientamento opposto, più recente, ritiene che le pene accessorie previste nell'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. sfuggano alla disciplina dell'art. 37 Cp, essendo la durata della sanzione predeterminata dal legislatore in misura fissa ed inderogabile¹⁸. Le ragioni a sostegno di questa tesi sono essenzialmente due. In primo luogo, vi è – una diversa lettura del – dato letterale dell'art. 216 l. fall. che stabilisce che la condanna per uno dei fatti di bancarotta previsti nel medesimo articolo comporta l'applicazione della menzionata pena accessoria «*per la durata di dieci anni*». Alla luce della formula legislativa utilizzata, secondo l'orientamento in esame, si deve escludere che il legislatore abbia ommesso di determinare l'estensione temporale della pena accessoria e, pertanto, non è possibile applicare la regola contenuta nell'art. 37 Cp. In secondo luogo, vi è il confronto sistematico con l'art. 217 comma 3 l. fall. nel quale si stabilisce che la condanna per un fatto di bancarotta semplice importa l'applicazione «*fino a due anni*» della medesima pena accessoria prevista nell'art. 216 l. fall.

Proprio in ragione dell'impossibilità di applicare l'art. 37 Cp, veniva proposta questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la problematica compatibilità fra le pene accessorie fisse previste nell'art. 216 comma 4 l. fall. ed i principi costituzionali di uguaglianza¹⁹ e di finalismo rieducativo della pena, non ritenendo possibile una interpretazione costituzionalmente orientata della citata disposizione. Ciò perché il dato testuale, secondo i giudici rimettenti, impediva di considerare omessa dal legislatore l'indicazione della durata delle sanzioni accessorie. Di conseguenza, la pronuncia richiesta alla Corte era di tipo manipolativo/additivo, consistente nell'inserimento nel testo del citato comma quarto art. 216 l. fall. l'espressione «*fino a*», in modo da rendere applicabile l'art. 37 Cp e riportare la disciplina in esame nell'ambito della conformità a Costituzione.

Tuttavia, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 134 del 2012²⁰, non entrava nel merito delle opposte tesi in ragione della dichiarata inammissibilità delle questioni sollevate, derivante dallo specifico *petitum* formulato dai giudici rimettenti.

¹⁷ Ma, come si è appena visto, l'indicazione della sola durata massima non è stata univocamente considerata quale situazione in cui applicare l'art. 37 Cp fino alle Sezioni Unite n. 624/2015.

¹⁸ V. Cass., 20.09.2007, n. 39337, in *DeJure*; Cass., 10.11.2010, n. 269, in *CED Cass*, Rv. 249500; Cass., 16.02.2012, n. 23606, in *CED Cass*, Rv. 252960; Cass., 30.05.2012 n. 30341, in *DeJure*; Cass., 20.09.2012 n. 42731, in *DeJure*; Cass., 31.01.2013 n. 11257, in *DeJure*; Cass., 18.10.2013 n. 51526, in *DeJure*; Cass., 18.09.2013 n. 628, in *FI* 2014, II, c. 278; Cass., 10.06.2014 n. 41035, in *CP*, 2015, 735.

¹⁹ Cass., ord. 21.04.2011 n. 251, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale, n. 51 del 7 dicembre 2011.

²⁰ C. Cost., sent. 31.05.2012 n. 134 in *GC*, 2012, 1850, il cui esito di inammissibilità è stato ribadito poco dopo con

Il Giudice delle leggi – pur sottolineando la difficoltà di conciliare le pene accessorie con i principi costituzionali ed in particolare l'art. 27 comma 3 Cost.²¹ – riteneva che la sentenza additiva nei termini richiesti non fosse l'unica «*soluzione logicamente necessitata ed implicita nel contesto normativo*»²² per riportare la disciplina in esame nel binario tracciato dalla Costituzione, potendosi in astratto immaginare differenti opzioni idonee a scongiurare la denunciata contrarietà al dettato costituzionale dell'art. 216 ultimo comma l. fall. (ad es. inserendo una cornice edittale alle pene accessorie). In sostanza, secondo quella decisione della Corte, l'impossibilità di precedere per rime obbligate²³ decretava l'inammissibilità della questione sollevata, in quanto tendente a far sconfinare il Giudice delle leggi nel terreno della discrezionalità legislativa propria del solo parlamento²⁴.

In definitiva, prima dell'ordinanza individuata in premessa²⁵ come momento iniziale della fase di dialogo giurisprudenziale sul tema in discussione, vi erano due punti tendenzialmente fermi: (i) l'art. 37 Cp si applica nelle ipotesi in cui la pena accessoria è determinata solo nel massimo²⁶ e (ii) il rimedio per riportare a conformità

l'ord. 24.07.2012 n. 208, in GC, 2012, 3035.

²¹ Cfr. la motivazione della sentenza della Corte cost. citata alla nota precedente «*la Corte intende ribadire (da ultimo, ordinanza n. 293 del 2008) l'opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma*».

²² V., ad es., C. Cost., ord. 14.11.2006 n. 380, in GC, 2006, 3962.

²³ Cfr., fra gli scritti dell'autore della nota metafora, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova 1984, 402 ss.

²⁴ Si esprime in termini di «*creatività del petitum*» V. MANES, *L'intervento richiesto eccede i poteri della Consulta e implica scelte discrezionali riservate al legislatore*, in GD, 2012, 27, 72; per una completa analisi della sentenza della Consulta v. A. Rossi, *Pene accessorie interdittive fisse nel reato di bancarotta fraudolenta e sindacato di costituzionalità: problemi attuali e prospettive*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta, II, Milano 2018, 1135 ss. Successivamente, il tema della quantificazione della pena accessoria per la bancarotta fraudolenta è stato affrontato dalla Cassazione in diverse occasioni – Cass. sez. V, 19.09.2014 n. 51095, in GD, 2015, 6, 79; Cass. 18.11.2014, n. 5590, in GD, 2015, 11, 102; Cass. 5.02.2015 n. 15638, in *DeJure*; Cass. 30.04.2015 n. 34366, in RP, 2015, 859; Cass. 15.05.2015 n. 45190, in GD, 2016, 10, 64 e Cass. 15.04.2016 n. 25633, in *DeJure* – ed il Supremo Collegio si è costantemente espresso nel senso più rigoroso. Secondo la Cassazione, la pronuncia della Consulta rappresenta un argomento a favore dell'interpretazione dell'art. 216 comma 4 l. fall. come contenente una pena fissa ed inderogabile: il fatto che la Corte costituzionale non abbia rigettato la questione di legittimità costituirebbe una conferma implicita della tesi in base alla quale l'indicazione della durata delle pene accessorie è stata chiaramente effettuata anche nel quantum dal legislatore fallimentare.

²⁵ V. nota 1.

²⁶ In senso concorde, con riferimento alla pena accessoria prevista per il reato di bancarotta semplice, si esprime anche la prevalente dottrina; cfr. C. Pedrazzi, *Art. 217, in Reati commessi dal fallito, Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare*, Bologna-Roma 1995, 192; U. Pioletti, *La bancarotta semplice*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, II, Torino 2017, 1958; E. Musco-F. Ardito, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, 206; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2017, 267.

costituzionale la pena accessoria fissa della bancarotta fraudolenta non può essere una sentenza manipolativa della Consulta che inserisca nel testo dell'art. 216 ultimo comma l. fall. l'espressione «*fino a*».

Queste ragionevoli certezze erano destinate a svanire per effetto della susseguente giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

3. - Come si è detto, già nel 2012, con la sentenza n. 134, la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata invocando l'impossibilità di rinvenire una soluzione a rime obbligate.

La Cassazione, con l'ordinanza di rimessione n. 52613/2017, promuove una nuova questione di legittimità costituzionale, individuando come possibili profili di frizione delle pene fisse *ex art. 216 ult. co. l. fall.* sia l'automatismo e l'indefettibilità dell'inflizione delle pene accessorie previste dalle disposizioni censurate – l'*an* della loro applicazione nel caso concreto – sia la fissità della durata, pari a dieci anni, delle pene medesime – il loro *quantum* –. Di conseguenza, i parametri evocati nell'ordinanza di rimessione sono gli artt. 3, 4, 41, 27 e 117 co. 1 Cost. (quest'ultimo in relazione agli artt. 8 CEDU e 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione), che osterebbero ad una disciplina come quella degli art. 216 comma 4 e 223 l. fall. – che richiama il trattamento sanzionatorio della bancarotta individuale – «*nella parte in cui prevedono che alla condanna per uno dei fatti previsti in detti articoli conseguono obbligatoriamente, per la durata di dieci anni, le pene accessorie della inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e della incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa*»²⁷.

Tuttavia, con l'ordinanza in questione, la Suprema Corte formula il *petitum* in modo da consentire alla Consulta – volendo – di aggirare il problema delle rime obbligate.

Infatti, il giudice rimettente, ritiene che i profili di frizione con i principi costituzionali possano superarsi «*ove, eliminandosi il riferimento alla misura fissa di dieci anni, rivivesse la regola generale di cui all'art. 37 cod. pen., così consentendosi al giudice di rideterminare la durata della pena accessoria in collegamento con la pena principale inflitta e, quindi, in base a valutazioni di gravità del fatto concreto*»²⁸.

Dal canto suo, la Corte Costituzionale incamera la questione operando una preventiva delimitazione del campo di indagine indicato dalla Cassazione.

²⁷ V. il dispositivo di Cass. 6.07.2017 n. 52613, cit., § 6 del considerato in diritto.

²⁸ Cass. 6.07.2017 n. 52613, cit., § 5.3 del considerato in diritto. Nella dottrina antecedente la sentenza n. 222/2018 della Consulta, si era anche prospettata una completa caducazione del comma quarto dell'art. 216 l. fall. che avrebbe comunque consentito l'applicazione delle pene accessorie degli artt. 30 e 32-bis Cp; v. A. Rossi, *Pene accessorie interdittive fisse nel reato di bancarotta fraudolenta*, cit., 1138 e, volendo, P. Chiaraviglio, *Quale la durata delle pene accessorie per il bancarottiere fraudolento?*, in *DPenCont*, 18 febbraio 2015. Per una critica a questa soluzione v. A. Galluccio, *Pene fisse, pene rigide e Costituzione*, cit., 901.

Poiché «l'attenzione della sezione rimettente si [è] pressoché esclusivamente focalizzata sul carattere fisso della durata decennale delle pene accessorie, che impedirebbe al giudice una loro determinazione in misura adeguata alle peculiarità del caso concreto.[Al contrario] il distinto profilo del loro automatismo in conseguenza della condanna (...) è, invero, menzionato in un fugace passaggio (...) della motivazione dell'ordinanza di rimessione, (...) ma non è oggetto di alcuno speciale vaglio critico (...) [allora, il *petitum*] (...) non può che intendersi come riferito esclusivamente al carattere (...) obbligatorio della loro durata decennale, e non già all'obbligatorietà della loro applicazione nel caso concreto (...) [e] l'esame della Corte dovrà, dunque, essere confinato al solo profilo concernente la durata fissa di dieci anni delle pene accessorie previste dalle disposizioni censurate»²⁹.

In sostanza: l'unico profilo analizzato dalla sentenza n. 222/2018 della Consulta è la fissità del *quantum* e non anche l'automatismo nell'*an*.

Ciò premesso, pare possibile individuare nella motivazione della sentenza in discussione, tre snodi argomentativi: (i) la motivazione sull'ammissibilità della questione e il superamento delle rime obbligate; (ii) la *pars destruens*, in cui l'analisi verte sull'incostituzionalità per violazione del principio di proporzionalità delle pene accessorie fisse di cui all'art. 216 l. fall. e (iii) la *pars construens* in cui la Corte, dapprima prende le distanze dalla soluzione suggerita dalla rimettente e, in secondo luogo, suggerisce come 'rimediare/rispondere' alla declaratoria di incostituzionalità, prendendo posizione sull'applicabilità dell'art. 37 Cp ovvero dell'art.133 Cp³⁰

Circa il superamento delle rime obbligate, la Corte prende le mosse dalla propria precedente decisione n. 134/2012 dove, pur nell'inammissibilità, il Giudice delle leggi aveva invitato il legislatore a mettere mano al sistema delle pene accessorie, indiziandolo di incompatibilità con l'art. 27 comma 3 Cost.; ebbene, la Corte constata come tale auspicio sia rimasto lettera morta³¹. Inoltre, la Consulta richiama i propri recenti approdi in tema di valutazione della ragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio rispetto alla gravità del fatto³², sul quale «un intervento correttivo del giudice delle leggi è possibile a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di "precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo", intesi quali "soluzioni [sanzionatorie] già esistenti, idonee a

²⁹ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 6 del considerato in diritto.

³⁰ Sugli snodi motivazionali della sentenza n. 222/2018 della Corte Cost. e sulle sue implicazioni v., oltre agli Autori citati alla nota 4, P. Cervo, *Il valore costituzionale della pena* in *La giustizia penale*, 2019, 2, II, 109 ss.

³¹ C. Cost., 25.09.2018 n. 222, cit., § 8 del considerato in diritto.

³² E non rispetto ad un *tertium comparationis*: v. l'importante sentenza C. Cost., 21.09.2016 n. 236 sulla quale v., *ex multis*, F. Viganò, *Un'importante pronuncia sulla proporzionalità della pena*, in *DPenCont.*, 14 novembre 2016; E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *RIDPP*, 2016, 1956 ss. e V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *GC*, 2016, 2105 ss.

eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata»³³. Queste considerazioni, nate in relazione alla cornice edittale della pena principale, vengono esportate dalla sentenza in discussione al contiguo campo delle pene accessorie: fintantoché la soluzione individuata per rimediare al *vulnus* costituzionale della pena illegittima è ricavabile sfruttando i precisi punti di riferimento offerti dal sistema normativo di riferimento, non risulta necessario che la stessa sia anche l'unica costituzionalmente obbligata. In questo modo, alla Corte è concesso porre rimedio immediatamente ad una situazione di illegittimità sanzionatoria, fermo restando il potere del legislatore di intervenire in qualsiasi momento imponendo una differente – migliore, in ipotesi – soluzione³⁴.

Una volta accertata l'ammissibilità della questione, la Corte analizza la compatibilità costituzionale del quarto comma dell'art. 216 l. fall.

La Consulta delimita il proprio scrutinio al *quantum* della pena accessoria che, al pari delle pene principali, deve rispecchiare un corretto rapporto di proporzione rispetto alla gravità del fatto di reato³⁵, al fine di soddisfare il canone di ragionevolezza³⁶ del trattamento punitivo e il principio del tendenziale finalismo rieducativo della pena.

Secondo il Giudice delle leggi le pene fisse sono fortemente indiziate di incostituzionalità³⁷ in quanto, mancando la possibilità di commisurazione in senso stretto, non consentono l'individualizzazione della risposta punitiva rispetto al singolo fatto concreto di cui si sia accertata la tipicità penale (in uno con gli altri requisiti della sistematica del reato). Di conseguenza, il giudizio di proporzionalità della sanzione fissa non può che avvenire in relazione alla singola figura di reato cui risulta associata, *«attraverso la puntuale dimostrazione che la peculiare struttura della fattispecie la renda "proporzionata" all'intera gamma dei comportamenti tipizzati»*³⁸.

³³ C. Cost., 25.09.2018 n. 222, cit., § 8.1 del considerato in diritto.

³⁴ In questo caso il legislatore ha confermato la soluzione della Consulta perché nel d.lgs. n. 14/2019 (il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che sostituirà la legge fallimentare a partire dal settembre 2021), l'art. 322 – norma che disciplina la bancarotta fraudolenta individuale, omologa dell'attuale art. 216 l. fall. – prevede all'ultimo comma la pena accessoria della durata fino a 10 anni.

³⁵ Per una diversa applicazione del medesimo principio, che ha portato alla rimodulazione della pena minima del reato di cui all'art. 73 d.p.r. 309/1990, v. C. Cost., 23.01.2019 n. 40, in *DPenCont*, 18 marzo 2019, con nota di C. Bray, *Stupefacenti: la corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*.

³⁶ Sulle intersezioni fra i principi di ragionevolezza e di proporzione v. V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *RIDPP*, 2007, 757 ss.

³⁷ V., in argomento, A. Manna, *Sulla illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *GC*, 1988, 910 ss.

³⁸ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 7.1 del considerato in diritto.

La Corte, quindi, si addentra nella valutazione specifica proporzionalità delle sanzioni accessorie da irrogarsi in caso di condanna per bancarotta fraudolenta osservando come esse risultino sicuramente afflittive in quanto incidono su di una vasta gamma di diritti fondamentali del condannato³⁹; simile carico sanzionatorio non si presenta manifestamente sproporzionato per le ipotesi più gravi previste dall'art. 216 l. fall. e dall'art. 223 l. fall.⁴⁰.

Il problema, secondo la Consulta, si pone in tutti i frangenti in cui il disvalore del fatto di bancarotta non raggiunge il grado massimo espresso dalle norme in tema di bancarotta patrimoniale individuale e societaria; a questo proposito la Corte individua tre distinte ipotesi: (a) la bancarotta preferenziale (che con la sua ben minore cornice edittale esprime un disvalore di molto più modesta intensità rispetto alla bancarotta patrimoniale, documentale e societaria in senso stretto)⁴¹; (b) il differente grado di pericolo di frustrazione delle pretese dei creditori che può caratterizzare il fatto concreto sussumibile in una delle figure di cui agli artt. 216 comma 1 e 2 e 223 commi 1 e 2 l. fall.⁴²; (c) l'insensibilità delle pene accessorie della bancarotta rispetto alle circostanze aggravanti o attenuanti dell'art. 219 l. fall. *«le quali pure determinano variazioni significative della pena edittale»*⁴³.

Alla luce di questi aspetti, l'esito del giudizio di proporzionalità delle sanzioni accessorie della bancarotta è inevitabilmente negativo: *«una simile rigidità applicativa non può che generare la possibilità di risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso – e dunque in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. – rispetto ai fatti di bancarotta fraudolenta meno gravi; e appare comunque distonica rispetto al menzionato principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio»*⁴⁴.

Giunta a questo punto del percorso motivazionale, la Corte affronta il delicato problema di come porre rimedio all'evidenziato profilo di incostituzionalità dell'ultimo comma dell'art. 216 l. fall.

Come anticipato, il giudice rimettente proponeva di superare le frizioni con i principi costituzionali eliminando la comminatoria della misura fissa di dieci anni, in modo da rendere applicabile la regola generale di cui all'art. 37 Cp e di permettere al

³⁹ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 7.2 del considerato in diritto.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.* La 'prova del nove' è rappresentata dal fatto che il bene giuridico tutelato da questa sottofattispecie di bancarotta è eterogeneo rispetto a tutte le altre ipotesi disciplinate dagli artt. 216 e 223 l. fall.; nei medesimi termini v., per tutti, C. Pedrazzi, *Art. 216*, in *Reati commessi dal fallito*, Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare, Bologna-Roma 1995, 136 e G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, Napoli 1985, 77 ss.

⁴² *Ibid.* Ovviamente, come specificato dalla Consulta, nel caso dell'art. 223 comma 2 l. fall. il differente disvalore non sarà tarato sul grado di pericolo ma sulla pervasività del danno, anche in relazione al numero dei possibili creditori danneggiati.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

giudice di individualizzare la durata della pena accessoria agganciandola alle valutazioni di gravità del fatto concreto pertinenti al giudizio di commisurazione della pena principale.

La Consulta, tuttavia, non condivide la proposta della Cassazione.

Il Giudice delle leggi, ribadita la necessità di rispettare il principio di proporzione anche nel caso delle sanzioni accessorie interdittive⁴⁵, ne indaga il ruolo all'interno del sistema dei reati di bancarotta.

Tramite un'efficace analisi storica, la Corte individua una diversa finalità delle pene accessorie dell'ultimo comma dell'art. 216 l. fall., identificabile nella volontà del legislatore di creare una netta cesura fra l'imprenditore (o l'esponente dell'impresa collettiva) condannato ed il settore economico nell'ambito del quale il reato è stato commesso. L'impossibilità per il bancarottiere di reimmettersi nell'ambito imprenditoriale risponde *«allo scopo di estendere nel tempo l'effetto di prevenzione speciale negativa già esplicito dall'esecuzione della pena detentiva, oltre che di conferire maggiore capacità deterrente all'incriminazione»*⁴⁶.

Ciò posto, questa parziale difformità di *ratio* della pena interdittiva della bancarotta rispetto alla pena detentiva *«giustifica, nell'ottica del legislatore storico – e in consapevole difformità rispetto alla regola residuale di cui all'art. 37 cod. pen., già esistente nel 1942 –, una durata di regola maggiore rispetto a quella della pena detentiva concretamente inflitta»*⁴⁷; con la conseguenza che, poiché sono diverse le finalità, nulla osta a che il legislatore, nel caso delle pene accessorie, preveda una durata diversa e indipendente da quella prevista per la pena detentiva principale.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte può procedere a 'respingere' la proposta della Cassazione, che finirebbe con il frustrare le due premesse iniziali.

Da un lato, l'applicabilità dell'art. 37 Cp all'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. non risponde completamente alla logica della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del fatto commesso in quanto *«finirebbe per sostituire l'originario automatismo legale con un diverso automatismo»*⁴⁸.

Dall'altro, l'automatismo dell'art. 37 Cp appare idoneo a paralizzare il legittimo scopo special-preventivo delle sanzioni accessorie in materia di bancarotta che ben possono avere durata diversa – in ipotesi anche maggiore – rispetto a quella delle pene principali proprio alla luce della differente finalità e del minore grado di afflittività. In quest'ottica, la sanzione interdittiva viene positivamente valutata dalla Consulta come possibile strumento di deflazione della sanzione detentiva, idoneo a garantire la tenuta

⁴⁵ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 8.3 del considerato in diritto.

⁴⁶ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 8.3 del considerato in diritto.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

della complessiva efficacia deterrente e di prevenzione speciale negativa della norma penale⁴⁹.

La Corte, quindi, affronta l'ultimo passaggio della motivazione ove si individua la soluzione per riportare a conformità costituzionale la durata delle pene accessorie dall'art. 216 comma 4 l. fall.

Detta soluzione viene ricercata e rinvenuta nel sistema della legge fallimentare, in particolare nei reati di bancarotta semplice e di ricorso abusivo al credito. In quei casi il legislatore ha approntato le medesime sanzioni interdittive previste dalla bancarotta fraudolenta, ma – prescindendo dalla più modesta quantificazione che rispecchia un minor disvalore degli artt. 217 e 218 l. fall. rispetto al precedente art. 216 – ha stabilito che la loro durata fosse limitata fino a un determinato massimo editale.

La comminatoria «*fino a*», ad avviso della Corte, si pone in armonia con una linea direttiva del sistema (penal-fallimentare) che appare coerente con gli scopi perseguiti dal legislatore tramite il doppio binario sanzione detentiva/sanzione interdittiva e, di conseguenza, si presta ad essere utilizzata quale strumento di risoluzione del difetto di costituzionalità: la logica sottesa alla quantificazione delle pene accessorie degli artt. 217 e 218 l. fall. «*può essere agevolmente trasposta all'interno dell'art. 216 della legge fallimentare, attraverso la sostituzione dell'attuale previsione della durata fissa di dieci anni delle pene accessorie in esame con la previsione (...) della loro durata "fino ad anni dieci"*»⁵⁰.

La Consulta, infine, giunge a fornire alcune indicazioni 'operative' ai giudici di merito e di legittimità che dovranno applicare l'art. 216 comma 4 l. fall. nella versione risultante dall'intervento manipolativo. Pur confermando che spetta al giudice del processo principale il ruolo di valutare l'impatto di una sentenza di accoglimento della questione di legittimità costituzionale, la Corte si esprime chiaramente nel senso di ritenere che la pena accessoria del 'nuovo' quarto comma dell'art. 216 l. fall. deve essere commisurata in concreto dal giudice separatamente da quella principale, non essendo corretto, nel caso in discussione, applicare l'art. 37 Cp che opera solo ove non sia espressamente determinata dalla legge la durata della pena accessoria temporanea⁵¹.

La decisione della Corte, che sottende numerosi profili di interesse⁵², rileva in questa sede per la particolare scelta di porre rimedio al *vulnus* costituzionale

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 8.4 del considerato in diritto, con la conseguenza, nitidamente individuata dalla Corte, che le sanzioni interdittive possono risultare più lunghe delle pene principali qualora lo richieda il caso concreto.

⁵² Fra i numerosi aspetti di estremo interesse, sono almeno due quelli che meritano di essere almeno evocati, pur non potendo trovare esaustiva trattazione in questa sede.

Il primo è relativo all'oggetto del giudizio di costituzionalità.

La Corte costituzionale aveva affermato – ripetutamente – che la compatibilità costituzionale della pena deve

essere valutata in relazione al complessivo apparato sanzionatorio previsto per una determinata fattispecie di reato, e, proprio in quest'ottica, la Consulta ha ripetutamente 'salvato' norme incriminatrici contraddistinte da una sanzione detentiva, comminata all'interno di una cornice edittale congiuntamente ad un'altra sanzione, prevista in misura fissa (C. Cost., sent. 17.11.1982 n. 188, in *GP*, 1983, I, 205 ss.; C. Cost., ord. 22.11.2002 n. 475, in *CP*, 2003, 406 ss. e C. Cost., ord. 31.03.2008 n. 91, in *CP*, 2008, 3662 ss.). Prima della sentenza n. 222/2018 della Consulta, parte della dottrina (L. Varrone, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, in *DPenCont*, 1 giugno 2012, 2 ss.) aveva predetto l'esito di rigetto della questione sollevata dalla Cassazione poiché la Consulta non avrebbe potuto che richiamare i propri precedenti affermando che il problema dell'incostituzionalità delle pene fisse non riguarda i «*trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche*» – qual è quello della bancarotta fraudolenta – «*in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete*» (C. Cost., ord. 31.03.2008 n. 91, cit., 3665). Sempre in epoca anteriore alla decisione della Consulta n. 222/2018, altra parte della dottrina aveva convincentemente sostenuto le ragioni per il superamento della 'base totale' – i.e. il complessivo trattamento sanzionatorio formato da pene fisse e pene commisurabili – nel giudizio di sproporzione di una delle voci che compongono il 'catalogo' punitivo di una norma incriminatrice (v. A. Galluccio, *Pene fisse, pene rigide e Costituzione*, cit., 887 ss.). Nella sentenza n. 222/2018 il Giudice delle leggi supera il criterio del complessivo trattamento sanzionatorio (§ 7.2 del considerato in diritto), focalizzandosi sul fatto che le sentenze che avevano adottato il menzionato criterio riguardavano pene pecuniarie proporzionali (quindi sempre indirettamente commisurabili in base alla gravità) e non pene fisse. Il discrimine operato dalla Corte – ineccepibile nell'esito – sembra però prestare il fianco ad un'obiezione. Infatti, nelle precedenti decisioni sopra richiamate, la Consulta aveva elaborato il criterio del complessivo trattamento sanzionatorio come strumento di valutazione della costituzionalità di una pena completamente fissa, come risulta dalla sentenza n. 142/2017 (quella che, nella decisione n. 222/2018, la Consulta individua come precedente in cui si distingue fra pena proporzionale – commisurabile – e pena realmente fissa): «*In proposito, si deve ribadire il costante orientamento della giurisprudenza di questa Corte che ha escluso l'illegittimità delle pene pecuniarie fisse, se accanto a esse il legislatore ha previsto pene detentive dotate di una forbice edittale di ampiezza significativa, da irrogare congiuntamente alle prime (ordinanze n. 91 del 2008 e n. 475 del 2002). Tali principi valgono, a maggior ragione, quando a essere accompagnate da pene detentive modulabili sono le sanzioni pecuniarie proporzionali, come quelle prescritte dalle disposizioni in esame, che a differenza di quelle fisse sono di per se stesse caratterizzate da un certo grado di variabilità in ragione dell'offensività del fatto*» (§ 4.4. de considerato in diritto). In sostanza, sembra che, fino al 2017, una sanzione accessoria realmente fissa avrebbe potuto superare il vaglio di costituzionalità, esattamente come la sanzione proporzionale, alla luce del complessivo trattamento sanzionatorio. Il cambio di orientamento deciso con la sentenza n. 222/2018 – ed il mancato utilizzo del parametro del complessivo trattamento sanzionatorio – non sembrano, quindi, pienamente giustificati dal fatto che in quel caso si trattasse di pena fissa e non proporzionale.

Il secondo, invece, riguarda la scelta della disciplina da utilizzare per riportare a conformità costituzionale l'art. 216 comma 4 l. fall.

Infatti, in modo complementare alla dichiarata non obbligatorietà della soluzione prescelta, si pone un certo grado di discrezionalità nella scelta della disciplina destinata a rimpiazzare la misura fissa di dieci anni delle sanzioni interdittive di cui all'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. Infatti, la scelta di trasformare la quantificazione fissa in limite massimo, alla stregua di quanto previsto dagli artt. 217 e 218 l. fall. (che parte della dottrina ha definito «*sorprendente*», v. A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate'*, cit. p. 3), comporta l'esportazione di *rationes* politico-criminali a fattispecie diverse da quelle per le quali esse erano state originariamente previste, in un contesto in cui non è chiaramente individuabile nell'art. 216 l. fall. un gradiente di omogeneità dell'opzione punitiva individuata dal legislatore in relazione agli artt. 217 e 218 l. fall. (in questo senso v. S. Leone, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, cit., 598). Infine, il criterio sanzionatorio innestato dalla Corte nell'art. 216 comma 4 l. fall. consegna al giudice un notevole potere discrezionale: oltre a consentire l'irrogazione di una pena interdittiva più

rappresentato dalla fissità della sanzione accessoria per la bancarotta fraudolenta trasformando la soglia fissa di durata dell'interdizione in limite massimo.

Così facendo, la Corte riapre il problema dell'applicabilità dell'art. 37 Cp alle pene accessorie determinate solo nel massimo: infatti, a fronte di chiare indicazioni del Giudice delle leggi sulla necessità di applicare l'art. 133 Cp anche alle rimodulate pene accessorie dell'art. 216 l. fall., si pone il problema di conciliare siffatto suggerimento con la giurisprudenza della Cassazione che, come si è visto, ha ritenuto comunque applicabile l'art. 37 Cp in caso di indicazione legislativa del mero limite superiore⁵³.

4. - Le sentenze della Cassazione posteriori alla decisione n. 222/2018 della Corte costituzionale appaiono riflettere la difficoltà per il giudice ordinario, costretto a porsi l'alternativa fra disattendere l'interpretazione dell'art. 37 Cp proposta dalla Consulta o discostarsi dall'orientamento consolidato delle Sezioni Unite della Cassazione espresso con la pronuncia n. 6240/2015⁵⁴.

Non sorprendentemente, quindi, la giurisprudenza della medesima quinta sezione della Cassazione appare immediatamente spaccarsi, prospettando l'adottabilità di entrambe le soluzioni.

consistente di quella principale, il riformato quarto comma permette di applicare la sanzione accessoria in una misura inferiore a quella del minimo edittale della reclusione, parificandola a quella che il legislatore ha previsto per fatti meno gravi per diversità di bene tutelato o di criterio ascrittivo della responsabilità (rispettivamente art. 218 e art. 217 l. fall. In questi termini V. P. Pisa, *Pene accessorie di durata fissa*, cit., 217 ss. che propone di fissare a tre anni il minimo delle sanzioni interdittive della bancarotta fraudolenta).

⁵³ Circostanza che, invece, non si sarebbe determinata accedendo alla soluzione proposta dalla Cassazione nell'ordinanza di remissione o a quella individuata dalla dottrina (v. nota 28). Seguendo le predette indicazioni, pur con sfumature differenti, vi sarebbe stata la possibilità di applicare pene interdittive di durata pari a quella principale, come commisurata dal giudice, ex art. 37 Cp. Si è visto che la Consulta non ha ritenuto che simile soluzione fosse dichiaratamente contraria alla necessità di personalizzazione del trattamento sanzionatorio (§ 8.3 del considerato in diritto), ma l'ha ritenuta inadeguata per via dell'automatismo dell'art. 37 Cp che avrebbe frustrato la *ratio* legislativa delle pene interdittive della bancarotta che, nell'ottica della Corte, devono essere commisurabili autonomamente rispetto alla pena principale. Simile ragionamento, che è stato paragonato ad una scelta di politica criminale (v. R. Bartoli, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità*, cit., 2572), non tiene forse completamente conto del fatto che pene detentive e pene interdittive – secondo la stessa Consulta – svolgono ruoli profondamente differenti e si distinguono per gradiente di afflittività; di conseguenza, come è stato osservato (S. Larizza, *Durata delle pene accessorie: le Sezioni Unite "rivedono" l'interpretazione dell'art. 37 c.p.*, cit., 2739 ss.), non è scontato che la commisurazione della pena interdittiva possa avvenire in base ai parametri dell'art. 133 Cp, dato che questi sono, di fatto, prevalentemente incentrati sulla pena detentiva e, proprio grazie agli interventi della Consulta (a partire dalla sentenza n. 331/1990), rispondono oggi a specifiche e differenti direttive finalistiche.

⁵⁴ Questa situazione è stata autorevolmente descritta da parte della dottrina come foriera di «*evidente imbarazzo*» per il giudice che deve decidere un caso di bancarotta; v. P. Pisa, *Pene accessorie di durata fissa*, cit., 217 ss.

Da un lato, con la sentenza Piermartiri⁵⁵, la Cassazione assume un atteggiamento più rigoroso, mettendo in risalto il fatto che le indicazioni offerte al giudice comune dalla sentenza n. 222/2018 della Corte costituzionale contrastino con l'orientamento del tutto consolidato della giurisprudenza della Cassazione⁵⁶, in virtù del quale le pene accessorie previste per il reato di bancarotta semplice devono essere commisurate alla durata della pena principale, in quanto, essendo determinate solo nel massimo, sono soggette alla regola di cui all'art. 37 Cp⁵⁷.

Di conseguenza, sfruttando il varco lasciato aperto dalla Consulta⁵⁸, la sentenza in esame risolve la questione affermando che l'eliminazione dell'inciso «*per la durata di dieci anni*» e la sua sostituzione con la locuzione «*fino a dieci anni*», che ricalca quella utilizzata dal legislatore negli artt. 217 e 218 l. fall., comporta la riespansione della regola residuale posta dall'art. 37 Cp in conformità alle indicazioni della sentenza delle Sezioni Unite n. 6240/2015 e ciò anche allo scopo di evitare esiti *in malam partem* nei quali la durata della pena interdittiva supera quella della pena principale⁵⁹. La medesima linea di pensiero si ritrova nella coeva sentenza Montoleone⁶⁰.

Dall'altro lato, la decisione Retrosi si pone su di un piano di più accomodante dialogo istituzionale ed afferma che «*l'opzione avallata dal giudice delle leggi, secondo la quale l'ancorare la durata concreta delle pene accessorie a quella della pena detentiva concretamente inflitta "finirebbe per sostituire l'originario automatismo legale con un diverso automatismo", deve essere intesa come un monito, estremamente autorevole e significativo, ad avere presenti i profili di problematicità, sul piano di un'interpretazione conforme a Costituzione, che potrebbero scaturire dalla scelta di sostituire un meccanismo di determinazione fissa delle pene accessorie, ex art. 216, comma 4 L. F., con un altro operante in maniera analoga*»⁶¹. Da questa considerazione non discende, tuttavia, la piena adesione alla tesi patrocinata dalla Consulta: la scelta fra 133 Cp e 37 Cp viene accollata al giudice del rinvio che dovrà tener presente che «*la regola dettata dall'art. 37 cod. pen. può costituire uno dei criteri per la determinazione delle pene accessorie della bancarotta - avuto riguardo alla particolarità del caso concreto -, ma non l'unico, in ossequio ai principi di proporzionalità e di individualizzazione del*

⁵⁵ Cass. 7.12.2018 n. 1963 in *DeJure*.

⁵⁶ Queste le sentenze richiamate dalla decisione in analisi: Cass., 5.02.2015 n. 15638 rv. 263267; Cass., 16.02.2012 n. 23606, rv. 252960; Cass., 2.03.2010 n. 13579, rv. 246712; Cass., 18.02.2010 n. 17690, rv. 247319; Cass., 15.03.2000 n. 4727, rv. 215987; Cass., 26.11.1986 n. 2205, rv. 175171; Cass., 11.12.1975 n. 8085, rv. 134137; Cass., 16.10.1973 n. 690 rv. 126018.

⁵⁷ Cass. 7.12.2018 n. 1963, cit., § 5.3 del considerato in diritto.

⁵⁸ E cioè l'affermazione della Corte costituzionale circa la non vincolatività della soluzione proposta (fondata sull'art. 133 Cp); v. *Id.* § 5.2 del considerato in diritto.

⁵⁹ *Id.*, § 5.5 del considerato in diritto

⁶⁰ Cass. 7.12.2018 n. 1968 in *DeJure*.

⁶¹ Cass. 13.12.2018 n. 7851 in *DeJure*, § 5.4 del considerato in diritto.

trattamento sanzionatorio nei quali si estrinseca la ratio decidendi della sentenza n. 222/2018 della Corte Costituzionale»⁶².

In questo contesto interviene rapidamente la stessa quinta Sezione che, con l'ordinanza 12 dicembre 2018 (dep. 14 dicembre 2018) n. 56458 rimette alle Sezioni Unite il quesito circa l'applicabilità dell'art. 133 Cp o dell'art. 37 Cp al riformulato art. 216 comma 4 l. fall. Come osservato nella medesima ordinanza, a fondamento della rimessione non vi è un aperto contrasto fra le decisioni della Cassazione⁶³ bensì *«l'opportunità di un nuovo intervento delle sezioni unite, volto a rimeditare - e se del caso a confermare, in tutto o in parte - il proprio precedente arresto [sent. n. 6240/2015] nell'innovata cornice normativa»⁶⁴*. Da notare che l'ordinanza di rimessione prende posizione in favore dell'applicabilità del solo art. 133 Cp e rigetta l'automatismo dell'art. 37 Cp⁶⁵.

5. - Le Sezioni Unite sciolgono il dubbio interpretativo accedendo alla tesi proposta dalla Consulta e, in un certo senso, ne estendono gli effetti anche oltre lo specifico campo della bancarotta: *«Le pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri dell'art. 133 cod. pen.»⁶⁶*.

Le Sezioni Unite compiono un notevole lavoro ermeneutico per giungere, dopo soli quattro anni, a 'ribaltare' l'esito della sentenza n. 6240/2015 del medesimo supremo consesso, confutandone passo a passo la motivazione.

In primo luogo, le Sezioni Unite operano sul piano letterale dell'art. 37 Cp affermando che per *«pena espressamente determinata»* deve intendersi un'esplicita indicazione di estensione cronologica che non deve essere intesa nel solo significato di quantificazione in misura unica⁶⁷ e che l'ultimo periodo della citata disposizione, che impone il rispetto in tutti i casi del limite minimo e di quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria, *«non assume il preteso significato di conferma dell'applicabilità dello stesso art. 37 (...) ma impartisce un criterio commisurativo che assicuri il mancato superamento dei limiti di durata indicati (...) dagli artt. 28-36 per*

⁶² *Id.*, § 5.5 del considerato in diritto.

⁶³ In quanto assente, fino all'ordinanza di remissione, una decisione della Cassazione chiaramente indicativa della necessità di applicare esclusivamente l'art. 133 Cp; v., § 13 del considerato in diritto. Curiosamente il contrasto sorge postumo: v., nel senso della necessaria commisurazione da parte del giudice di merito ex art. 133 Cp delle pene accessorie del quarto comma dell'art. 216 l. fall., Cass. 14.12.2018 n. 6115 in *DeJure*; Cass. 20.12.2018 n. 4780 in *DeJure*; Cass. 18.01.2019 n. 5514 in *DeJure*; nel senso della necessaria scelta di uno dei due criteri da parte del giudice del rinvio v. Cass. 29.01.2019 n. 5882 in *DeJure*;

⁶⁴ Cass. 12.12.2018 n. 56458 in *DeJure*, § 13 del considerato in diritto.

⁶⁵ *Id.*, § 9 ss. del considerato in diritto.

⁶⁶ Cass. S.U. 28.02.2019 n. 28910, cit., § 10 del considerato in diritto.

⁶⁷ *Id.*, § 8.1 del considerato in diritto.

ciascuna specie di pena accessoria sul presupposto che la singola fattispecie, inserita nello stesso codice o nelle leggi speciali, non li contempli»⁶⁸.

In secondo luogo, l'analisi passa sul piano sistematico: da un lato raffronto letterale con l'art. 183 disp. att. Cp (con contiene la stessa locuzione del 37 Cp "determinata dalla legge") risulta *«irrilevante poiché entrambe le norme pongo, e non risolvono la medesima problematica dell'individuazione di cosa s'intenda per determinazione legale della durata della pena accessoria»⁶⁹*; dall'altro la collocazione dell'art. 37 Cp come norma di chiusura *«non autorizza la conclusione rassegnata dalla sentenza n. 6240/2015 e ad elevarne la disciplina a rango di regola generale»* poiché *«l'art. 132 c.p. menziona soltanto l'attività del giudice che applica la pena discrezionalmente senza aggiungere altre qualificazioni sul tipo di pena»⁷⁰.*

L'argomentazione delle Sezioni Unite, in terzo luogo, si sposta sul piano teleologico, con particolare riferimento alla finalità delle pene accessorie. Partendo dal presupposto che *«le pene accessorie, specie quelle interdittive e inhabilitative, collegate al compimento di condotta 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 sociale, nel quale sono maturati i fatti criminosi (...) per impedirgli di reiterare reati in futuro»*, la concretizzazione di questo *«specifico finalismo preventivo»* richiede la loro *«modulazione personalizzata in considerazione con il disvalore del fatto di reato e con la personalità del responsabile»⁷¹*. Tale risultato si persegue meglio commisurando la sanzione ai sensi dell'art. 133 Cp.

In quarto ed ultimo luogo, le Sezioni Unite illustrano gli inconvenienti cui porta l'utilizzo dell'art. 37 Cp nel caso delle pene accessorie della bancarotta fraudolenta. In sostanza, si tratta dell'impossibilità di superare i dieci anni di pena accessoria nel caso in cui la pena principale risulti applicata oltre quel limite per l'effetto dell'art. 219 comma 1 l. fall.⁷².

⁶⁸ *Id.*, § 8.3 del considerato in diritto.

⁶⁹ *Id.*, § 8.2 del considerato in diritto.

⁷⁰ *Id.*, § 8.4 del considerato in diritto, con la conseguenza, specificata dalla sentenza, che l'art. 37 Cp opera in via residuale nelle ipotesi in cui il legislatore abbia comminato la pena accessoria senza fornire alcuna indicazione sulla sua durata, come avviene nell'art. 228 l. fall. che punisce l'interesse privato del curatore fallimentare o, in un diverso settore, nel caso dell'art. 609-novies Cp comma 1 n. 4 prima parte.

⁷¹ *Id.*, § 9.2 del considerato in diritto.

⁷² *Id.*, § 9.3 del considerato in diritto. La Cassazione individua un'altra aporia non strettamente legata alla bancarotta: nel caso del reato di accettazione di retribuzione non dovuta da parte del curatore (art. 229 l. fall.) il minimo della pena accessoria equivale al massimo di quella principale; utilizzando l'art. 37 Cp si avrebbe la situazione paradossale il cui la pena accessoria è irrogabile – nel minimo – solo nel caso in cui si applichi il massimo della pena principale.

La puntuale e complessa trama argomentativa delle Sezioni Unite n. 28910/2019, tuttavia, può essere letta come servente rispetto ad un obiettivo prestabilito e cioè superare il precedente rappresentato dalla sentenza n. 6240/2015, esito verso cui la Cassazione tende *a priori* per effetto della ‘spinta’ determinante fornita dalla sentenza n. 222/2018 della Corte costituzionale⁷³.

Nella motivazione della sentenza n. 28910/2019, infatti, la premessa all’esegesi dell’art. 37 Cp ed al suo inquadramento sistematico è esplicitamente rappresentata da una manifestazione di volontà avente ad oggetto l’adesione del Giudice di legittimità al *dictum* del Giudice delle leggi: *«non può ignorarsi l'autorevolezza e la capacità persuasiva del suggerimento interpretativo offerto dal giudice costituzionale in coerenza con la funzione di normazione additiva esercitata, là dove ha escluso che la previsione dell'art. 37 c.p., come letta dal diritto vivente sino al momento attuale, possa continuare ad essere riferita alle pene accessorie della legge fallimentare (...). Queste Sezioni Unite, pur nella consapevolezza della non obbligatoria conformazione alle indicazioni del giudice costituzionale, perché non di matrice legislativa, tuttavia ritengono di dovervi aderire in quanto conformi ai precetti costituzionali ed avvalorate dall'interpretazione letterale-logico-sistematica»*⁷⁴.

Questa peculiare struttura motivazionale – una sorta di verifica *ex post* della correttezza di una tesi per altre ragioni già accolta⁷⁵ – si spinge oltre il perimetro tracciato dalla Consulta e dalla stessa ordinanza di rimessione, che, quantomeno formalmente, si erano riferite solo alle pene interdittive della bancarotta fraudolenta⁷⁶.

Infatti, il principio di diritto emanato dal Supremo Consesso della Cassazione abbraccia tutte le pene accessorie nelle quali compaia un termine di durata non fissa. Il che significa che anche una pena accessoria con finalità non compiutamente identificabili nella prevenzione speciale negativa, ad es. l’interdizione dai pubblici

⁷³ Si esprime in termini di «*elemento legittimante [di] questo deciso mutamento di rotta*» S. Larizza, *Durata delle pene accessorie: le Sezioni Unite “rivedono” l’interpretazione dell’art. 37 c.p., cit., 2740.*

⁷⁴ Cass. S.U. 28.02.2019 n. 28910, cit., § 6 del considerato in diritto.

⁷⁵ Per la verità anche nel precedente arresto n. 6240/2015 delle Sezioni Unite, la Cassazione aveva utilizzato la sentenza n. 134/2012 della Corte costituzionale nell’ambito della motivazione; tuttavia in quel caso l’autorità del Giudice delle leggi era stata invocata a conferma della soluzione raggiunta (v. § 6.4 del considerato in diritto) e non inquadrata quale suggerimento interpretativo cui dover aderire.

⁷⁶ V., rispettivamente, C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 8.4 del considerato in diritto e Cass. 12.12.2018 n. 56458 cit., § 14 del considerato in diritto (erroneamente numerato 13) ove è identificata la questione rimessa alle Sezioni Unite. A questo proposito, inoltre, bisogna dare conto del fatto che la stessa ordinanza di rimessione avesse individuato due diversi percorsi argomentativi per giungere alla completa ‘implementazione’ della sentenza n. 222/2018 della Consulta da parte del giudice ordinario: *«l’uno, basato su di una completa rivisitazione delle interpretazioni ispiratrici della sentenza n. 6240 del 2015; l’altro, più selettivamente, rivolto a sottrarre dalla disciplina dell’art. 37 cod. pen. solo le specifiche pene accessorie scaturenti dall’art. 216 ult. comma legge fall., così come ridisegnato dalla Consulta»* (Id., § 11).

uffici ex art. 28 e 31 Cp⁷⁷, dovrebbe risultare commisurabile in base all'art. 133 Cp, e non quantificabile alla luce dell'art. 37 Cp, nel caso preveda solo un minimo, un massimo oppure una forchetta sanzionatoria⁷⁸.

Questa situazione sembra estranea alle *rationes* di conformità a Costituzione individuate dalla Consulta con la sentenza n. 222/2018 che, come si è visto, non ha ritenuto che l'applicazione dell'art. 37 Cp fosse apertamente in contrasto con la necessità di individualizzazione della pena accessoria tendente al legittimo obiettivo della prevenzione speciale negativa (§ 8.3 del considerato in diritto), ma l'ha giudicata inadatta in ragione dell'automatismo ivi previsto che si pone in contrasto con l'individuata *ratio* legislativa delle pene interdittive della bancarotta.

Interrogativi non completamente dissimili si pongono in relazione ad altre ipotesi di pene interdittive per le quali non è immediatamente evidente che la scelta legislativa sottenda «l'idea di una funzione almeno in parte distinta delle pene accessorie (...) marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa» che contraddistingue l'ipotesi in cui dalla norma si ricava l'intenzione del legislatore «di estendere nel tempo l'effetto di prevenzione speciale negativa già esplicita dall'esecuzione della pena detentiva (...) ciò che ne giustifica, nell'ottica del legislatore storico (...) una durata di regola maggiore rispetto a quella della pena detentiva concretamente inflitta»⁷⁹. È il caso, ad esempio, delle pene accessorie interdittive previste per i reati tributari di cui all'art. 12 comma 1 lett. a) e b) d.lgs. n. 74/2000 il cui massimo edittale è solo raramente superiore al massimo previsto per le pene principali comminate per uno dei reati ivi previsti (circostanza che si verifica negli artt. 10-bis; 10-ter; 10-quater comma 1 del medesimo decreto)⁸⁰ o dell'art. 186 T.U.F., che disciplina le pene accessorie irrogabili per i reati di abuso di informazioni privilegiate o di manipolazione del mercato, il cui massimo coincide con il minimo edittale della reclusione previsto per le due menzionate figure di reato.

⁷⁷ Nel senso del testo v., ad es. S. Larizza, voce *Pene accessorie*, in *DDP*, IX, Torino 1995, 423 ss. Sulle differenti e talvolta intrecciate funzioni delle pene accessorie v., ex multis, P. Pisa, *Le pene accessorie: problemi e prospettive*, cit., 22 ss.; L. Violante, *Contenuto e funzioni delle pene accessorie: conseguenze in tema di applicabilità al concorso di persone nel reato*, in *RIDPP*, 1968, 268 ss.; F. Palazzo, *Le pene accessorie nella riforma della parte generale e della parte speciale del codice*, in *Temi*, 1978, 657 ss.; P. De Felice, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Milano 1988, 75 ss.

⁷⁸ Salvo errori, non si sono riscontrate nell'ordinamento oggi vigente ipotesi di interdizione temporanea dai pubblici uffici con durata non fissa e non ricompresa fra un minimo ed un massimo. Tuttavia, simili fattispecie erano presenti in passato (v. art. 180 del Codice Zanardelli, che puniva l'omessa denuncia dell'ufficiale di polizia giudiziaria anche con la interdizione dai pubblici uffici fino a due anni e sei mesi) e, più recentemente, ne è stata proposta la reintroduzione (v. ad es. la proposta di legge n. 1813 del 9 luglio 1996 in tema di *mobbing* nella quale l'apparato sanzionatorio era composto anche dall'interdizione dai pubblici uffici fino a tre anni).

⁷⁹ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 8.3.

⁸⁰ *Contra*, v. la recente Cass. 19.11.2019 n. 15556 in *DeJure*, che, recependo l'orientamento delle Sezioni Unite n. 28910/2019 afferma che le pene accessorie dell'art. 12 d.lgs. n. 74/2000 vanno commisurate ex art. 133 Cp.

6. - Il combinato disposto delle sentenze n. 222/2018 della Consulta e n. 28910/2019 della Cassazione penale offre lo spunto per abbozzare alcune brevissime riflessioni sull'assetto attuale e futuro delle pene accessorie, non solo in materia di bancarotta fraudolenta.

In generale, queste due importanti decisioni fissano un condivisibile punto fermo sulla rinnovata e accesa attenzione al 'volto costituzionale' delle pene accessorie, volto, questo, che valorizza sempre più l'individualizzazione della pena nel rispetto agli artt. 3 e 27 Cost.

Le ricadute sistematiche delle due decisioni, tuttavia, possono implicare qualche aspetto problematico.

In primo luogo, l'assetto oggi vigente nello specifico settore della bancarotta potrebbe utilmente essere ancora oggetto di rivisitazione da parte della Consulta in relazione alle pene accessorie della bancarotta preferenziale.

Non pare azzardato affermare che, con riferimento all'intervento manipolativo a contenuto sostitutivo della Corte costituzionale, residui ugualmente una violazione del principio di proporzione inquadrabile nell'art. 3 Cost. Invero, la soluzione prescelta dalla Consulta per ovviare alla caducazione della fissità della pena accessoria della bancarotta fraudolenta è una soluzione parziale: nell'ambito dell'art. 216 l. fall., come già osservato, vi sono diversi fatti di bancarotta, uno dei quali – la bancarotta preferenziale – è caratterizzato da un minore disvalore⁸¹. Eppure, la nuova formulazione della pena accessoria prevede nel *quantum* un «fino a dieci anni» identico per tutte e tre le sotto-fattispecie di bancarotta fraudolenta dell'art. 216 l. fall.

Allo stato, quindi, il rispetto dell'art. 3 Cost. nell'applicazione delle pene accessorie di cui all'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. sembra rimesso alla discrezionalità del giudice del singolo caso: una quantificazione verso il basso sarà più rispettosa della minore gravità del pagamento preferenziale; al contrario, approssimandosi alla durata massima di dieci anni, il giudice imporrà al condannato la stessa quantità di prevenzione speciale negativa che l'ordinamento prevede per un fatto molto più grave, ma non completamente omogeneo, come la bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Sul punto, quindi, pare auspicabile un nuovo intervento della Consulta.

⁸¹ Inequivocabilmente dimostrato dalla minor cornice edittale del terzo comma dell'art. 216 l. fall. rispetto a quella prevista per bancarotta patrimoniale e documentale. Nei medesimi termini si è espressa proprio la Corte costituzionale argomentando la sproporzione della pena accessoria fissa di dieci anni di cui al quarto comma dell'art. 216 l. fall.: «l'art. 216 della legge fallimentare (...) raggruppa una pluralità di fattispecie che, già a livello astratto, sono connotate da ben diverso disvalore, come dimostrano i relativi quadri sanzionatori previsti dal legislatore» (C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 7.2 del considerato in diritto).

In secondo luogo, sembra proprio che le due menzionate sentenze abbiano posto le basi per procedere ad un percorso di personalizzazione di tutte le pene accessorie.

L'art. 37 Cp subisce sicuramente un notevole ridimensionamento operativo, posto che la pena accessoria fissa non può essere considerata indeterminata e la pena per la quale il legislatore indica una qualsiasi soglia – minima o massima; minima e massima – deve essere commisurata utilizzando l'art. 133 Cp.

Lo spazio applicativo dell'art. 37 Cp, quindi, si riduce ai non frequentissimi casi in cui la norma incriminatrice non fornisce alcuna quantificazione delle pene accessorie⁸², ipotesi che – sempre rimanendo nell'ambito del diritto penale delle procedure concorsuali – si verifica ad es. nel caso dell'art. 228 comma 2 l. fall.

In quei casi, seguendo i dettami della sentenza della Consulta n. 222/2018, si potrebbe prospettare un profilo di incostituzionalità derivante dall'automatismo sanzionatorio stabilito dall'art. 37 Cp. Infatti, alla luce dell'affermazione della Consulta secondo cui la soluzione rappresentata dall'art. 37 Cp sostituirebbe l'originario automatismo legale – pena fissa, dichiarata incostituzionale – con un del pari indesiderabile automatismo e se la 'regola' è rappresentata dalla discrezionalità nella quantificazione della pena, pare proprio che l'aggancio automatico della pena accessoria inespresa al *quantum* di quella principale corra il rischio – anche in ragione della corrente opera di smantellamento degli automatismi sanzionatori intrapresa dal Giudice delle leggi⁸³ – di risultare non aderente ai principi costituzionali che reggono la materia punitiva.

⁸² *Contra*, nel senso di una sostanziale inutilità sopravvenuta dell'art. 37 Cp, v. S. Larizza, *Durata delle pene accessorie: le Sezioni Unite "rivedono" l'interpretazione dell'art. 37 c.p.*, cit., 2740 ss.

⁸³ Come avvenuto in materia di recidiva (C. Cost., 8.07.2015 n. 185, che ha dichiarato la «illegittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, del codice penale limitatamente alle parole "è obbligatorio e,"»). Sull'ordinanza di remissione – Cass. 3.07.2014 n. 37443 – v. G. L. Gatta, *Recidiva obbligatoria: la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 cost.* in *DPenCont*, 29 settembre 2014. Sulla sentenza della Corte cost. n.185/2015: R. Bartoli, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo* in *GI*, 2015, 11, 2484; D. Bianchi, *Cade l'ipotesi speciale di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva* in *CP*, 2016, 30. M. Pelissero, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria* in *GC*, 2015, 1412. D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali* in *DPenCont*, 13 febbraio 2017) o, più recentemente, in tema di applicazione obbligatoria della sospensione dalla potestà genitoriale per il reato di cui all'art. 574-bis Cp (C. Cost. 6.06.2020 n. 102 che ha dichiarato la «illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, terzo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale» sulla quale v. G. Leo *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, in *SP*, 1° giugno 2020). Proprio l'ultima sentenza della Consulta ha anche dichiarato inammissibile la questione di legittimità proposta sul *quantum* della pena accessoria previsto dall'art. 34 comma 2 Cp – che prevede un meccanismo analogo a quello dell'art. 37 Cp (stabilendo che la pena accessoria sia pari al doppio di quella principale) – in ragione dell'irrelevanza della questione nel giudizio *a quo* (la Cassazione, che

Inoltre, le sentenze n. 222/2018 della Consulta e n. 28910/2019 della Cassazione affermano anche che la pena accessoria fissa è per ciò solo ‘indiziata’ di illegittimità costituzionale; di conseguenza il suo diritto di cittadinanza nell’ordinamento penale non può essere dato per scontato, quantomeno in tutti quei casi in cui la Corte costituzionale saprà trovare «*“precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” (...) – esse stesse immuni da vizi di legittimità, ancorché non ‘costituzionalmente obbligate’ – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima*»⁸⁴.



aveva sollevato la questione, avrebbe comunque dovuto rimettere al giudice di merito cui spetta la valutazione dell'*an* della sanzione accessoria e, in caso affermativo, anche del *quantum*). È possibile, quindi, che l'art. 34 Cp diventi a breve un banco di prova sul quale testare anche la tenuta dell'art. 37 c.p. di fronte alla necessaria proporzione della pena.

⁸⁴ C. Cost., 25.09.2018, n. 222, cit., § 8.1 del considerato in diritto.