

GIACOMO MATTEOTTI

Dottore in Legge.

CLASSIFICAZIONE
degli incidenti di esecuzione

ESTRATTO

dalla « Rivista di Diritto e Procedura Penale »

DIRETTA DAGLI AVVOCATI

I. BERENINI - E. FLORIAN - R. GAROFALO - A. ZERBOGHE

Anno X + Fasc. 3-4 - 1919

CASA EDITRICE

DOTTOR FRANCESCO VALLARDI

MILANO

1919

GIACOMO MATTEOTTI

Dottore in Legge.

CLASSIFICAZIONE
degli incidenti di esecuzione

ESTRATTO

dalla « Rivista di Diritto e Procedura Penale »

DIRETTA DAGLI AVVOCATI

A. BERENINI - E. FLORIAN - R. GAROFALO - A. ZERBOGLIO

Anno X - Fasc. 8-4 - 1919

CASA EDITRICE
DOTTOR FRANCESCO VALLARDI
MILANO

1919

GIACOMO MATTIOTTI

LIBRAIO

CLASSIFICAZIONE

degli incidenti di circolazione

MATTIOTTI

LIBRAIO

LIBRAIO

BIBLIOTECA LETTERARIA

Molte incertezze e divergenze sul concetto di incidente di esecuzione e sulla sua estensione nella procedura penale, sono dovute, credo, a due difetti di metodo uguali e contrari.

Gli uni accontentandosi di seguire la legge frammento per frammento, non hanno saputo penetrarne la ragione, nè risolvere quindi i casi incerti o inespressi. Gli altri passando troppo presto dalla osservazione alla induzione, sono arrivati ad affermazioni unilaterali assolute, le quali non concordano, non dico con la legge, ma neppure con quei principî generali che, al di là di essa, sono accettati come fondamento ultimo comune dei moderni sistemi processuali.

Avviene in particolare che ad un fatto o ad una specie di fatti della esecuzione, alcuni attribuiscono un senso e una portata che assolutamente non possono avere, altri invece ne rilevano quello soltanto che più immediatamente è suggerito da un articolo di legge, senza notarne i diversi che sotto altro aspetto possono delinearsi.

Ora dove la materia è ancora così greggia come la nostra, l'elaborazione dottrinarla dev'essere più intensa graduale e attenta. Conviene prima riconoscere i più vicini legami che uniscono l'un caso all'altro; e risalire dai molti caratteri comuni dei tipi più simili, ai pochi dei tipi più lontani, nella coordinazione delle specie ritrovando l'unità del genere e del sistema. Così si possono anche tenere distinti i casi che sono espressi nella legge, i casi che vi devono o possono essere impliciti, i casi che potrebbero o dovrebbero essere in una legge futura, arrivando allora soltanto a formulare quei principî più generali, i quali sono necessari a interpretare la ragione della legge senza misconoscerne le concrete disposizioni, e ad aprire nello stesso tempo cammino più diritto dei progressivi sviluppi.

Quattro gruppi principali di incidenti di esecuzione si possono (1) nettamente distinguere. Ognuno di essi, e specialmente i due ultimi, potrebbe a sua volta dividersi in due sottogruppi, ma la separazione sarebbe più di grado che di qualità, ed è sufficientemente messa in rilievo, per quello che importa, dall'ordine nella enumerazione dei casi d'ogni singolo gruppo. In senso contrario, i quattro gruppi principali potrebbero riunirsi in due sole grandi specie (il primo col terzo, il secondo col quarto) le quali hanno maggiore comunità di caratteri; ma è preferibile, almeno nella presentazione, tenerli distinti, poichè a loro

(1) Un accenno di distinzione, se non di classifica, trovo in K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig, 1904, § 127, e in L. GIAMPIETRO, *Degl'incidenti di esecuzione*, in *Giurispr. it.* 1914, IV, 167, n. 52, dove sono dombrate le due maggiori specie.

volta i due primi gruppi hanno comune tra loro alcun carattere che li differenzia dai secondi due e, se pur non è importante negli effetti pratici, mette però in luce alcuni diversi rapporti dell'incidente d'esecuzione con la sentenza, che sono utilissimi a stabilirne l'essenza.

Mentre infatti il gruppo terzo e quarto si riferiscono più propriamente alla esecuzione, il primo e il secondo si riportano più immediatamente alla sentenza penale da eseguire, alla quale servono di chiarimento o di integrazione. Non però nel senso che questi aggiungano alcuna cosa che non sia già esplicita o implicitamente contenuta nella sentenza, o la modifichino in alcuna sua parte; bensì nel senso:

I. Gruppo) di dichiarare, con quella maggior precisione ch'è necessaria quando si deve tradurre in atto un comando enunciato in parole, se e quale sia la volontà contenuta nella sentenza, eventualmente involuta in espressioni oscure o ambigue, insufficienti o inesatte per un semplice errore od omissione materiale.

Rimane quindi escluso ogni apprezzamento o arbitrio del giudice di esecuzione, il quale deve limitarsi a rilevare una volontà già manifestata, nella sua purezza obbiettiva e originaria, purgata delle incertezze e deficienze cui le altrettanto obbiettive e necessarie ragioni della pura interpretazione logica o di una precisa operazione aritmetica imposta dalla legge come conseguenza di un determinato giudizio, valgono da sole a eliminare. Per ciò il miglior giudice è quello stesso che ha pronunciata la sentenza discussa e sa qual'è stata la sua volontà insufficientemente espressa; ma può anche essere un altro giudice, perchè in ogni caso la volontà che vale è quella obbiettivamente resa manifesta dalla sentenza a chiunque la senta, anche sotto le imperfezioni (come è la volontà del legislatore manifestata nella legge; la sentenza è stata infatti anche parificata a una *lex specialis*); e non vi potrebbe essere sostituita una attuale diversa volontà, se non ammettendo una generale revocabilità delle sentenze penali (2).

Così può ricorrere un incidente e un'ordinanza di esecuzione, quando il giudice sia chiamato:

1.° a decidere *se esista anzitutto in fatto una sentenza emanata da un giudice*, o non sia piuttosto, quella che si pretende eseguire, una semplice manifestazione di scherzo, un documento apocrifo, o la manifestazione di volontà di persona sfornita di ogni potere di giurisdizione, tutte egualmente irrilevanti o inesistenti per la procedura e la esecuzione penali.

Ciò però non implica che il giudice di esecuzione deva o possa in alcun modo controllare la validità legale, nelle forme o nel contenuto, della sentenza da eseguire (3). Sia o no legalmente perfetta una sen-

(2) Cfr. art. 555 C. P. P. La revoca delle sentenze penali è appena eccezionalmente concessa nei casi degli art. 295, 301, 475, 498.

(3) *Contra*: P. LANZA, *Principi di diritto processuale penale*, Roma 1914, n. 478, e *Azione esecutiva come azione revocatoria*, in *Riv. pen.* LXXXIII, 5. conformi al testo ALOISI MORTARA, i quali però aggiungono un'ambigua eccezione

tenza, pur che esista e un giudice l'abbia emanata, e le parti non l'abbiano o senza successo impugnata, quella ormai è irrevocabile, per la esecuzione. Permettere al giudice di esecuzione di rilevarne alcuna violazione di legge, equivale a togliere ogni senso ai termini perentori d'impugnazione e annullamento delle sentenze, che per quelle stesse violazioni sono stabiliti, a rovesciare i gradi e le funzioni dei singoli giudici, a stabilire la revocabilità delle sentenze penali in ogni tempo, se non anche poi la revocabilità delle revoche stesse. L'esecuzione dovrebbe cambiare addirittura il suo nome; e non vi sarebbe un limite alla nuova funzione.

1° *bis* a dichiarare la *ricostituzione di una sentenza* penale. Il caso è previsto dagli art. 104 e 105 del c. p. p., in occasione di distruzioni smarrimenti o sottrazioni degli originali di condanne (4); che, se non è necessaria la rinnovazione dell'atto e del giudizio, la sentenza può essere riconosciuta esistente nella copia autentica, o nell'atto ricostruito mediante prove. È in sostanza un'applicazione pratica della stessa prima specie prevista, la quale ne conferma anche i caratteri generali.

2.° a dichiarare la *intelligenza, il senso* delle disposizioni date nella sentenza (5). Poichè può darsi che lo stesso dispositivo non sia troppo chiaro o sia confuso in fra i motivi, o alcuna frase equivoca faccia per esempio dubitare se siasi o non affermata questa o quella circostanza, e siasi fissata questa o quella quantità o qualità di pena, e simili. Anche qui il giudice di esecuzione nulla aggiunge o sostituisce del proprio, interpreta solo la volontà altrui qual'è obbiettivamente manifestata, secondo regole logiche e necessarie; se non si vogliono esposte le parti alle più strane imprevedute e irrimediabili sorprese.

2° *bis* a *identificare* personalmente il condannato, di fronte per esempio a indicazioni di nomi cognomi nomignoli o altri dati della sentenza, eventualmente insufficienti o contraddittori almeno in apparenza (cfr. art. 563 c. p. p. e 434 u. cpv.) (6).

per le nullità dell'art. 414 (*Spiegazione pratica* dell'art. 558) e G. VITALI, il quale però anche equivocamente esige « la rispondenza della sentenza alle forme volute dalla legge perchè possa costituire titolo esecutivo » (*La forza del giudicato penale e gli incidenti di esecuzione*, in *Cass. un.*, XXVII, 1052).

Per maggiori particolari cfr. *Nullità assoluta della sentenza penale* in questa stessa *Rivista*, agosto 1917.

(4) cfr. L. LUCCHINI, *Elementi di proc. pen.*, n. 376.

(5) Conforme L. GIAMPIETRO, o. c., n. 120. Il caso è espressamente previsto nel § 490 della tedesca *Strafprozessordnung*.

(6) Quest'era il caso tipico se non unico degli incidenti di esecuzione nei vecchi codici (cfr. la legge del 22 frimaio anno VIII, il *Code d'instruction crim.*, art. 518-520, il nostro Codice del 1865, art. 791-793, il Codice per l'esercito art. 531, i quali inesattamente attribuiscono all'ordinanza qualità di sentenza). Si riferiva però allora, più che alle insufficienze della sentenza, ai trucchi e alle male arti degli evasi che simulano o dissimulano la loro personalità; nel quale caso rientrerebbe piuttosto nel III gruppo degli incidenti. Un esempio della specie è in *Cass.* 23 ottobre 1914, *Vecchioni*, *Giust. pen.* 1915, 1078.

La identificazione nell'istruttoria o nel giudizio non appartiene invece affatto agli incidenti di esecuzione. Cfr. LANZA, *Azione*, n. 2.

2°^{ter} a rettificare il computo della pena, o altro errore puramente materiale del dispositivo o dei motivi (7), o perfino alcun errore logico o giuridico dei motivi quando sia irrilevante rispetto alle disposizioni concrete della sentenza (8) altrimenti bene fondate (cfr. art. 434, 275 fine, 414 fine e 531 c. p. p.).

Alla quale rettifica, la legge neppure attribuisce il significato di modificazione della sentenza penale, sibbene anzi di ristabilimento letterale della volontà del giudice di cognizione, non alterata da errori materiali involontari e non turbata da esabbondanti argomentazioni inesatte; poichè nel caso che invece la sentenza si debba annullare, anche parzialmente, per ogni altra categoria d'errori e violazioni di diritto, la norma stessa di legge (cfr. i cit. art. e il 473 c. p. c.) esclude la procedura di rettifica per ammettere la sola via dell'impugnazione entro termini perentorii (9).

Nè in direzione contraria, che non si tratti cioè addirittura di un incidente d'esecuzione, può indurci a dubitare la collocazione della norma di legge fuori del libro dell'esecuzione, nel giudizio o tra le impugnazioni, o il nome di ricorso che la legge civile presceglie (10), o il grado supremo del giudice cui talvolta appartiene. Quella che importa è la sostanza della cosa, e l'effetto, oltre il minimo comune di garanzie formali per le parti.

2°^{quater} a ordinare la sostituzione di pene comuni con pene militari, richiamata dagli art. 493 c. p. es., 538 c. p. min., e omessa nella sentenza di condanna. Per quanto i codici militari, usi a vedere una sentenza in ogni risoluzione incidentale, ne vedano una anche in questo caso, nella sostanza però e nelle forme stesse si può riconoscere una comune ordinanza di esecuzione (11), anzi un caso particolare del precedente incidente di rettifica.

2°^{quinqies} a riparare l'omissione della destituzione del notaio, cui il giudice di cognizione avrebbe dovuto pronunciare di pieno diritto nella sentenza di condanna a determinate pene o reati (cfr. art. 158 legge notarile 16 febbraio 1913, n. 89). E anche questa in sostanza

(7) Conf. GIAMPIETRO, n. 79. Anche nei lavori preparatori fu affermato, su proposta LUOCINI, che la materia rientrava nella esecuzione e non nelle impugnazioni. La rettifica del verdetto ammessa nell'art. 507 del vecchio cod., non costituiva invece un incidente di esecuzione; non già perchè il verdetto non sia parte della sentenza, ma perchè anche la rettifica ne era parte subito sostituendone la parte rettificata.

L'errore materiale riparabile può consistere anche nell'omissione di un elemento essenziale del dispositivo, quando esso risulti ammesso p. es. dal verbale o dalla motivazione della sentenza (es: la condizionalità della condanna, conf. Cass. 12 luglio 1918, *Solaro*, in *Riv. pen.* LXXXIX, 41).

(8) Cfr.: *Relazione STOPPATO* alla Camera dei deputati, n. 139.

(9) Cfr. Cass. 14 nov. 1912, e 6 febr. 1913, *Creto*, in *Riv. pen.* LXXVII, 501 e 601; I, 18 nov. 1915, *Saggio*, in *Cass. un.* 1916, 351; II, 30 nov. 17, *D'Ago-stino*, *Riv. pen.* LXXXVII, 270; e i casi richiamati in nota 14 bis.

(10) Cfr. art. 473 c. p. c., e L. MORTARA, *Commentario codice e leggi di proc. civ.*, Milano 1908, IV, 55.

(11) Conforme: P. VICO, *Diritto penale formale militare*, Milano 1917, n. 439; A. MOSCHINI, *Della esecuzione in generale*, Milano 1915 p. 68. Per mancanza di questo più esatto criterio cfr. invece le vicende della causa contro *Morrone*, v. Cass. I, 11 maggio 1915, in *Bpp.* 1916, 20.

una ordinanza di rettifica, per omissione che si considera quasi materiale, di una disposizione necessariamente implicita nella sentenza. Se ai sofisti sembrasse la frase « senza contraddittorio » dell'art. 158, contrastare con le norme tipiche dell'incidente di esecuzione, ricorderemo che essa non fu inserita per escludere le garanzie di cui gli art. 559 e 560 del c. p. p., ma per escludere la procedura con dibattimento e sentenza cui alcuno pretendeva nelle anteriori edizioni della legge notarile (12).

[Alla stessa categoria potrebbero infine essere ascritte anche l'applicazione delle norme sul *concorso delle pene*, e l'applicazione dell'*indulto*, quando l'operazione avrebbe dovuto o potuto compiersi dal giudice di cognizione nella stessa sentenza, e fu invece omessa (13). Poichè però il tipo più frequente di codeste applicazioni in sede di esecuzione è dato dai casi nei quali esse sono possibili soltanto dopo emanata la sentenza irrevocabile, saranno tutte assorbite nel IV Gruppo. Invece allo *scomputo del carcere preventivo* o della pena scontata all'estero (art. 8 e 40 c. p.), che pur potrebbe essere considerato come una omissione della sentenza (14) riparabile mediante incidente di esecuzione, provvede più di solito direttamente, con semplice operazione materiale, l'autorità esecutiva, salvo che insorga contestazione, e quindi un incidente del III Gruppo].

Si avverta qui quello che del resto già deve essere apparso nella enumerazione dei tipi del I Gruppo, che cioè le categorie 1.^a e 2.^a coprono da sole, nella loro formola più larga e comprensiva, tutta questa specie di ordinanze di esecuzione. I casi particolari delle due categorie non sono numerabili poichè, se nessuno è necessario, infinite però sono le forme di apparizione possibili in concreto; e i casi 1^{bis} 2^{bis} 2^{ter} 2^{quater} ecc., non rappresentano che alcuni particolari esempi estremi (so prattutto gli ultimi della categoria 2.^a) cui la legge ha creduto opportuno di regolare espressamente perchè stanno sull'estremo confine, al di là del quale il giudice di esecuzione eccederebbe dal potere e dalla funzione attribuitigli (14^{bis}).

(12) Cfr. Cass. I, 29 aprile 1905, *Ferrio*, in *Riv. pen.* LXII, 208. Le decisioni più recenti I, 2 febbraio 1915, *Giordano*, e I, 12 giugno 1917, *Quadu* (in *Riv. pen.* LXXXI, 739 e LXXXVI, 333) concordano nelle conclusioni pratiche della nostra classificazione; ma appunto per mancanza del preciso concetto ricorrono ad argomentazioni assai deboli, specialmente intorno alla impugnabilità per cassazione.

(13) In questo senso espressamente il § 492 della tedesca *Str. PO.* E Cass. I, 4 maggio 1915, *Romeo*, in *Riv. Pen.* LXXXII, 91; II, 26 marzo 1917, *Malatesta*, in *Riv. pen.* LXXXVI, 324; I, 17 agosto 1915, *Ferro*, I, 8 febbraio 1917, *Lagana*, I 25 apr. 1916, *Panciullo*, in *Proc. pen. ital.*, 1916, 379, 535, 693, dove si fondono anche questi tipi nel precedente 2.^o. In senso contrario la *Giust. pen.* 1916, 237 ha annotato la decisione conforme della Cass. II, 17 dic. 1915, *Tedone*.

(14) Cfr. Cass. 27 ottobre 1917, *Manara*, in *Proc. pen. it.*, 1918, 189.

(14^{bis}) Così per es. la commutazione della pena detentiva in pena pecuniaria concessa dall'art. 152 della legge consolare, non dovrebbe mai essere pronunciata dal giudice di esecuzione, ma da quello solo di cognizione nella sentenza penale (Cfr. Cass. 11 maggio 1915 in *Bgg.* 1915, 189). Neppure sembra ammissibile in sede di esecuzione la revoca della condanna condizionale concessa nella sentenze su certificati o accertamenti materialmente erronei (cfr. le contraddittorie decisioni di Cass., I, 9 febbraio 1915, *Mariotti*; 27 aprile 1915, *Bianchi*; 12 sett. 1914, *Galuccio*; 2 marzo 1915 *Mili*; 4 gen. 1916, *Rutolo*; con note conformi al testo della *Giust. pen.*, 1915, 902, 618, 621 e 1916, 1120). Persuade poco anche la decisione di

II. Gruppo) oppure nel senso di accertare circostanze di fatto, le quali si verifichino dopo la sentenza, quando dal loro avvenimento la sentenza stessa lascia dipendere, sospensivamente o risolutivamente, una propria disposizione penale alternativa, espressa o implicita secondo la legge.

1.^o La pena del *confinio* inflitta dalla sentenza è per legge subordinata alla sua ininterrotta osservanza; e se ne siano trasgrediti gli obblighi, la pena applicata è applicabile (non alla trasgressione, ma al reato contemplato in sentenza) è invece la comune detentiva (art. 18 cpv. c. p., art. 567 c. p. p.) mediante incidente e ordinanza di esecuzione.

2.^o L'ordine di scontare la pena [mediante *prestazione d'opera* in lavori di pubblica utilità, o in una *casa di custodia*, o] *nell'abitazione* medesima del condannato, è condizionato al puntuale adempimento degli obblighi inerenti [o al perdurare delle condizioni fisiche per le quali fu emanato] intendendosi altrimenti applicata la comune pena detentiva (art. 21 cpv., 22 cpv. e 47 fine, c. p.; 578, 579, 580 e 596, c. p. p.) (15).

Mentre però la *conversione* dell'arresto in casa è prescritta dal pretore, di cui è preferibile (anche per le differenze letterali tra la prima e l'ultima parte dell'art. 580, e per alcuna differenza dal caso previsto nel 556 cpv.) ritenere che eserciti le sue funzioni ordinarie di giudice, anzi che quelle improprie di p. m. (16) — la lettera della legge vuole che la conversione della prestazione d'opera e la revoca delle case di custodia siano ordinate dal tribunale civile o dall' « auto-

Cass. I, 8 luglio 1915, *Antoni, ibidem*, 1188, che ritenne rettificabile, come errore di computo, l'omesso rilievo della circostanza della minore età. Fu invece bene ammesso che con incidente suppletivo di esecuzione si possa ordinare la confisca obbligatoria omessa nella sentenza (Cfr: Cass. I, 4 luglio 1914, *Canestrari*, in *Bgg.* 1917, 41) ma non revocarla se ordinata (cfr. Cass. I, 8 giugno 1917, *Forte*, in questa *Riv.*, 1918, II, 241); e altrettanto è già stato detto della *Pubblicazione per le stampe delle sent. pen.* quando è obbligatoria (conf. V. VESCOVI in *Riv. pen.* LXXXIX, 5). Al di là subito del limite dove la ordinanza di esecuzione trapassa in sentenza, è il caso tipico e singolare del Codice austriaco § 410, nel quale la scoperta di una circostanza attenuante, posteriore alla sentenza, autorizza la corrispondente diminuzione di pena. Anche la procedura civile tedesca, al di là subito della « ordinanza » per rettifica di errore, pone la « sentenza di completamento » per decidere su alcuna pretesa omessa (cfr. L. STEIN, *Die Zivilprozessordnung*, Tübingen 1911, su §§ 319-321). La procedura penale tedesca non ha che accenni di giurisprudenza (cfr. LÖWE, *Die Strafprozessordnung*, Berlin 1907, pag. 742).

La trascuranza di quel limite e di quella differenza hanno indotto LANZA (*Azione esecutiva*) a tutta una costruzione inesatta.

(15) Conf. A. MOSCHINI, o. c., p. 98.

(16) La costruzione di ALOISI-MORTARA, secondo la quale il pretore provvede, nel caso dell'art. 580, come autorità amministrativa equivalente al p. m., salvo poi, in caso di contestazione, decidere di nuovo, come giudice penale (cfr. *Spiegaz.* art. 580) complica ed accentua il già deplorevole ibridismo di certi organi e istituti.

Non intendo invece valermi della ammissione degli stessi autori, che cioè il tribunale del circondario competente a revocare la casa di custodia, sia il *tribunale penale* (*Spiegaz.* art. 196); perchè tanto ormai la intestazione del Capo VI del Tit. II nel Libro quarto del codice di procedura, la formula degli art. 594 e segg., e l'esclusione del ricorso nell'art. 598, manifestano chiara la intenzione del legislatore e l'andazzo corrente, in contraddizione con quelli che noi crediamo i fondamenti della pena. E, tribunale civile o tribunale penale, si continuerà ancora a giocare con la « casa di custodia », anzichè giovarsene come di un utilissimo strumento penale.

rità competente per l'esecuzione », col quale nome è indicato non il giudice (17) ma il p. m. o l'autorità amministrativa.

Per quanto dunque sia animata da lodevoli intenzioni la resistenza dell'opinione contraria (18), forza è di ammettere che non solo la prestazione d'opera ordinata dall'autorità esecutiva nel corso della esecuzione (art. 19 u. p., c. p. e 577 c. p. p.; o, tanto più, la forma attenuata di ammissione a lavori fuori dello stabilimento secondo l'art. 564 c. p. p. e 14 c. p.) ma anche quella ordinata dal giudice nella sentenza, sia da revocare e convertire senza bisogno di incidente giudiziario di esecuzione. Ma non per alcuna ragione logica o sostanziale (19); sibbene soltanto perchè così per ora ne costringe alcuna frase sancita nella legge. Che se appena un poco si considerasse il significato che ha o dovrebbe avere la prestazione d'opera, come forma di pena, rispetto alla individualità del condannato e ai fini che si propongono o dovrebbero proporsi le sanzioni penali, non v'è dubbio alcuno che la si dovrebbe sottrarre al beneplacito dell'autorità amministrativa. Non già perchè il p. m. o il ministero dell'interno non siano capaci, se volessero, di giudicare anch'essi con scienza e coscienza intorno a quelle opportunità, ma perchè è nel sistema e nelle consuetudini nostre che i provvedimenti affidati a codeste autorità, sieno regolati secondo criteri genericamente amministrativi o tutt'al più disciplinari, che per nulla corrispondono agli scopi della sentenza e della sanzione penale.

[3.º Della *pena pecuniaria* applicata sempre nelle sentenze sotto la condizione risolutiva dell'effettivo pagamento (art. 19 e 24 c. p., 569 c. p. p.) si possono ripetere le stesse cose. La legge letteralmente, per quanto malamente, rimette la decisione delle *conversioni* all'autorità amministrativa (20)].

Si avverta però bene e non si confonda: l'esclusione delle conversioni di prestazione d'opera multa o ammenda, di tra gli incidenti di esecuzione, non implica punto che altri incidenti di esecuzione non *possano* sorgere sulle stesse materie. Qui appunto soccorre la formula generale dell'art. 558 e la funzione del giudice di sorveglianza alla legale esecuzione della sentenza, di cui diremo nel III Gruppo: poichè se l'autorità amministrativa la quale dispone intorno a quelle conversioni o a quelle revoche, esorbitasse dai confini che la legge le assegna e offendesse i diritti delle parti, a queste deve essere data una immediata e sicura garanzia con la facoltà di provocare una risoluzione del giudice di esecuzione (21).

(17) Come inesattamente vorrebbe comprendere A. MOSCHINI, o. c., n. 34.

(18) Espressa anche dalla Cass. 9 maggio 1914, *Amendola*, in questa *Rivista* 1914, II, 321, con commenti favorevoli di A. IANNITTI, *ibidem*, G. FAA, in *Cass. Un.* 1914, 785 e G. ESCOBEDO in *Giust. pen.*, 1914, 810.

(19) Quale inesattamente e recisamente mettono innanzi GIAMPIETRO, o. c., n. 86 a 98, *et al.*; MANZINI, *Diritto penale*, III, n. 582 e segg.; e ambigualmente ALOISI MORTARA, *Spiegazione* degli art. 577-579.

(20) Conforme alla lettera della legge, MANZINI, *Diritto penale*, III, n. 597.

La procedura germanica invece prevede espressamente questo caso tra gli incidenti di esecuzione (§ 491).

(21) Conformi, nelle conclusioni se non nella linea dell'argomentazione, ALOISI MORTARA, *Spiegazione* dell'art. 569 e 579; e MOSCHINI, o. c., p. 65, il quale anzi

4.° Il giudice di cognizione può dichiarare nella sentenza, che alla pena da lui pronunciata è sostituita una *ripreensione giudiziale*; a condizione però che il condannato si presenti e l'accolga con rispetto, applicandosi altrimenti dallo stesso giudice di esecuzione la pena originaria (art. 26 c. p., 581 c. p. p.) (22).

5.° Il giudice di cognizione può infine dichiarare nella sentenza doversi tenere *sospesa nella esecuzione*, e dopo un certo tempo anzi « come non avvenuta » la sua stessa *condanna*, a condizione che lo stesso individuo non commetta frattanto altri delitti, e soddisfi determinati pagamenti. Il giudice d'esecuzione, ch'è quello medesimo della condanna, o quello del nuovo eventuale delitto, è chiamato ad accertare, via via che si presentino, le diverse circostanze di fatto, alle quali è condizionata la cessazione o l'inizio delle alterne disposizioni della prima sentenza (cfr. art. 423, 424, 425, 585, 586 c. p. p., più il 427 per la *sospensione della menzione nel casellario*). Nulla vuole significare in contrario l'accento della legge a una revoca « di diritto » o (come nell'art. 589) a un effetto « di pieno diritto »; poichè ugualmente occorre sempre una formale dichiarazione del giudice. (23)

I casi del II Gruppo sono dunque, riassumendo, pochi e tassativamente previsti dalla legge; potrebbero anzi bene riunirsi a quelli del IV in un gruppo maggiore, se non fosse alcuna accennata opportunità pratica di distinzione; anzi dovrebbero, piuttosto che alcuno fosse malamente tentato di ravvicinarli alla sentenza condizionale del diritto medievale germanico.

III. Gruppo) comprende tutte le controversie eventualmente insorgenti per contestazione delle parti:

1.° sulla *eseguibilità*, cioè sulla *legalità della esecuzione* in genere, d'una sentenza penale; 2.° sulla *legalità della esecuzione* in particolare di singole disposizioni nei termini modi ed effetti determinati dalla sentenza e dalla legge penali.

Sulla prima categoria sembra non esservi dubbio nè opposizione alcuna (24). Per quanto la legge non dica espressamente, certa che sia la esistenza e il senso di una sentenza penale secondo si è detto nel I Gruppo, l'individuo arrestato e sottoposto alla pena determinata in sentenza può avere ragione di opporre, per esempio, che a lui non è stato notificato il decreto penale o la sentenza emessa in sua as-

a pag. 59 ricorda un caso interessante col vecchio codice, per la pretesa conversione in pena detentiva di una pena pecuniaria che non era « pena ».

(22) Conforme GIAMPIETRO, n. 79. Come sempre invece ALOISI MORTARA scorre l'incidente soltanto in una successiva contestazione e non già nella prima decisione del giudice di esecuzione (*Spiegazione* dell'art. 581 e di altri vicini) per un inesatto concetto civilistico di cui ci occuperemo più oltre, nelle conclusioni.

(23) Non perfettamente esatte invece le decisioni di Cass. II, 6 sett. 1915, *Tanzi*; I, 24 ottobre 1914, *Grisolia*; I, 29 agosto 1914 *Chiericon*, in *Riv. Pen.*, LXXXIII, 410; che piegano nel senso attribuito ad ALOISI MORTARA nella nota precedente.

(24) Conforme anche GIAMPIETRO, n. 120.

senza, che quindi non sono ancora decorsi i termini concessi dalla legge per la eventuale opposizione, e la condanna non è ancora irrevocabile nè eseguibile (art. 555). Ora se l'autorità esecutiva disconosca codeste ragioni le quali possono nel caso concreto essere assai complicate o sottili, il giudice d'esecuzione è senza dubbio colui che deve risolvere la controversia (art. 558) col massimo di giustizia obbiettiva e col massimo di garanzia per il diritto individuale di libertà e collettivo di repressione.

Soltanto si avverta che il giudizio sulla eseguibilità, così come quello sulla esistenza della sentenza (attraverso i quali il I e il III Gruppo tra loro si avvicinano fino a ricongiungersi in alcun caso concreto) non significa giudizio sulla validità (25). La sentenza, decorsi che siano i termini per impugnarla, è quello che è, irrevocabilmente (eccezioni: articoli 509, 538); il giudice d'esecuzione non può risalire a controllare le forme del giudizio ond'è discesa, senza usurpare le attribuzioni dei giudici di cognizione limitate in modi e termini perentori. Tutt'al più egli potrebbe, per l'altra categoria d'incidenti di questo gruppo, negare la legale eseguibilità a una pena inflitta nella sentenza, quando non ne fosse ammessa la esecuzione in alcuna legge (es.: condanna al bando, a bastonate, a 10 anni di arresto), e quando con la procedura indicata nel I Gruppo, non fosse possibile rettificare nel senso esatto la dicitura della sentenza; ma anche in codesti casi la sentenza per se stessa rimane assolutamente ferma nella sua irrevocabilità ed efficacia di giudicato.

Invece non è stato mai posto in rilievo come una decisione incidentale sulla eseguibilità della sentenza, possa ricorrere:

a) non soltanto dove la questione della *eseguibilità in generale*, sia *direttamente* posta e risolta: in che si raffigura il tipo più comune della categoria;

b) o dove sia posta unicamente *per legittimare un particolare della esecuzione*; in che si raffigura il tipo quasi intermedio tra la prima e la seconda categoria di questo gruppo [e del quale potrebbero fare parte anche questi due casi principali — la dichiarazione pronunciata dalla Corte d'appello sulla richiesta del procuratore generale per l'*esecuzione di una condanna pronunciata all'estero* (art. 7 c. p. e 651, 652 c. p. p.) e il parere della sezione d'accusa sulla *estradizione* da offrire o da consentire, dello straniero condannato da sentenza straniera e residente in Italia (art. 9 c. p., 640 e segg. c. p. p.) (26) — se non andassero meglio elencati nel Gruppo IV. Poichè, se pur essi conseguono all'esame generale della eseguibilità di una sentenza, e sono provocati da una richiesta del procuratore generale, però non servono a controllare la controversa legalità di una esecuzione già iniziata, sì bene di codesta esecuzione sono il necessario presupposto, così come è caratteristico dei gruppi II e IV];

(25) *Contra*: LANZA, I. c. Conforme al testo: N. TOSCANO, *Lineamenti dell'azione seculiva penale*, Napoli 1918, § 8.

(26) *Contra*: GIAMPIETRO, n. 32.

c) ma anche là dove l'oggetto originario dell'incidente sia uno diverso, il quale risoluto favorevolmente, sarebbe deciso non con una ordinanza di esecuzione, ma con una semplice ordinanza (o atto) istruttoria o preliminare di un giudizio di cognizione che si rinnova ponendo nel nulla la prima sentenza.

Intendo cioè richiamare sotto questo tipo: l'ordine di esecuzione emesso dal giudice *a quo* o dal giudice *ad quem* per *inammissibilità* o *rinunzia del gravame* (art. 487, 492, 514, 520);

la *reiezione dell'appello o del ricorso per cassazione* (art. 496, 535) (27);

l'ordine di esecuzione emesso in sede di purgazione o di opposizione da condanna in contumacia o decreto penale, quando il condannato non comparisca o si allontani (art. 475 u. p., 498 cpv. l, 301 cpv.);

la *reiezione della domanda di riapertura d'una istruzione* già chiusa con sentenza di non doversi procedere (art. 296, 297).

Per quanto infatti codeste decisioni siano disseminate in tutte le parti del codice fuori che nel Libro dell'esecuzione — e la dottrina pedissequamente le tratti ognuna per sè, quale come decisione « istruttoria » (28), quale come decisione di un « giudizio » particolare o altrimenti, come se non avessero tra loro alcun legame — per quanto alcune siano denominate, inopinatamente e incoerentemente, sentenze (art. 475, 498 c. p. p.), per vieti riferimenti della tradizione civilista e germanica alla precedenza di un più o meno pubblico e reale contraddittorio (29), i quali repugnano non solo ai principî ma anche alle prescrizioni (art. 98 e 100) del moderno processo penale — per quanto altre sieno affidate non al giudice che ha pronunciato prima la

(27) Aggiungi anche la *reiezione o la dichiarazione d'inammissibilità dell'appello* contro la sentenza istruttoria di non doversi procedere (art. 347). Inesatta quindi la Cass. I, 14 maggio 1914, *Recchia*, contro la quale il p. m. DE NOTARISTEFANI, per ottenere l'ammissione del ricorso, doveva ricorrere all'argomento che nella decisione di inammissibilità si era immedesimata la decisione di non doversi procedere.

Non è invece qui compresa p. es. la *reiezione dell'appello* contro il rifiuto di perizia, perchè quest'è una ordinanza e non una sentenza; e l'eventuale violazione di legge avrà tempo di esser dedotta poi contro la sentenza finale (Cfr. Cass. I, 29 dic. 1914 *Di Lauro*, I, 5 luglio 1915 *Cristini*, in *Proc. pen. it.*, 1916, 198).

(28) Così MANZINI (n. 500) ALOISI MORTARA (art. 297) che trattano le decisioni sulla riapertura d'istruzione come se fossero tutt'è due di eguale natura, e istruttorie; mentre l'una è di esecuzione, e l'affermativa soltanto è istruttoria e non avrebbe neppure necessità d'essere assoggettata a immediato ricorso.

(29) Cfr. p. es. Cass. I, 30 aprile 1917, *Esposito*.

La qualità di « ordinanza » è invece nettamente affermata anche da Rocco (*Concetto specie e valore della sentenza penale definitiva* in *Riv. Pen.* LXI, 5, n. 3 e 18); ma egli stesso non ne discopre la specie, nè chiarisce come resista l'elemento della sua definizione relativo alla « istanza »; sul quale appunto si fonda in senso contrario FINZI per dirle sentenze (*Intorno alla dichiarazione d'incompetenza*, in questa *Riv.* 1917, 305, in nota). E MAURO le chiama sentenze perchè hanno valore decisivo sul merito della controversia (*La sentenza penale*, in questa *Riv.* 1911, 384) senza spiegare però se e perchè anche le decisioni che risolvono in senso opposto la stessa controversia, ammettendo il gravame, non siano dette sentenze, e quante controversie e quante sentenze ricorrano in un procedimento.

sentenza, ma ad un giudice superiore (art. 492 e 520), fatto però non nuovissimo negli incidenti di esecuzione (cfr. art. 587, 630) — la sostanza delle cose ne dice ch'esse sono tutte ed egualmente ordinanze risolutive di un incidente di esecuzione.

Esse accertano cioè, analogamente alle altre ordinanze di questo III Gruppo, che non esiste alcun ostacolo, alcuna ragione giuridica, alcun atto o gravame valido o compiuto, i quali impediscano o sospendano la normale eseguibilità della sentenza; e respingendo l'istanza espressa o implicita nell'atto della parte, ordinano la esecuzione della sentenza medesima.

In questo senso si esprime anche talvolta la lettera della legge; e sempre s'accompagna a queste ordinanze quel minimo di forme e di garanzie ch'è comune alle ordinanze di esecuzione.

2.° Sulla seconda categoria ferve già invece da tempo la discussione, poichè alcuno vuole negare che *su i termini o i modi quantità qualità e ogni altro particolare esecutivo della pena e degli effetti penali*, possa sorgere, per contestazione di parte, alcun incidente di esecuzione (30).

Ma, come si ammette l'incidente per accertare se nella sentenza siano realmente ordinati n o $n+1$ giorni di carcere, di questa o di quella specie di pena restrittiva, con questi o con quelli effetti penali, così deve concedersi quando quelle stesse differenze illegalmente applichi l'autorità esecutiva, contro cioè la volontà della sentenza e della legge penali. E se si ammette, in particolare, la facoltà di provocare un incidente di esecuzione quando sia contestata in qualche modo la interdizione perpetua o temporanea in caso di condanna contumacia (31), non vi è alcuna ragion differente per negarla a chi contesti, contro le disposizioni dell'autorità esecutiva:

All'infuori della teoria, ne sono sorte in pratica dispute tutte male impostate, sulla tassa di sentenza che dovrebbe pagare anche chi rinuncia al ricorso (cfr. ESCOBEDO in *Giust. pen.* 1914, 1870; e la Cass. II, 21 gennaio 1916 Tommassillo, in *Riv. pen.* LXXXIII, 345; II, 13 luglio 1917 Pizzuto; *ibidem* LXXXVI, 314; II, 1 febbraio 1915, Salerno, I, 23 marzo 1916, Micalizio, II, 14 genn. 1918, Miconi, in *Proced. pen. ital.*, 1915, 504; 1916, 648; 1918, 84).

I commentatori disputano sull'art. 492 che non dice nè sentenza nè ordinanza, e invocano l'analogia con l'art. 498 (cfr. MANZINI, *Procedura*, n. 489, per dirla sentenza, trascurando l'assai maggiore analogia col 520 dov'è parola di ordinanza. Altre incoerenze v. in ALOISI MORTARA, *Spiegaz. dell'art. 498*).

Anche in Germania si segue la tradizione civilista qualificando ordinanza la inammissibilità dell'appello o del ricorso, dichiarata in camera di consiglio dal giudice *a quo* o *ad quem*, sentenza invece quella dichiarata in udienza dal giudice *ad quem* (*Strafprozessordnung* §§ 360, 363, 386, 389). Ne vengono incongruenze di trattamento dipendenti da un puro caso o trascuranza del giudice, e incertezze sulla revocabilità (cfr. HAAS, *Bemerkungen über Rechtskraft der Urtheile in den Fallen der* §§ 360, 363, 386, 389, in *Gerichtssaal*, XXXIII, 522). In Austria prevalgono le stesse tendenze, ma non senza contraddizioni nello stesso codice (cfr. StPO. §§ 426, 478, 528 e segg. modificati con la Novella 31 dicembre 1877).

(30) A codesta opinione è tutta ispirata la citata monografia di GIAMPIETRO, *Degli incidenti di esecuzione* e fu nei lavori preparatori sostenuta da FERRO-LUZZI contro FINOCCHIARO. Più conforme al testo LUCCHINI, *Elementi*, n. 387 e segg.

(31) Così lo stesso GIAMPIETRO, n. 120.

- una detenzione indebita dopo un proscioglimento;
- una continuazione della detenzione oltre i termini stabiliti dalla legge e dalla sentenza;
- una conversione di pena pecuniaria illegale in se stessa o in conguaglio (art. 19 c. p., 569 c. p. p.) (v. retro, Il Gruppo, 3° case)
- una omissione o un errore nello scomputo del carcere preventivo o della pena scontata all'estero (art. 40 e 8 c. p.);
- una violazione delle disposizioni del c. p. sul computo dei giorni, mesi, anni di pena (art. 30 c. p.);
- una interdizione di uffici o diritti oltre i casi o i termini fissati dalla sentenza e dalla legge (art. 31 e segg., 100, 349, c. p.; 633 c. p. p., ecc.);
- un errore nella determinazione degli effetti dell'indulto o della grazia (art. 87 c. p.);
- un errore, un'omissione o un rifiuto illegali in materia di casellario (art. 625 c. p.);
- un errore nell'assegnazione del periodo proporzionato di segregazione cellulare (art. 12 e segg. c. p.);
- un'assegnazione in caso non permesso a lavori di bonifica o di stabilimenti industriali, o il rifiuto opposto per motivi di legge insistenti (legge 26 giugno 1904, n. 285; art. 14 c. p.);
- e altri simili (32) senza questione di maggiore o minore importanza: poichè la più lieve e la più grave diminuzione della libertà personale, quando siano imposte al di là dei limiti consentiti dalla legge penale, stanno tutte sul medesimo piano, consentono tutte la stessa difesa di nanzi al giudice.

La pretesa obiezione di principio, che « la funzione del p. m. nella esecuzione sia funzione giurisdizionale » (33), è contradicente ad ogni possibile definizione giuridica o significato logico di « giurisdizione ». Si vuol forse dire che il p. m. nella esecuzione non ha nemmeno più l'ombra della qualità di parte o che esso provvede soltanto alla esecuzione della volontà della legge; e allora può stare; non si contesta. Ma se il p. m. stesso che dovrebbe applicare la pena nei termini e modi di legge, viola la legge e offende i diritti delle parti, quale mezzo più energico, quale garanzia più sicura può e deve essere data (quest'è la questione): il reclamo in via gerarchica, necessariamente amministrativa, ai superiori del p. m., fino al ministero, o la decisione del potere giudiziario, questa si veramente « giurisdizionale »?

Neppure si contesta l'altra obiezione, che cioè all'autorità amministrativa o esecutiva sia lasciato un margine amplissimo di discrezione nelle modalità della esecuzione (34); ed è anzi più dolorosamente incontestabile che, con le norme e i concetti correnti, di codeste facoltà essa può fare l'uso che vuole, a scopi economici, disciplinari, opportunisti, anche i più repugnanti all'essenza della pena, e incontrolla-

(32) Conforme: ALOISI MORTARA, *Spiegazione* all'art. 569, all'art. 633, all'art. 592 593, all'art. 625, all'art. 558. *Contra* GIAMPIETRO, n. 66, 67, ecc.

(33) GIAMPIETRO, n. 42, 64 e contraddittoriam. A MOSCHINI, o. c., n. 38.

bilmente. Ma anche codesto potere è racchiuso entro limiti di legge — l'autorità esecutiva può ammettere, per esempio, chi vuole alla prestazione d'opera (art. 19 fine, c. p.) ma non chi sia condannato alla reclusione o all'ergastolo, nè imponendo un diverso ragguaglio da quello stabilito per legge tra giorni di lavoro e giorni di detenzione; — è facoltà del p. m. l'ordine di sospensione della pena (art. 583 c. p. p.) ma se la rifiutasse o la revocasse adducendo che la legge non comprende la donna che si trovi nelle condizioni richieste, quando queste per es. siano conseguenza di una unione illegittima, bene potrebbe intervenire il giudice; — ha certamente l'autorità esecutiva propri criteri e propri regolamenti per la distribuzione e il trattamento dei condannati, ma non potrebbe mai assegnare al condannato un periodo di segregazione cellulare maggiore di quello fissato dalla legge, nè potrebbe inasprire la pena del confino con la imposizione di non uscire dalla casa di abitazione.

Nè infine l'intervento del giudice di esecuzione turba in alcun modo la essenziale celerità della esecuzione penale (34), poichè chi non confonde con altre specie di incidenti, facilmente rileva come qui non la risoluzione dell'incidente deva antecedere come presupposto all'esecuzione, ma l'esecuzione stessa e concreta preceda di solito e provochi la contestazione e l'incidente, senza esserne ritardata o sospesa.

2^{o bis} A questa specie di incidenti vanno anche assimilati quelli che possono sorgere sugli *effetti civili* della sentenza, e dei quali sarà fatto cenno più oltre, nelle conclusioni.

IV. Gruppo) In quest'ultimo gruppo di casi invece la modificazione della esecuzione, cioè la deviazione da quella linea uniforme di esecuzione che di per stessa ordinariamente consegue alla sentenza secondo la legge e ad opera dell'autorità esecutiva, è determinata dalla ordinanza del giudice di esecuzione con l'accertamento di fatti o circostanze particolari.

Non è però la sentenza che ne sia modificata; essa rimane pietra immutabile di confronto e titolo originario della condanna. Soltanto che, di fronte alle diverse disposizioni di legge, le quali tassativamente prescrivono o consentono quelle particolari variazioni, è come se il giudice, nella sua stessa sentenza, avesse implicitamente previsto e disposto che la condanna da lui determinata sia per essere attuata con questa o quella modificazione, qualora intervenga questa o quella circostanza (35).

1.^o Il primo tipo della specie è dato dalle *dichiarazioni di estinzione della condanna* e degli effetti penali (36), cui la legge

(34) GIAMPIETRO, o. c., n. 72, 44, et al.

(35) *Contra*: LANZA, o. c.

(36) Tra queste non è però considerata la morte del condannato, perchè sottraendolo necessariamente alla esecuzione, rende superflua una decisione, tranne che, con un incidente del III gruppo, si contesti la sopravvivenza di alcun effetto. Non è considerata neppure l'*espiazione* di pena, poichè rappresenta l'esito naturale

scorrettamente prevede e regola in tre diversi punti, come se si trattasse di specie o generi diversi di decisione :

- a) *per amnistia* (art. 86 c. p., 589 c. p. p.);
- b) *per remissione di pena* (art. 88, 352, 358, c. p., 584 c. p. p.)
- c) *per prescrizione* (art. 95 c. p., 557 c. p. p.). Alle quali mi pare che possa andare aggiunta anche quella
- d) *per novazione legislativa* (art. 2, cpv., c. p.).

In realtà — salvo lievi differenze, di cui alcune conseguenti più alle diverse letterali dizioni che a diverse ragioni giuridiche — consistono tutte (37) nell'accertamento da parte del giudice di esecuzione, di un determinato fatto, un decreto, un atto dell'offeso, il decorso d'un tempo, ed eventuali altre condizioni, per dichiarare l'effetto estintivo voluto dalla legge, cui lo stesso giudice di cognizione avrebbe già allora, e anzi con maggiore efficacia, provveduto se il fatto non fosse stato posteriore alla sentenza.

2.° L'*applicazione dell'indulto* in sede di esecuzione (art. 87 c. p., 590 c. p. p.).

3.° La *revoca* dell'amnistia indulto (37 ^{bis}) o grazia, per inadempienza delle condizioni (art. 593 c. p. p.).

4.° La *riduzione* della pena secondo le norme sul *concorso*, per più condanne divenute irrevocabili, quando non abbia già provveduto la stessa sentenza (art. 67 e segg. c. p., 562 c. p. p.) (38).

5.° La *commutazione* della pena per una legge penale nuova che eventualmente l'imponga, com'è per esempio disposto nell'art. 39 del R. D. 1° dicembre 1889, n. 6509 (39).

6.° La cessazione della interdizione e di altri effetti di sentenze penali, per *riabilitazione di diritto* (art. 100 c. p., 632, 633, 634 c. p. p.) (40).

dell'esecuzione, cui soltanto potrebbe contestare un incidente del III Gruppo. Né infine la *cosa giudicata*, poichè per essa non potrebbe sollevarsi che un caso di revisione (art. 538).

(37) Conforme GIAMPIETRO, n. 79. Di coloro che fanno della « declaratoria » d'amnistia un'entità speciale, di cui non si sa più se sia sentenza, ordinanza o cosa sia, è superfluo occuparci, bastando gli accenni dei lavori preparatori presso la Sottocommissione del 1898. Della particolare considerazione dell'art. 557 nel senso già accennato in nota 22, mi occupo più oltre, nelle conclusioni. La classificaz. di codeste decisioni quali ordinanze di esecuzione, è, s'intende, *de lege lata*, specialmente materiale; ma non esclude che, almeno per qualcuna si possa sollecitare, per l'avvenire, che sia invece considerata come sentenza di assoluzione annullante l'anteriore sentenza di condanna.

(37 bis) Conf.: Tribunale di Aquila 16 aprile 1918, *Rosone*, in *Riv. pen.* LXXXVIII, 128.

(38) È uno dei casi espressi anche nell'ordinamento processuale germanico, § 492. Per la interpretazione conforme al testo cfr. G. VITALI, o. c.; contraria, LANZA, o. c. Vedi anche nel I gruppo.

(39) Per la competenza sulla commutazione di pena, e conf. al testo: Cass. I, 29 luglio 1916, *Lembo*, in *Riv. Pen.*, LXXXVI, 495.

(40) Invece la Cassazione, proprio per mancanza del concetto di incidente di esecuzione, ha negato il ricorso per cassazione contro questa specie di decisioni, protestando che non sono sentenze (1 30 aprile 1914 *Chiarotto*, in questa *Rivista*

Sarebbe però altrettanto ultronea e affrettata l'induzione da tutti i casi precedenti, che il compito del giudice di esecuzione deva restringersi a una pura applicazione necessaria di diritto, o a un controllo della pura legalità, com'è nel III Gruppo. Come l'autorità esecutiva dispone di facoltà discreitive nel modo della esecuzione, così anche al giudice nel decidere su richieste modificazioni della esecuzione, può essere lasciata dalla legge una certa libertà di apprezzamento, che non muta la natura dell'incidente. Così quando decide su

7.º la concessione della *riabilitazione* in casi non compresi nel precedente, per circostanze in parte legalmente prefisse e in parte lasciate al saggio criterio di valutazione del giudice (art. 629, 630 c. p.) (41);

8.º o quando dà il proprio parere, non solo sulla *revocabilità*, ma anche sulla *concedibilità della liberazione condizionale*, in seguito a conclusioni del procuratore generale, che non vertono sul puro diritto (art. 587, 588 c. p.) (42). Il deficiente vincolo di obbligatorietà, che ne consegue per l'autorità esecutiva lasciata purtroppo ancora libera nell'atto definitivo, non basta a sopprimere la natura dell'incidente; nel quale per lo meno si potrebbe raffigurare la decisione anticipata di alcuna controversia che avrebbe potuto sorgere poi sulla legalità dell'atto esecutivo di liberazione.

9.º [Libertà d'apprezzamento dovrebbe avere ancora il giudice di esecuzione se a lui fosse affidata la decisione *sulla sospensione della esecuzione della pena*, sulla *sostituzione della prestazione d'opera* alla detenzione e all'arresto, o su più larga sfera di modificazioni e modalità nel corso della esecuzione penale. Ma delle prime due, per quanto il desiderio possa prevenire la legge (43), certo è che ancora l'ultimo codice le affida interamente all'autorità amministrativa (art. 583, 577). Delle altre è inutile far qui parola: le modalità della esecuzione, quando non sono cristallizzate in alcuna formola di legge, sono quasi tutte abbandonate a criteri che con gli scopi e l'essenza della pena

1914, II 395, la quale benè appose nota contraria). Conforme al testo anche ALOISI MORTARA, art. 630; e ESCOBEDO, in *Giust. pen.*, 1914, 1037.

(41) Cfr. LANZA, *Principi*, n. 501, LUCCHINI, *Elementi*, n. 412. *Contra* GIAMPIETRO, n. 82. Per lo meno strana è invece la classificazione che ne fa MANZINI *Diritto penale* III, n. 782, 785.

È superfluo annotare che qui non potrebbe invece mai rientrare p. es. la riabilitazione del notaio, di cui l'art. 159 legge notarile.

(42) Inesatti GIAMPIETRO, n. 84, e in parte anche ALOISI MORTARA, art. 587. Non si deve confondere il decreto del ministro, che non è una decisione giudiziaria ed è purtroppo quasi arbitrario, con la decisione della sezione d'accusa.

(43) Rivedi la nota 18; oltre LUCCHINI, *Elementi*, n. 403; ALOISI MORTARA, *Spiegaz.*, art. 583; MOSCHINI, n. 34 e segg.; e la stessa Cass. I, 8 ottobre 1917, *Leonardo*, in questa *Riv.*, 1918, 94.

In Austria e in Germania la sospensione della esecuzione di pena dà origine a due specifici incidenti di esecuzione (§ 401 e § 493).

Del resto anche col nostro codice, come già abbiamo visto nel caso 3º del II gruppo, possono sorgere anche qui incidenti per contestazione di parte. Conf. Cass. I, 12 maggio 1914, *De Falco*; I, 13 luglio 1914 *Corbucci* in *Giust. pen.*, 1914, 1670.

hanno la minima connessione possibile; e quindi è pur troppo logico che siano anche sottratte ad alcun giudizio del giudice. Si arriva anzi al punto che, appena la detenzione di chi ha commesso il reato assume uno scopo meglio determinato, la cosa sembra tanto meravigliosa, che la pena non si chiama più pena, ma *misura di sicurezza o provvedimento speciale*; l'esecuzione dei quali è pur troppo coerente che sia, nella vigente procedura, sottratta a ogni disposizione e controllo del giudice penale (art. 594 a 598 c. p. p.).

Sono cioè tutti vizi e manchevolezze del vigente sistema penale, cui la procedura deve subire, ma guardandosi bene dall'erigervi sopra costruzioni peccanti dello stesso peccato, e destinate a cadere (44). Così come, in senso contrario, per ora non bastano a ravvisare ed estendere già nel diritto vigente l'opposta tendenza, le disposizioni affidanti al giudice d'esecuzione] la decisione su *la cessazione e le limitazioni della vigilanza speciale* (art. 42 e 90 c. p., 574 c. p. p.) (45).

10.° Anche la *sentenza straniera* può provocare in Italia due incidenti di esecuzione, dei quali si è già fatto cenno nel gruppo precedente: il *riconoscimento* e dichiarazione di interdizione dai pubblici uffici o altra incapacità, e la deliberazione di *estradizione* del *condannato* all'estero (art. 7, 9 c. p., 640 e segg. c. p. p.). Il Codice veramente le chiama sentenze (art. 647, 653); ma fin che non si accolga la dottrina tedesca la quale disconosce addirittura la esistenza della sentenza straniera (46), anzi se ne riconosce preliminarmente la eseguibilità, la sostanza è precisamente quella di un'ordinanza di esecuzione (47).

11.° Qualità di sentenza, forse più che di ordinanza e incidente di esecuzione (48), può invece riconoscersi alla decisione di *riparazione pecuniaria* all'assolto per revisione, com'è regolata dagli art. 551, 553 c. p. p.. Ma sarebbe allora una sentenza civile, non mai una sentenza penale.

Conclusioni generali. — A) La prima questione che si dibatte intorno agli incidenti di esecuzione è sulla estensione, se cioè l'enumerazione di essi deva considerarsi come *dimostrativa* o *tassa-*

(44) Cfr. GIAMPIETRO, n. 46. Conforme al testo A. SACCONI, *Del rapporto giuridico processuale pen. di esecuzione*, Venezia 1914, cap. 3.

(45) Della quale invece MANZINI sosteneva ch'è provvedimento puramente amministrativo, e quindi mai soggetto a ricorso *Diritto pen.*, III, n. 583, 608, 621).

(46) Cfr. A. MICHEL, *Absolute Nichtigkeit von Zivil und Strafurteilen*, Berlin 1906, § 9.

(47) *Contra* GIAMPIETRO, n. 82. Secondo MANZINI è una sentenza (*Dir. pen.*, I, n. 177, 192). ALOISI MORTARA si meravigliano che la estradizione sia consentita con sentenza mentre si decide in camera di consiglio, per il solito inesatto trapianto dalla procedura civile. E infine LANZA confonde la estradizione del condannato con quella dell'imputato da giudicare (*Principii*, n. 504), la quale ultima solo è un provvedimento istruttorio.

(48) Cfr. LUCCHINI, n. 381 bis.

tiva. Le opposte o equivocate soluzioni finora proposte, dipendono da non avere preventivamente distinte le diverse specie (49).

I casi di incidenti raccolti sotto i Gruppi II e IV sono nella legge tassativamente elencati.

I casi raccolti sotto il I e III Gruppo, sono invece innumerabili; e le indicazioni della legge non sono e non possono essere che esempi particolari di casi più importanti, tipici o estremi.

I primi (II e IV) rappresentano infatti i casi eccezionali nei quali al giudice di esecuzione è dato, dalla legge o dalla stessa sentenza, di modificare la esecuzione in seguito all'accertamento di determinate circostanze; e la risoluzione giudiziaria è condizione necessaria per attuare la modificazione. I secondi (I e III) rappresentano invece il controllo, eventuale ma sempre presente, del giudice sulla legalità della esecuzione ch'è attuata dall'autorità amministrativa, e possono essere tanti quanti i casi pensabili di violazioni di legge penale, e quindi di controversie insorgenti a difesa dei diritti dalla legge protetti.

Mentre però i gruppi I e III, per la loro stessa indeterminabilità, rappresentano ormai due serie chiuse che hanno già raggiunto nella legge il massimo sviluppo, potenziale se non concreto — i gruppi II e IV, per quanto attualmente limitatissimi, rappresentano due serie aperte a tutti i futuri sviluppi della legislazione penale.

La migliore esecuzione penale è infatti quella che riduce, in concreto, gli incidenti delle prime specie al minimo possibile, con la stretta osservanza della legalità — e sviluppa al massimo grado, in potenza e in concreto, quelli dell'ultima specie, affinché la pena si adatti quant'è più possibile alla individualità del condannato, anche quale si va successivamente rivelando o modificando nella esecuzione. In questo senso solamente si potrebbe dire che la esecuzione è la continuazione della cognizione (50); non tanto cioè per la cognizione del delitto, ormai definitivamente accertata nella prima sentenza, quanto per la cognizione del delinquente, cui il primo giudice possiede soltanto con approssimazione in un punto di tempo.

La legislazione attuale però, che si lusinga ancora di aver cono-

(49) In senso restrittivo GIAMPIETRO, o. c.; in senso piuttosto largo: ALOIS MORTARA, *Spiegazione* dell'art. 558, SACONE, o. c., IANNITI, o. c., LANZA, o. c.

Nei lavori preparatori, cui GIAMPIETRO annette una eccessiva importanza mentre in ogni caso, per la quasi novità della materia, essi devono considerarsi in senso evolutivo) il fatto più importante è la dichiarata impossibilità di redigere un elenco tassativo, opposta dalla Sottocommissione alla Commissione che gliene aveva dato incarico. Decisivo è l'art. 558.

Neppure però è vero come è sembrato anche a SACONE, che la indicazione germanica sia tassativa; poichè il § 490 da solo può contenere tutti i casi innumerabili da me raccolti nel I e III Gruppo, analogamente all'art. 466 del Codice Giapponese. È tassativa soltanto, o meglio anzi eccezionale, alcuna indicazione del Codice Austriaco, perchè colà prevale il concetto della esecuzione affidata esclusivamente all'autorità amministrativa.

(50) E non nel senso indicato da LANZA che fa della esecuzione una ricognizione di quello che è già conosciuto, e anzi una revocazione o una impugnazione della cognizione (*Azione esecutiva*, n. 11). Conforme al testo invece A. DEMARSICO, *ne La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano 1915, n. 139.

sciuta già nella sentenza tutta la verità attribuendo la pena più giusta, non permette che rari adattamenti e modificazioni successive, mettendoli in mano del giudice più per rigore di eccezione, che per riconoscimento dell'estrema delicatezza e importanza dell'atto ai fini medesimi della sanzione penale; e intanto le è indifferente abbandonare non meno sostanziali variazioni di modo e di trattamento nella esecuzione, a un' autorità che ne fa questione di economia, di disciplina, di amministrazione, di tutto più che di individualizzazione penale (51). Rimane quindi aperto alle legislazioni future tutto uno sviluppo coordinato e adeguato dell'ultima specie di incidenti d'esecuzione — fino al punto massimo in cui la scienza penale essendosi sostituita all'empirismo, la pena indeterminata richieda che i gruppi II e IV degli incidenti di esecuzione diventino anch'essi, come il I e il III, due serie chiuse ma innumerabili.

B) Alcuno dice che la risoluzione dell'incidente di esecuzione è una vera e propria *sentenza penale*; altri non vi ravvisa che una *comune ordinanza*.

La prima opinione deriva da criteri adatti forse alla procedura civile (52) non alla penale. Il fatto che una decisione consegua a un dibattimento, a un contraddittorio più o meno aperto o compiuto, o risolva un punto controverso di diritto nel quale si urtano due opposte pretese nel caso concreto, può essere sufficiente a caratterizzare una sentenza civile, non la penale; se, per norma stessa di legge, anche le ordinanze penali van precedute da simiglianti dibattiti (art. 100, 386 c. p. p.), e decidono punti di diritto contestati o contestabili, che non riguardano sempre e soltanto la legge formale, così come la sentenza non tocca sempre e soltanto la legge materiale.

L'esecuzione penale, meno ancora del giudice, non può andare confusa con la esecuzione civile. Mentre di codesta è possibile dire ch'è un giudizio nuovo e diverso da quello di cognizione, poichè la sentenza civile anteriore non costituisce che un titolo di cui il creditore si può valere per iniziare il nuovo procedimento (53), la sentenza penale *esige* di per se stessa, direttamente, di essere eseguita nei modi di legge, per una necessità immanente che le è propria e domina tutta la ese-

(51) Non è dunque, si noti bene, questione di contrapporre il giudice al p. m., come mostra di temere un egregio rappresentante del p. m., GIAMPIETRO; ma è questione più sostanziale del modo com'è intesa ed esercitata la funzione esecutiva in generale, e delle garanzie per i cittadini in particolare. Per ciò oggi la dottrina preferisce il giudice al ministro dell'interno; ma non è escluso che domani, per una riforma di leggi e di costumi si possa preferire, se non per gli incidenti sulla legalità del I e III gruppo, per gli incidenti del II e IV una magistratura speciale adibita esclusivamente alla esecuzione. V. più oltre, l'ultima conclusione.

(52) In codesto senso: ALF. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, n. 27; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1912, 296 e segg.; V. LANZA, *Principi*, n. 315, 478; A. DEMARSICO, *L'ordinanza nel processo penale*, in questa *Rivista* 1916, II, 332, n. IV.

(53) Cfr. L. MATTIROLI, *Diritto giudiziario civile italiano*, vol. V, Torino 1905, n. 247, 532 e segg.; F. STEIN, *Zivilprozessordnung*, Tübingen 1913, II, vor § 704. Conforme al testo: SACCONI, o. c.

cuzione, senza bisogno di alcun nuovo giudizio (cfr. art. 555, 274 cpv. 3°, 421, cpv. 3°, ecc.).

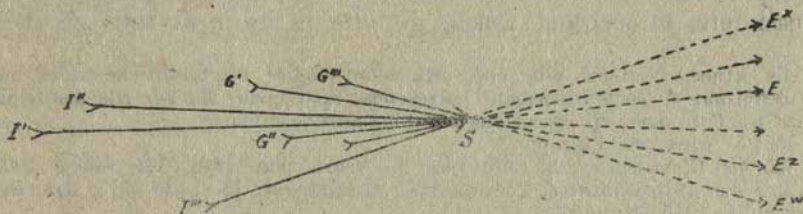
Neppure però, come molti sembrano credere, la ordinanza di esecuzione va parificata alla comune ordinanza del giudizio penale.

Mentre ogni ordinanza, anzi ogni atto, che precede la sentenza penale, non ha, rispetto alla risoluzione della controversa pretesa, che un valore potenziale, cui solo la sentenza seguente può rendere effettivo e attuale — l'ordinanza di esecuzione ha invece valore effettivo e immediatamente proprio, simile in questo alla sentenza. E quando il giudice dell'esecuzione ordina che una pena sia eseguita in un determinato termine o modo, codesto è il modo che va concretamente e irrevocabilmente attuato ed applicato, così come se fosse ordinato nella sentenza.

Però, ed ecco quello che di nuovo la differenzia dalla sentenza, l'ordinanza di esecuzione non è il giudizio libero del giudice su di una pretesa penale, il quale impregiudicatamente decide se vi sia colpevolezza e punibilità, e se e quale norma penale si debba applicare nel caso concreto; ma essa non fa che attuare, conforme la legge, e sia pure conforme le circostanze dalla legge previste e in fatto accertate, quello che è già il comando concreto e complesso e irrevocabile, contenuto nella precedente sentenza (54). La quale contiene in sè, potenzialmente, già ogni risoluzione esecutiva, e potrebbe, se non paresse superfluo rispetto alle une, e se rispetto a le altre circostanze di fatto più tardi sopravvenienti fossero certe fin d'allora, addirittura prevenirle con particolari o meglio espresse disposizioni.

Come cioè ogni ordinanza anteriore è potenziale fino alla sentenza penale; così nella sentenza è già la potenziale determinazione delle future ordinanze esecutive.

[Graficamente se ne potrebbe dare un'immagine rappresentando tutte



le ordinanze dell'Istruzione e del Giudizio come un fascio di segmenti che, originati in diversi momenti, incidono tutti in S, mentre poi dalla Sentenza irradiano tante linee indefinite, come future possibilità delle

(54) È quindi chiaro come incidente e ordinanza di esecuzione si riferiscano *esclusivamente* alla esecuzione della *sentenza*. Sono quindi esclusi:

1°. gli ordini di esecuzione di atti o decisioni dell'istruttoria o del giudizio, che non sono sentenze penali. Es.: l'ordine dell'art. 637, e qualunque ordinanza si riferisca alle pseudo-sentenze di rinvio al giudice di cognizione o di rinvio da uno ad altro giudice (Cfr. Cass. I 27 febr. 1917, *Giovanelli*, in *Riv. Pen.* LXXXVI, 393).

2°. le ordinanze che nel corso stesso dell'incidente di esecuzione, il giudice dovesse emettere per arrivare alla risoluzione.

quali il momento critico potrà via via determinarsi secondo le circostanze della Esecuzione.

C) Che il giudice della esecuzione sia quello stesso della sentenza, è più una regola d'ordine processuale e una opportunità, che una necessità (55).

La legge la sancisce in generale per tutti gli incidenti richiamati nell'art. 558 o mancanti di disposizioni speciali, ma in queste sono abbastanza numerose le eccezioni (cfr. art. 562, 580 fine, 585 u. p., 587, 588, 625, 629, 634, 640, 651, 492, 520, 531, 537 (55^{bis}). È indubbiamente opportuno che lo stesso giudice il quale conosce meglio la sua sentenza e ha conosciuto il suo imputato, giudichi anche nell'esecuzione; ma fino a questo punto non arriva neppure la prescrizione di legge, perchè occorrerebbe la identità personale del giudice, e non quella sola di grado e di posto. Poichè, d'altra parte, la decisione si fonda su conoscenze obbiettivamente acquistabili, è sufficiente il mantenimento dell'attuale norma di legge nei gruppi I e III; mentre per il II e il IV sarebbe più adatta una magistratura speciale che conoscesse tutta la esecuzione.

La richiesta del p. m. o l'istanza di parte è invece realmente una prescrizione costante di legge per tutti gli incidenti, di qualsiasi specie (56). Ma non è un carattere distintivo dell'incidente di esecuzione (57) sibbene piuttosto l'applicazione di un concetto più generale dominante in tutto il processo moderno, per escluderne la procedura d'ufficio. E non sarebbe quindi da escludere che, prevalendo diversi concetti, venisse a mancare tale requisito, almeno nei gruppi II e IV.

Anche il contraddittorio ch'è in tutti gli incidenti prescritto, almeno nella forma ridotta (57^{bis}) più scritta che orale, dell'art. 559, è, più che un carattere specifico, una garanzia e un carattere ormai comune a quasi tutte le decisioni penali, di tutte le fasi e di tutti gli stadi.

La prima avvertenza sfuggono tutti coloro (codice compreso) che danno inesatte definizioni di sentenza penale. La seconda, tutti quelli che non rilevano le differenze tra l'ordinanza di esecuzione e tutte l'altre ordinanze.

(55) V. retro, nel I gruppo.

(55^{bis}) Cfr. alcuni casi controversi in *Giust. pen.* 1915, 624, 899 e 1505, Cass. I, 3 dic. 1914 *Santucci*; 2 marzo 1915 *Calandrino*; 13 aprile 1915, *Severini*; 14 settembre 1915, *Munafò*.

(56) È anzi inesatto dire che a codesta regola e a quella seguente del contraddittorio, faccia eccezione, per le materie di minore importanza, il provvedimento del pretore (Cfr. Cass. 7 dic. 1914, *Luisetti*, I, 2 febr. 1915, *Bonsignore*, in *Giust. pen.* 1915, 269; I, 15 giugno 1915, *Bertolini*, in *Proc. pen. it.* 1916, 384; 1 maggio 1916 *Gargiulo*; I, 30 novembre 1916, *Bellantuono*, in *Bgg.* 1917, 104). Il pretore provvede « d'ufficio » in quanto egli assorbe in sé anche le funzioni, e quindi l'eventuale richiesta del p. m. Né quindi ha bisogno di avvisare il p. m., come prescrive l'art. 559 per gli altri giudici. Ma l'imperfetta impostazione dell'art. stesso non mi sembra che basti ad escludere anche l'avviso all'imputato o altra parte interessata, necessario per ragioni analoghe a quelle che l'hanno fatto prescrivere negli altri casi.

V. anche retro il caso 2 quinquies del I gruppo.

(57) Cfr. GIAMPIETRO n. 52.

(57^{bis}) Un pubblico dibattimento sull'incidente non dovrebbe rendere nulla la decisione. Conf. Cass. 4 gennaio 1916, *Pileri*, in *Giust. pen.* 1916, 1126.

Ma non vi è anche — come qualcuno ha proposto fondandosi particolarmente sull'art. 557, e come la cassazione ha talora consentito — una *procedura* giudiziaria esecutiva *de plano*, per i casi non contrastati, in seguito alla quale soltanto se alcuna parte si senta gravata dalla decisione, si può provocare il vero e proprio incidente di esecuzione (58)?

A codesta costruzione non mi sembra fondamento sufficiente nè la imperfetta collocazione dell'art. 557 (la quale piuttosto assomiglia a quella dell'art. 134, per la intenzione di esprimere una immanenza e una generalità, che non ne riguarda) nè la imperfetta dicitura poco accuratamente tradotta dall'art. 601 dell'abrogato e inespressiva di alcun contrasto con il capo immediatamente seguente. E ad ogni modo non potrebbe estendersi al di là del caso specifico contemplato nell'art. 557, se in generale le prime parole dell'art. 559 esigono precisamente il contrario, e se in particolare i casi più prossimi, della remissione e dell'amnistia, dove pure è concessa un'attuazione provvisoria immediata ancora prima della decisione, prescrivono la procedura integrale dell'incidente, e l'immediato ricorso (art. 584, 589, 590).

Il fatto è che, dietro all'art. 557, si vorrebbe trapiantare un altro principio della procedura civile, nella quale l'assenza di una concreta contestazione litigiosa toglie ragione di essere alla decisione giudiziaria. Ma nella procedura penale, dove la materia è così straordinariamente importante per l'individuo e per la collettività, la contestazione, il dissidio sono immanenti e come presenti, anche se manchino nel singolo caso concreto. Non è neppure pensabile che il giudice penale possa così facilmente ritornare sulla propria decisione e mutarla, *solo* perchè una parte ha alzato la mano; egli non segue gli accomodamenti o i componimenti delle parti, ma decide sempre con il massimo di garanzia formale e di giustizia obbiettiva.

I concetti della procedura civile possono pretendere osservanza solo per quelli incidenti di esecuzione che riguardano gli *effetti civili* della sentenza, e dei quali abbiamo appena fatto cenno nel caso 2^{bi} del III Gruppo. Costi veramente il giudice provvede *de plano*, d'ufficio o su richiesta, quando non vi è contestazione. E quando vi è contestazione (« impugnazione » come meno esattamente dice l'art. 607 allora solo o si ha un incidente d'esecuzione assimilato a quelli penali o, quando il carattere civile della controversia si accentui, la risoluzione è devoluta addirittura al giudice civile, il quale decide mediante sentenza (59).

(58) Cfr. specialmente ALOISI MORTARA, *Spiegazione* dell'art. 557, e segg.; Cass. 19 nov. 1914, *Chiappi*, con nota conforme di A. IANNITI, in questa *Rivista* 1915, II, 193, e nota contraria di ESCOBEDO in *Giust. pen.* 1915, 264.

All'infuori dell'art. 557, la Cassazione ha potuto però applicare codesto concetto soltanto al concorso di pene e all'indulto (cfr. Cass. 14 maggio 1915, *Romeo*, in *Riv. pen.* LXXXII, 91; 17 agosto 1915, *Ferro* in *Proc. pen. it.* 1916, 379; 15 febbraio 1917, *Micali*, in *Proc. pen. it.* 1917, 595), approfittando della facile confusione in proposito, da noi già avvertita, di incidenti del I e del IV gruppo.

(59) Tipici sono i casi della imposizione di sequestro o ipoteca a garanzia di effetti civili, e della restituzione o vendita di cose sequestrate o altrimenti detenute

Il ricorso per cassazione è imposto invece contro l'ordinanza di esecuzione, per una necessità analoga a quella della sentenza penale. Mentre infatti la violazione di legge contenuta in una ordinanza dell'istruzione o del giudizio, lede l'interesse, ma non effettivamente i diritti delle parti, se non quando poi si immedesima e si attui, come più sopra si è detto, nella successiva sentenza; il vizio della ordinanza d'esecuzione, per la sua stessa singolare efficacia, offende immediatamente i diritti delle parti con la stessa gravità d'una sentenza illegale. Attribuire in sentenza dieci mesi di detenzione invece di nove, non è più grave che farne scontare dieci invece di nove con una illegale ordinanza di esecuzione (60).

La concessione del ricorso è dunque una conseguenza diretta della qualità di ordinanza d'esecuzione; cioè non, come alcuno propone (61), al segno formale della impugnabilità per cassazione si potrà riconoscere l'incidente di esecuzione, ma al segno, o meglio alla qualità sostanziale di ordinanza d'esecuzione, deve succedere la facoltà del ricorso. E quando la norma di legge tace, non se ne deve subito indurre che manchi la qualità d'incidente (61); ma se questo altrimenti si riconosca, gli si deve attribuire il ricorso per la stessa norma generale dell'art. 560 (62). E se ancora la norma particolare espressa mente nega il ricorso, non è difficile di giudicare quanto la legge contraddica alla ragione (es. art. 302).

Avvertendo infine che, come le facoltà discrezionali dell'autorità esecutiva non escludono l'incidente davanti al giudice sulla legalità dell'esecuzione, così le facoltà eventuali accordate al giudice, non escludono il controllo della cassazione sulla legalità dell'ordinanza (63).

(art. 603-607, 612-615) che possono ricorrere anche prima della fase esecutiva. Nel caso dell'art. 602 cpv. 3^a la controversia è risolta pure con ordinanza di esecuzione, la quale però non è soggetta a ricorso; e ha qualche affinità con le decisioni pronunciate dal giudice penale sugli onorari dei periti (art. 214 c. p. p. e 58 del decreto d'attuazione) o su altre contestazioni della Tariffa penale, art. 142 e segg.

Cfr. su codesti punti ALOISI-MORTARA; e Cass. I, 5 gennaio 1917, in *Proc. pen. it.* 1917, 312 (relatore SANTORO).

(60) Per ciò in tutti i più diversi tipi di legislazione sono dati mezzi di ricorso o garanzie singolarmente energiche. Così la *sofortige Beschwerde* in Germania (§ 494), il *Writ of prohibimus*, il *Writ of mandamus*, il *Writ of habeas corpus* in Inghilterra, ecc.

(61) Inesatto quindi GIAMPIETRO, n. 52 e 83, che ne fa un'applicazione stranamente superflua, oltre che alle cosiddette misure di sicurezza, anche alle condanne disciplinari richiamate nell'art. 570, delle quali soltanto e meglio si deve dire che non rientrano neppure nel diritto penale.

(62) Così nel caso dell'ordinanza di rettifica (art. 434); della quale comprendo che si possa negare il ricorso quando la richiesta rettifica è negata (cfr. codice austriaco § 270) ma non riesco a comprendere perchè tutti concordi i nostri autori ne neghino il ricorso addirittura in ogni caso (ALOISI MORTARA, art. 434; STOPPATO, *Disposiz. generali*, n. 160; MANZINI, *Proc.* n. 456) mentre potrebbe contenere le più gravi e dannose violazioni di legge. Conf. Cass. II 26 luglio 1917, *Spatola*, in *Riv. pen.*, LXXXVI, 347 su conclusioni di GIAMPIETRO.

In altri casi invece (art. 492, 587, 588, 634, 652, ecc.) anche la comune opinione ammette il ricorso, ma ricorrendo alle più forzate e incoerenti costruzioni; e chiamando per es. sentenze quelle che invece sono sicuramente ordinanze.

(63) Conf. Cass. I, 24 novembre 1914, *Bianchi Crema*, *Proc. pen. it.*, 1916, 681.

D) Riconosciute le diverse specie di incidenti d'esecuzione, il loro significato, la posizione e le norme processuali, e i presumibili sviluppi, possiamo tentare le *ultime conclusioni*.

La « pena » non è che uno dei mezzi con i quali lo Stato provvede al bene comune, e in particolare a combattere contro le cause del male nella sua manifestazione specifica di delitto; e si distingue dagli altri mezzi perchè è opposta direttamente a quella causa che risiede nell'individuo che delinque, e per la eccezionale restrizione della libertà individuale.

Ma appunto per la sua singolare gravità, essa non può essere applicata, come tutti gli altri provvedimenti amministrativi, dietro un semplice e immediato giudizio di opportunità, sibbene solo quando, dietro richiesta del rappresentante il pubblico ministero:

a) sia accertato che l'individuo abbia commesso un delitto, e ne abbia in sé medesimo (per libero arbitrio, o volontà, o condizione fisiopsichica ereditaria o acquisita, secondo le diverse opinioni) una causa permanente;

b) e tale accertamento sia stato compiuto da autorità autonoma giurisdicente, la quale consente e impone la pena da applicare.

L'intervento della giurisdizione non è dunque che una garanzia per l'applicazione della pena; ma la pena per sé stessa è un mezzo d'amministrazione. Quindi emanata la sentenza penale, la *esecuzione*, per quanto ormai ne discenda necessariamente, non è che *atto di amministrazione*.

L'incidente di esecuzione a sua volta, quale è specialmente nei Gruppi I e III, non rappresenta che un nuovo intervento della giurisdizione nell'attività amministrativa della esecuzione della pena, affinché questa sia contenuta nei limiti legali e nelle direttive della sentenza. Mentre però l'intervento della giurisdizione nell'accertamento del reato e nella condanna, è necessario e normale, *l'intervento della giurisdizione nella esecuzione* è solamente *eventuale e eccezionale*; e si ha quando comunque si possa dubitare che un determinato modo di esecuzione non sia consentito dalla sentenza, o sia stato omesso nonostante l'obbligo imposto dalla sentenza (64).

Ma perchè allora, nelle specie dei Gruppi II e IV, dove più di solito si tratta di esecuzione, e dove l'intervento della giurisdizione si richiede non per eventuale controllo, ma come condizione preventiva a una data modificazione della esecuzione, ch'è pure già eventualmente

(64) Mi limito a una esposizione schematica di concetti, conformi al metodo, se non alla scuola, positivo. Non posso indugiarmi sui concetti dei diversi autori, perchè sarebbe necessario risalire ai primi principi da essi professati nel diritto penale, rilevandone la dipendenza o le incoerenze. Dirò solo che i maggiori tedeschi sono nettamente per la giurisdizione: il citato BINDING e K. BIRKMEYER, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin 1908, § 104. Gli italiani invece propendono per la natura amministrativa della esecuzione: così i citati LANZA, GIAMPIETRO, forse MANZINI, forse MOSCHINI, ecc. In alcune conclusioni conformi al testo: LUCCHINI e N. TOSCANO, op. cit., ma per concetti e fini spesso opposti.

Sostanzialmente concorde invece con FLORIAN nei principi fondamentali, ne disaccordo in quanto egli ritiene che l'esecuzione sia addirittura parte del procedimento penale medesimo e necessario l'intervento della giurisdizione (*Il processo penale e il nuovo codice*, Milano, 1914, n. 122).

contenuta nella sentenza — perchè anche là ho invece insistito per sottrarre quanto più era possibile alla disposizione dell'autorità amministrativa e investire la giurisdizione? Non vi è contraddizione?

Sì, apparentemente, per una necessità momentanea.

A parte alcuni casi (es. il 1° del IV Gruppo) nei quali potrà essere sempre desiderabile che a una ordinanza si sostituisca una vera sentenza del giudice annullatrice della precedente, e a parte alcuni (es.: il 10° del IV Gruppo) nei quali, per eccezionale garanzia, sarà sempre opportuno il preventivo controllo del giudice — in tutti gli altri, e specialmente in quelli auspicati come futuri sviluppi degli stessi due Gruppi II e IV (vedi retro in A), l'*attribuzione al giudice* non è che una *provvisoria* tavola di salvezza, alla quale col consenso della legge conviene attaccarci.

Perchè quando, oggi, si dice che un provvedimento è affidato all'amministrazione, significa subito abbandono alla discrezione più indiscreta, all'arbitrio, a criteri che ormai più nulla hanno di comune con i fini e l'essenza della pena. Quando si consente, oggi, a chiamare *amministrativo* un provvedimento, significa già disconoscerlo come pena, svalutarlo, sottrarlo alle regole che governano o dovrebbero governare la pena perchè sia adeguata allo scopo, e lasciarne disporre la cessazione, limitazione o modificazione per tutt'altri motivi e fini, di quelli per i quali l'applicazione era stata fatta dal giudice nella sentenza in sostituzione della più comune pena carceraria.

L'unica autorità che oggi ancora esamini e decida i problemi della esecuzione dal punto di vista più integrale del diritto penale, è il giudice. E a lui per ora ricorriamo.

Quando, nel prossimo avvenire, si riconoscerà che pene e misure di sicurezza sono tutti provvedimenti amministrativi, ma qualificati, cioè « pene », cioè mezzi impiegati dallo Stato a vincere le cause del delitto che risiedono nell'individuo colpevole — quando della loro applicazione, delle variazioni e modificazioni della esecuzione, sempre dentro i limiti massimi imposti dalla sentenza penale, non si dubiterà più che non devano essere tutte coerentemente rivolte e adeguate allo stesso scopo — allora l'autorità amministrativa esecutiva non sarà più quella di oggi, ma una importantissima magistratura, fornita di speciali cognizioni, capacità e facoltà, e ad essa spetteranno tutti i provvedimenti della esecuzione, che sono tutti di natura amministrativa — salvo il controllo eventuale di legalità da parte della giurisdizione, nei casi nei quali si contesti l'omissione o l'esorbitanza di un provvedimento dai limiti della sentenza o della legge, come è nei tipi del I e III Gruppo.

GIACOMO MATTEOTTI

Dottore in Legge.

