

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista bimestrale di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

LA SCOMMESSA DELLE NUOVE PENE SOSTITUTIVE - I PARTE

di Giovanni De Santis

PENE SOSTITUTIVE

| **74** LA SCOMMESSA DELLE NUOVE PENE SOSTITUTIVE - I PARTE (*)

di **Giovanni De Santis** – Ricercatore confermato di diritto penale nell'Università «D'Annunzio» di Chieti-Pescara

L'articolo delinea la nuova disciplina delle pene sostitutive introdotte dal d.lgs. n. 150/2022 (c.d. Riforma Cartabia) cercando di svilupparne i profili sistematici ed evidenziandone il possibile impatto in termini di decongestionamento carcerario e di promozione di una più utile penalità programma e di comunità.

The article outlines the new regulation of substitute sentences introduced by Legislative Decree 150 of 2022 (so-called Cartabia Reform) trying to develop its systematic profiles and highlighting its possible impact in terms of prison "decongestion" and the promotion of a more useful penalty program and of community.

Sommario PARTE I: 1. Una riflessione sulla portata del d.lgs. n. 150/2022 nella parte di diritto penale sostanziale. — **2.** La genesi della riforma sulla questione delle sanzioni sostitutive. — **3.** La nuova sospensione del procedimento con messa alla prova. — **4.** Il sistema delle nuove pene sostitutive. — **5.** Il requisito del consenso del condannato. — **PARTE II: 6.** La non sospensibilità delle pene sostitutive e il divieto dell'applicazione delle misure alternative ai condannati con pene sostitutive. — **7.** I requisiti soggettivi della sostituzione: il regime delle preclusioni. — **8.** La «meritevolezza» della sostituzione: discrezionalità giudiziale e obbligo di motivazione. L'«uomo» viene prima del reato. — **9.** La struttura delle singole pene sostitutive: la semilibertà sostitutiva. — **10.** la detenzione domiciliare sostitutiva. — **11.** Il LPU e le prescrizioni comuni. — **12.** La pena pecuniaria sostitutiva. — **13.** Il presumibile impatto sulla prassi delle nuove pene sostitutive: in particolare l'incidenza sul fenomeno dei c.d. «liberi e sospesi». — **14.** La fase applicativa delle pene sostitutive: il modello bifasico disegnato dall'art. 545-bis c.p.p. — **15.** L'esecuzione delle pene sostitutive. — **16.** La revoca delle misure sostitutive e l'evasione del semilibero o del detenuto domiciliare.

1. UNA RIFLESSIONE SULLA PORTATA DEL D.LGS. N. 150/2022 NELLA PARTE DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (che è stato accompagnato da una Relazione illustrativa di quasi 500 pagine ⁽¹⁾) apporta una vasta riforma tanto del diritto processuale penale che di quello penale sostanziale ⁽²⁾.

(¹) Contributo approvato dai Referee.

(²) Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 245 del 19 ottobre 2022 - Suppl. Straordinario n. 5.

(²) Il rapporto tra diritto sostanziale e processo penale nei disegni della novella risulta molto stretto derivandone una sorta di visione integrata sintetizzabile con la espressione di «giustizia penale». Su questo punto e per altre considerazioni generali sulla novella si rimanda a PETRELLI-MANES-MAZZA-SPANGHER-MAIELLO, *La Riforma*

Il grosso della corposa riforma introdotta dal d.lgs. n. 150/2022, composto da ben 99 articoli, ha riguardato però il processo ⁽³⁾, rispetto al quale merita una menzione a parte l'innesto della c.d. giustizia riparativa ⁽⁴⁾.

Di molto significativo rilievo sono però anche gli aspetti sostanziali coinvolti nel disegno deflattivo e decongestionante della giustizia penale, in particolare quelli dei quali daremo conto incentrati sul principio per il quale il carcere non può e non deve essere l'unica risposta al delitto.

Autorevolmente si è tuttavia suggerito di non chiamare il d.lgs. n. 150/2022 «riforma»,

Cartabia. Tra mediazione politica e scienza giuridica, in *Diritto di Difesa*, 2021, 511 ss.; e a CANZIO, *Il modello Cartabia, una riforma di sistema tra rito e organizzazione*, in NATALINI (a cura di), *Riforma Cartabia, Commentario sistematico, Guida dir.*, 2023, 7 ss.

⁽³⁾ Sul lato del processo la novella rappresenta un vero e proprio tagliando del codice di rito introdotto dalla riforma Vassalli del 1989. Tutti i Libri del codice di procedura vengono infatti toccati secondo alcune chiare linee guida: dalla modernizzazione attraverso le tecnologie alla ridefinizione dei tempi e valorizzazione del ruolo del giudice; dalla razionalizzazione del canone della obbligatorietà secondo dei criteri con valore non solo organizzativo fino alla introduzione di filtri e al potenziamento delle forme alternative di definizione del processo; senza dire della riforma del sistema delle impugnazioni secondo la logica, ad esempio, del controllo dell'appello. Si segnala in particolare la disciplina espressa per dare esecuzione alle decisioni della Corte EDU ex art. 628-bis c.p.p. Per alcune considerazioni generali, per tutti SPANGHER, *Processo penale, il nuovo scenario e l'impatto con le scelte riformatrici*, in NATALINI (a cura di), *Riforma Cartabia, Commentario sistematico*, cit., 19 ss.

⁽⁴⁾ Trattasi di una delle componenti più ambiziose della novella, per cui per la prima volta organicamente si attua una forma di giustizia «altra» (quella «senza spada», come efficacemente è espresso da MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003), che auspica un percorso dialogico di riparazione tra autore e vittima. L'art. 42, d.lgs. n. 150/2022, la definisce come ogni «programma che consenta alla vittima, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente in modo consensuale attivo e volontario alla risoluzione delle questioni derivanti da reato con l'aiuto di un terzo imparziale adeguatamente formato denominato mediatore». L'esito riparativo a sua volta è qualunque accordo risultante dal programma di giustizia riparativa volto alla riparazione dell'offesa, idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire le relazioni tra i partecipanti. Si tratta di una istituzione che non è alternativa rispetto la giustizia ordinaria ma al massimo complementare e totalmente eventuale. Concretamente si tratta di un percorso che potrà avvenire davanti al mediatore nei centri di giustizia riparativa (l'UEPE non c'entra nulla) in una condizione di assoluta libertà della vittima e di chi è indicato come autore del reato. Si segnala che l'art. 129-bis c.p.p. prevede una valutazione dell'AG per autorizzare il percorso della giustizia riparativa che è esclusa quando sussiste un pericolo per l'accertamento del fatto. In ogni modo il processo contenzioso prevale sul percorso della giustizia riparativa, perché quest'ultimo potrà operare solo se la prova è cristallizzata e non possa essere inquinata in questa sede. L'attrazione per il programma riparativo dal punto di vista del diritto penale sostanziale è modesta: il suo esito positivo può tradursi al massimo in una circostanza attenuante ex art. 62, comma 6, o in una semplice valutazione positiva nella determinazione della pena ex art. 133. Le conclusioni rassegnate da PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato ad avere effetti modesti*, in NATALINI (a cura di), *Riforma Cartabia, Commentario sistematico*, cit., 14 ss., sulla portata della riforma sono amare, anche considerando che a fronte di una così scarna messe si prospetta un apparato istituzionale sproporzionato fatto da centri per la giustizia riparativa, conferenze per la giustizia riparativa, etc., e non poco costoso. Invece, la dote finanziaria del nuovo apparato (poco più di 4 milioni di Euro) è molto modesta e rischia di trasformare la nuova funzione in ben poca cosa. In generale sulla giustizia riparativa, MANNOZZI-LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; FORNASARI-MATTEVI (a cura di), *Giustizia Riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione*, Napoli, 2019. Sulla nuova disciplina: BORTOLATO, *La "riforma Cartabia": la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 ottobre 2022; MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2022, 1 ss.; PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, in *Foro it.*, 2022, IV, 142 ss.; DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in *www.laegislazionepenale.eu*; MAGGIO-PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, aspetti di diritto sostanziale e processuale*, in *Sist. pen.*, 27 febbraio 2023.

perché essa si inserirebbe in una tradizione che, a partire dalla l. n. 220/1974, è volta ad ampliare il potere discrezionale del giudice in sede di commisurazione della pena in senso ampio ⁽⁵⁾ col risultato di aver a questi consegnato le chiavi del sistema sanzionatorio. In altri termini la politica criminale sarebbe stata progressivamente delegata alla giurisdizione che, peraltro, intervenendo su casi singoli non potrebbe mai risolvere il problema della decongestione del sistema carcerario, potendo al massimo alleggerirne il peso. Per questo si è rilevato che il d.lgs. n. 150/2022, non discostandosi dai tentativi precedenti, non costituirebbe una vera « riforma », se con questa parola si vuole intendere un rinnovamento, trattandosi più propriamente di un intervento novellistico destinato a percorrere binari già noti ⁽⁶⁾.

Nel complesso il d.lgs. n. 150/2022 costituisce una legge c.d. di scopo, quello di ridurre i tempi della giustizia penale (con l'obiettivo di un loro abbattimento del 25% entro il 2026).

Per quanto ci preme nel presente commento, la novella interviene, pene sostitutive a parte, innanzitutto potenziando una serie di istituti del diritto sostanziale di portata deflativa già esistenti nell'ordinamento, facenti leva, in primo luogo, sulla categoria della (non) punibilità ⁽⁷⁾.

A tal proposito, incidentalmente, si segnala la modifica dell'art. 131-*bis* ⁽⁸⁾, del quale si apprezza l'introduzione di un criterio selettivo delle fattispecie che non guarda più al massimo della pena ma al minimo, perché è esso che identifica nell'ordinamento la gravità

⁽⁵⁾ Cfr. PELISSERO, in GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di Diritto penale*, PG, Milano, 2023, 674.

⁽⁶⁾ Così PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit., 16 ss. Della stessa opinione GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, in *Legisl. pen.*, 21 febbraio 2023, 9.

⁽⁷⁾ Sulla deflazione attraverso la non punibilità, da ultimo PELISSERO, *op. cit.*, 675.

⁽⁸⁾ MADEO, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia"*, in www.laegislazionepenale.eu, 2022, correttamente rileva come tale istituto produrrà una deflazione processuale radicale, se riconosciuta dal giudice, secondo la propria discrezionale valutazione, prima del processo ovvero con l'archiviazione del procedimento ex art. 411 c.p.p.; oppure nel processo di primo o di secondo grado. Per potenziare tale funzione il criterio quantitativo del limite di applicazione riferito al minimo editale di due anni anziché al massimo di cinque anni era già indicato dalla « Commissione Lattanzi » [cfr. anche le proposte delle Commissioni di studio per la riforma del sistema sanzionatorio penale, « Fiorella » del 2012 e « Palazzo » del 2013]. Il criterio del minimo anziché del massimo editale, come evidenziato sia nella relazione della « Commissione Lattanzi » sia in quella della « Commissione Palazzo », era maggiormente idoneo ad individuare fattispecie di reato che, pur punibili con un massimo editale superiore a cinque anni, possono avere una concreta offensività di minimo valore, tale da potersi considerare veri e propri reati bagatellari, non meritevoli di pena. Esso consentiva di estendere il beneficio della non punibilità ex art. 131-*bis* c.p. a vari reati aventi le suddette caratteristiche, come molte ipotesi di furto aggravato previste dall'art. 625 c.p. Si pensi, ad esempio, al furto in grandi magazzini di capi d'abbigliamento poco costosi, o di prodotti alimentari sullo scaffale di un supermercato, riconducibile all'ipotesi delle cose esposte per destinazione alla pubblica fede (n. 7). In tutti questi casi non sarebbe stato possibile applicare la causa di non punibilità in esame, in quanto l'art. 625 c.p. prevede il massimo editale di sei anni. In secondo luogo, l'impiego del limite minimo risultava maggiormente consono alla *ratio* di non punibilità dell'art. 131-*bis* c.p. in relazione ai reati per i quali il legislatore stabilisce la pena entro una forbice molto ampia. Un esempio: la ricettazione di particolare tenuità, che l'art. 648, comma 4, c.p., punisce con la reclusione fino a sei anni, senza indicare il limite minimo, che va quindi individuato in 15 giorni, come stabilito in assoluto per la pena detentiva dall'art. 23, comma 1, c.p. [v. Corte cost. n. 156/2020]. La legge delega, inoltre, chiedeva al Governo di dare rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa. Si trattava, quindi, di individuare chiaramente quali reati sottrarre all'art. 131-*bis* [come i reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica 11 maggio 2011, ratificata dalla l. 27 giugno 2013, n. 77]. In generale era necessario bilanciare l'ampliamento dell'ambito di applicabilità della causa di non punibilità, per evitare che vi ricadessero figure di reato di particolare gravità o allarme sociale [tenuto anche

del fatto (giacché il massimo al più rappresenta una garanzia per il reo circa l'estremo limite della pretesa punitiva) ⁽⁹⁾.

Si consideri poi, in chiave di promozione di condotte ripristinatorie *post factum*, l'estensione del modello della c.d. prescrizione *ex d.lgs. n. 758/1994* ⁽¹⁰⁾ al sistema delle contravvenzioni « alimentari » previste dalla l. 30 aprile 1962, n. 283, e a quelle in materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande contenute in altri provvedimenti legislativi ⁽¹¹⁾. Su questo punto la novella è stata però una occasione sprecata per introdurre una disciplina di carattere generale comune riformulando l'intero quadro dell'oblazione ⁽¹²⁾.

Il d.lgs. n. 150/2022 ha anche percorso la via della modifica del regime di procedibilità per una serie di reati prima perseguibili *ex officio* come strumento di deflazione del carico giudiziario ⁽¹³⁾. Questa è stata la parte della riforma più contestata, capace, come è stato efficacemente scritto, di alimentare un pericoloso circolo vizioso: la procedibilità a querela

conto, v. Rel. Gov., che il tentativo di delitto è un titolo autonomo di reato: di conseguenza ad esso non può estendersi, in mancanza di espressa previsione, la disposizione che, in via eccezionale, esclude l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. al delitto consumato]. Il Governo ha dato attuazione alla suddetta duplice direttiva preclusiva, individuando, *in primis*, i reati violenti nei confronti delle donne o comunque in ambito domestico, riconducibili alle ipotesi descritte nella Convenzione di Istanbul, il cui limite minimo di pena detentiva sia pari o inferiore a due anni nella forma consumata o in quella tentata — come ha espressamente specificato — o nella forma circostanziata limitatamente ai casi in cui la legge stabilisca una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato per la fattispecie circostanziata, oppure preveda una circostanza ad effetto speciale. Inoltre, in virtù del criterio preclusivo generico, sono stati aggiunti al n. 3), per ragioni di opportunità e coerenza sistematica, nonché di conformità alla Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, del 25 ottobre 2007, ratificata con l. 1^o ottobre 2012, n. 17284, altri delitti sessuali previsti dal codice penale, come la corruzione di minorenni (art. 609-*quinquies* c.p.), la prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.) e l'adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* c.p.). Per diffusione e allarme sociale, sono stati inseriti nel n. 3) anche i più gravi delitti contro la P.A.; i delitti previsti dall'art. 73 del T.U. stupefacenti, salva l'ipotesi del comma 5 (fatto di lieve entità); l'agevolazione delle comunicazioni dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario; alcuni delitti contro il patrimonio (come rapina aggravata, estorsione, riciclaggio e usura); la tortura; l'incendio e l'incendio boschivo, nel n. 4) sono stati inseriti alcuni reati extracodicistici come l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione dei mercati. Con un riferimento più circoscritto vedasi anche VALOTTI, *L'art. 131bis e i reati tributari: presupposti applicativi e novità dopo la riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 24 febbraio 2023.

⁽⁹⁾ Così PADOVANI, *op. cit.*

⁽¹⁰⁾ Che era già stato esteso dalla l. n. 68/2015 alla « disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale », prevista dagli artt. 318-*bis* ss. T.U.A.: la procedura estintiva fondata sull'adempimento di una prescrizione « ripristinatoria » e sul pagamento di una somma « sanzionatoria », destinata a operare nella fase delle indagini preliminari e a fondare la richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero.

⁽¹¹⁾ In argomento, RUGANI, *L'estinzione delle contravvenzioni "alimentari" nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 D.LGS. 150/2022*, in *legislazionepenale.eu*.

⁽¹²⁾ PADOVANI, *op. cit.*

⁽¹³⁾ Continuando, per vero, una tradizione stratificata dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, fino l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. « riforma Orlando »), cui si deve l'introduzione del meccanismo di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-*ter*). Come è stato osservato in un commento alla riforma Cartabia sul punto, la strumentalizzazione deflattiva della querela ne ha stravolto la stessa ragione d'essere tradizionale: la « logica vittimocentrica che riserva al soggetto passivo la scelta di sottoporsi allo *strepitus fori* » viene messa da parte, relegata in particolare in una sfera circoscritta ai reati sessuali (c.d. « querela-garanzia »), con privilegio per una « querela-selezione » (cfr. PARRERA, *Le modifiche al regime di procedibilità nella riforma Cartabia*, in *legislazionepenale.eu*, che riprende GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano 1993; Id., *Querela selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 473 ss.). A questo proposito, PIERGALLINI, « Civile » e « penale » a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, *ivi*, 2012, 1318, aveva parlato di « privatizzazione » del conflitto penalistico; mentre si riferiva

vorrebbe favorire, mediante una eventuale sua remissione, una composizione del conflitto. Invece essa rischia di alimentarlo: si pensi alla violenza privata che diviene, salvo qualche eccezione, perseguibile a querela. Poiché la condotta è costituita da una violenza o da una minaccia a fare o omettere o tollerare non è difficile ipotizzare che il reo, se prima minacciava per passare ad esempio indisturbato sul terreno altrui, perpetui e rinforzi la minaccia per dissuadere dalla presentazione della querela⁽¹⁴⁾.

Venendo all'oggetto specifico di questo studio, il d.lgs. n. 150/2022 è intervenuto, si è detto, direttamente sul piano della pena per consolidare la fuga dal carcere rispetto alle condanne detentive di breve durata.

Prima di procedere nello specifico su questa componente della novella, mi sia consentito osservare come i nobili e rispettabilissimi propositi perseguiti non abbiano fatto del tutto i conti con le tendenze di politica criminale ancora in atto⁽¹⁵⁾ promotrici di un sistema penale che nella sua espansione senza limite, come accade per l'Universo nel quale viviamo, troverà la causa vera del proprio collasso⁽¹⁶⁾.

La via maestra per promuovere l'efficienza del sistema sarebbe prioritariamente l'adesione ai principi di un diritto penale liberale e quindi minimo⁽¹⁷⁾. Ciò è l'abiura di un sistema ipertrofico che rinnega la regola aurea della sussidiarietà (*extrema ratio*).

alla politica della « deflazione senza depenalizzazione » GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, ivi, 2018, 1495. In virtù della Riforma Cartabia, diventano così procedibili a querela, tra gli altri, le *Lesioni personali dolose* (art. 582, comma 1, c.p.), rispetto alle quali il regime di procedibilità d'ufficio rimane soltanto in presenza delle circostanze aggravanti elencate; il *Sequestro di persona non aggravato* (art. 605, comma 1, c.p.), salvo che il fatto sia commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità; la *Violenza privata* (art. 610 c.p.), salvo che il fatto sia commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità, ovvero che ricorra l'aggravante speciale di cui al comma 2; il *Furto*, anche aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p., con l'eccezione di alcune aggravanti elencate e del caso in cui la persona offesa sia incapace, per età o infermità. In argomento, per tutti, GATTA, *L'estensione del regime di procedibilità a querela*, in *www.sistemapenale.it*; Id., *Riforma Cartabia e procedibilità a querela: due proposte per la soluzione di vecchi problemi, senza allarmismi e stravolgimenti*, ivi, 18 gennaio 2023.

⁽¹⁴⁾ In questi termini, taglienti e definitivi, esprime tutta la sua perplessità PADOVANI, *op. cit.*

⁽¹⁵⁾ Vedasi la nuova fattispecie *anti-rave*, per tutti PADOVANI, *Parce sepolto. L'art. 633-bis cp nato morto e in attesa di pietosa sepoltura*, in *Legisl. pen.*, febbraio 2023.

⁽¹⁶⁾ La letteratura ha messo in luce i molti aspetti involutivi dell'attuale sistema penale, che contraddicono il modello di un diritto penale garantista e liberale: tra i molti, INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019; Id., *Forca e melassa*, Mimesis, Milano, 2021; Id., *Il buio oltre la siepe. La difesa delle garanzie nell'epoca dei populismi*, in *disCrimen*, 16 novembre 2018; Id., *Consenso sociale e diritto penale*, *ibidem*, 6 giugno 2019; Id., *Il populismo penale*, *ibidem*, 13 giugno 2019; DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena, 2019; AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022; MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 129 ss.; GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *www.questionegiustizia.it*, 27 giugno 2014; MANES, *La giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022; SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019. Muovendo dalla crisi in atto del « garantismo penale », utile è richiamare il *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, pubblicato nel 2019 dall'Unione Camere Penali Italiane [https://www.camerepenali.it/cat/9880/il_manifesto_del_diritto_penale_liberale_e_del_justo_processo_.html].

⁽¹⁷⁾ BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, 1986 (numero monografico della Rivista *Dei delitti e delle pene*, 3/1985), 443 ss.; FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, ivi, 493 ss.; Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.

Invece la novella ritiene possibile far sopravvivere un diritto penale «massimo» semplicemente ricorrendo (o potenziando) istituti e meccanismi deflattivi ⁽¹⁸⁾.

Se quello penale è l'*extrema ratio* tra gli illeciti, il carcere, venendo all'oggetto specifico della presente analisi, deve essere *extrema ratio* tra le pene ⁽¹⁹⁾: ciò è indispensabile oltretutto perché nel carcere possano crearsi le condizioni oggettive per il compiersi del trattamento rieducativo ⁽²⁰⁾.

Queste considerazioni agganciano la riflessione antica sul carcere e le alternative ad esso ⁽²¹⁾.

Non si dimentichi, in ogni modo, che è la pena pecuniaria la più tradizionale tra le sanzioni penali alternative a quella detentiva: non per niente la novella in commento è intervenuta anche su alcuni aspetti critici di tale forma di punizione ⁽²²⁾.

Per ben intendere gli effetti ricercati dalla novella non devono essere trascurati altri

⁽¹⁸⁾ Per tutti, MAZZACUVA, *Sistema punitivo e diritto penale liberale*, in GIUNTA-GUERRINI-MAIELLO-SEMINARA-SGUBBI (a cura di), *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*, Napoli, 2020, 317 s. Ciò è avvenuto altresì piegando il significato di istituti quale è quello della prescrizione. Si pensi alla c.d. prescrizione «processuale» (contro il rischio del processo «infinito» della spazzacorrotti), e quindi al nuovo art. 344-bis sulla improcedibilità; sulla questione PETRELLI-MANES-MAZZA-SPANGHER-MAIELLO, *La Riforma Cartabia*, cit., ove anche si spiega come il tema della prescrizione dimostri come la politica non consideri la scienza (i principi, il sistema, la logica interna). Basti ricordare la vicenda *Taricco* e la presa di posizione della Corte costituzionale che ha perentoriamente affermato che la legalità si estende a tutte le vicende da cui dipende la punibilità (non solo il fatto e la pena), ma (anche) il «tempo di vita» del reato. In questo senso non dovrebbe confondersi il tempo del reato e tempo del giudizio. Invece la l. n. 134/2021 ha sancito l'esistenza di «due orologi» (quello della prescrizione e quello della improcedibilità) quando dovrebbe essercene uno solo. Sul punto da ultimo, CANZIO, *Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale. Una introduzione*, in *Sist. pen.*, 7 marzo 2023.

⁽¹⁹⁾ Che non significa, come pare evidente, rinuncia al carcere, almeno per il nucleo duro del diritto criminale. Non è superfluo ricordare l'opinione di M. Foucault in proposito, che meglio di tutti ha ricostruito il percorso della nascita della più temuta istituzione disciplinare nel suo celebre *Sorvegliare e punire, la nascita della prigione*, trad. italiana di Alceste Tarchetti, Torino, 2014: «Conosciamo tutti gli inconvenienti della prigione, e come sia pericolosa. E tuttavia non 'vediamo' con quale altra cosa sostituirla. Essa è la detestabile soluzione, di cui non si saprebbe fare a meno». Il grande pensatore francese ben ha evidenziato come la storia della evoluzione della penalità corrisponda alla storia di una metamorfosi dei rapporti di potere esercitati sulla persona. Dal corpo all'anima: assoggettamento che non è solo quello repressivo, ma anche quello produttivo. A tal proposito non può non citarsi l'altro grande classico sulle istituzioni carcerarie: MELOSSI-PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, Bologna, 1977. Sul tema della legittimità del punire, riparte da Beccaria il recente lavoro di AUDEGEAN, *Violenza e giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2023. Del resto, come recente autorevole opinione ci ricorda, «la gravità del problema penale è legata anche all'impossibilità di rinunciare alla pena detentiva in un prevedibile orizzonte storico» [PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *www.sistemapenale.it*, 9 novembre 2020, 1 ss.]. Tanto più che «i principi sul diritto penale, nella nostra Costituzione, sono pensati per un sistema assestato sulla pena detentiva» [Id., *ibidem*]. Per tutti, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973.

⁽²⁰⁾ Da ultimo sul punto MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, Trento, 2022, 487.

⁽²¹⁾ PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in PALIERO-VIGANÒ-BASILE-GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, 521 ss.; PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2016; Id., *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981; DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989.

⁽²²⁾ Fu in particolare MARINUCCI a parlare della pena pecuniaria come di una «reale alternativa alla pena detentiva di portata generale»: vedasi la Relazione di sintesi, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Atti del XXIII Convegno di studio "Enrico de Nicola", a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 2002, 322. Proprio su di essa la Riforma Cartabia è intervenuta per emendarne i profili disciplinari che di più in Italia l'hanno resa «una pena esistente solo sulla carta, priva di efficacia preventiva e incapace di rappresentare una credibile alternativa al carcere» [Rel. Lattanzi, 61] a causa di una conclamata ineffettività (fino alla riforma solo l'1% di multe e ammende veniva eseguito con un riscosso pari allo 0,4%, con perdite di oltre due miliardi di Euro

temi oggetto di dibattito: innanzitutto quello della c.d. certezza della pena, che non riesce a spogliarsi, specie tra i non addetti ai lavori, del malinteso di essere pensata come certezza del carcere ⁽²³⁾.

Dall'altra parte la novella costituisce un ulteriore avanzamento nella affermazione di innovative tecniche punitive capaci di realizzare di più e meglio l'ideale rieducativo ⁽²⁴⁾ (in virtù della constatazione che le pene scontate nella comunità abbattano i tassi di recidiva ⁽²⁵⁾) che, per quanto a singhiozzo messo in discussione in favore di diverse funzioni della pena ⁽²⁶⁾, dovrebbe pur tuttavia continuare a conservare la propria centralità ⁽²⁷⁾.

l'anno. A questo proposito la Commissione Lattanzi (v. § 2) aveva giudicato una riforma organica della pena pecuniaria non più rinviabile (anche sulla scorta delle indicazioni date dalla Consulta in una serie di sentenze: Corte cost. nn. 15/2020 e 279/2019). Il d.lgs. n. 150/2022 ha così abbandonato la farraginosa procedura del recupero crediti prevedendo un ordine di esecuzione del PM con l'intimazione di pagare entro 90 giorni [del resto il modello della conversione in misure privative della libertà in caso di mancato pagamento delle pene pecuniarie è il più diffuso in Europa]. Se il condannato, pur potendo, non paga (c.d. insolvenza), la pena pecuniaria si converte in semilibertà, che cessa non appena il condannato paga. Se il condannato non può pagare per difficoltà economiche, la conversione è in lavoro di pubblica utilità o, se vi è opposizione, in detenzione domiciliare [secondo l'idea che, chi, pur potendo, non paga, meriti un trattamento più severo rispetto all'ipotesi di inadempimento incolpevole]. Quello che invece è clamorosamente mancato alla riforma Cartabia è stato il passaggio della commisurazione per quote giornaliera (o tassi giornalieri), anziché per somma complessiva, anche per la pena pecuniaria in quanto pena principale (come avviene già per gli enti ex d.lgs. n. 231/2001), frustrando attese antiche [già auspicato da BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel Codice Rocco e nel Progetto di riforma*, in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, 57; DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 440 ss.; PAGLIARO, *Prospettive di riforma. Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, *Atti dell'XI Convegno E. De Nicola, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, Milano 1977, 428 ss.]. Tuttavia, tale passaggio è stato precluso dalla stessa formulazione sul punto della legge delega (v. § 2).

⁽²³⁾ NOVI, *Cartabia, una "rivoluzione costituzionale"*, in *Il Dubbio*, 16 marzo 2021. Sul punto PELISSERO, in GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale*, cit., 674, partendo dal dato della crescente discrezionalità del giudice in materia di commisurazione della pena in senso lato e del sistema, sempre più ampliato, delle misure alternative alla detenzione (di cui alla l. n. 354/1975), che ha ulteriormente flessibilizzato il sistema sanzionatorio nella fase di esecuzione. Per questi motivi si registra una pericolosa incertezza della pena, derivante dalla incomprensibile differenza agli occhi della opinione pubblica tra pena in astratto e pena in concreto. A questa crisi si è opposto, sbagliando, l'equivoco di « identificare la certezza della pena con la certezza della pena carceraria » (p. 675).

⁽²⁴⁾ Letteratura sterminata. Tra i molti: VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 8, 297 ss.; NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 347 ss.; BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964; PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 25; MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982; FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3 Cost.*, in Branca-Pizzorusso (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 222 ss.; Id., *Scopi della pena*, in VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 147; GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 119 ss. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3 ss.; Id., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi e domani*, ivi, 2018, 1667 ss.; PULITANO, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, ivi, 2016, 641; PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, in PALIERO-VIGANÒ-BASILE-GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. I, cit., 229 ss.; MENGHINI-MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 5 ss.; MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit. Si rimanda, anche per la letteratura citata, al consultivo del prof. DOLCINI, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 383 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. XVIII Rapporto Antigone. Tale evidenza conferma che le misure di comunità e le pene progetto possano meglio realizzare le istanze rieducative non solo per una loro intrinseca vocazione in tal senso ma soprattutto quando il carcere comminato per una breve durata non permetterebbe tante volte nemmeno di impostare il c.d. programma rieducativo: in tal senso MENGHINI, *op. ult. cit.*, 490, nt. 178.

⁽²⁶⁾ Per VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., 297 ss.: « La pena... è un quid compositum, in cui, pur partendosi dal nucleo centrale del suo carattere retributivo, le esigenze della prevenzione speciale e della preven-

Se questa è la teoria, la prassi deve registrare una serie di dati empirici: da un lato, la discrezionalità nella commisurazione e la flessibilizzazione dei percorsi esecutivi hanno fatto del carcere « una istituzione totale fortemente selettiva sul piano sociale »⁽²⁸⁾. Dall'altro quello ancora irrisolto della limitatezza degli spazi (pochi) rispetto ai numeri (molti) dei ristretti (attuali e potenziali)⁽²⁹⁾.

Molti, insomma, i temi che il legislatore doveva saggiamente ponderare.

Il disegno della « Cartabia » si è realizzato arricchendo il novero delle pene a disposizione del giudice (di cognizione), salvaguardandone la portata rispetto all'operare di istituti

zione generale spiegano una grande influenza. Essa è pluridimensionale o quanto meno plurifunzionale ». Vedasi anche PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale (Una conversazione)*, Bologna, 2018, spec. cap. VIII: « dalla polifunzionalità alla poliedricità della pena ».

⁽²⁷⁾ Cfr. Corte cost. n. 149/2018 che rimarca la centralità della finalità rieducativa, espressamente considerata non sacrificabile sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena [sulla sentenza vedasi per tutti DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 18 luglio 2018; PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.].

Si segnala la proposta di legge costituzionale di modifica dell'art. 27 Cost. presentata dal deputato Edmondo Cirielli il 13 ottobre 2022 alla Camera [C. 285] e Assegnata alla I Commissione Affari Costituzionali in sede Referente il 3 febbraio 2023, poggiandosi sui limiti della teoria della funzione rieducativa della pena. Si propone di talché la sostituzione dell'attuale comma 3 con il seguente: « *La pena, che non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, assicura la giusta punizione del reo per il fatto commesso e la prevenzione generale e speciale del reato e deve tendere, con la collaborazione del condannato, alla sua rieducazione. Sono stabiliti con legge i limiti della finalità rieducativa in rapporto con le altre finalità e con le esigenze di difesa sociale* ».

⁽²⁸⁾ Sul punto efficacemente PELISSERO, in GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale*, cit., 674, dove si spiega in particolare come siano le possibilità concrete di accesso alle misure alternative (disponibilità di lavoro, di un domicilio, etc.) a fare la selezione.

⁽²⁹⁾ Ci si riferisce al problema atavico del sovraffollamento carcerario, deflagrato dopo una serie di condanne a carico dell'Italia dalla parte della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo: una prima volta nel 2009 quando la Corte EDU ha condannato l'Italia nella sentenza *Sulejmanovic*. Nella occasione il ricorrente lamentava come fosse stato costretto a dividere una cella di 16 m² con altri cinque detenuti, avendo così a disposizione uno spazio personale di appena 2,70 m², in ciò concretizzandosi un trattamento inumano e degradante e, quindi, la violazione dell'art. 3 CEDU [sul punto MENGHINI, *op. cit.*, 215; BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Quest. giust.*, 2009, 111 ss.; ANGELINI, *Detenzione e divieto di tortura*, in questa *Rivista*, 2010, 89 ss.; GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 1259 ss.; Id., *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 633 ss.]. La Corte ha ritenuto che, in caso di detenzione in uno spazio individuale inferiore a 3 m² scattasse una presunzione assoluta di violazione dell'art. 3 CEDU. Tale principio di diritto si è cristallizzato, fino al caso *Muršić c. Croazia* del 2016 [sul punto si rinvia a MENGHINI, *op. cit.*, 215, la quale ricorda come la Corte, con riferimento ad uno spazio compreso tra i 3 e i 4 m², considera « dei criteri ulteriori, che devono essere valutati congiuntamente per stabilire se sussiste o meno una violazione della dignità: in particolare assumono rilevanza le caratteristiche del luogo di detenzione, come l'areazione, l'illuminazione, le condizioni igieniche, le condizioni climatiche, ecc. »]. L'altra sentenza di condanna per l'Italia, la più nota, è Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia* [sulla quale vi è ampia letteratura: v. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 9 gennaio 2013; PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 261 ss.; CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Politica dir.*, 2013, 441 ss.; RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 2013, 4549 ss.; DELLA BELLA, *Il sovraffollamento delle carceri: una battaglia da combattere su più fronti*, in *Corr. merito*, 2013, 701 ss.; Id., *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014]. In questa sentenza tra l'altro, la Corte ha richiamato « le raccomandazioni Rec(99)22 e Rec(2006)13 del Comitato dei Ministri che invitano gli Stati, ed in particolare pubblici ministeri e giudici, ad implementare il più possibile il ricorso alle misure alternative alla detenzione e a valorizzare il principio

per certi versi troppo ingombranti, come quello della sospensione condizionale della pena⁽³⁰⁾. Come vedremo, disaccoppiare « sostituzione » e « sospensione », attraverso una chiara distinzione dei rispettivi campi di applicazione, è stato uno dei grandi meriti della novella⁽³¹⁾. Così come l'aver annullato il meccanismo, introdotto dalla legge Simeone (l. n. 165/1998), della separazione della fase dell'affermazione della responsabilità (da parte del giudice di cognizione) e della irrogazione della pena, dalla fase esecutiva, a partire dalla sospensione dell'ordine di esecuzione della condanna (art. 656, comma 5, c.p.p.), per cui spetta al giudice di sorveglianza determinare il *quomodo* della esecuzione della pena attraverso la concessione o meno della misura alternativa al carcere⁽³²⁾. Tutto ciò con un auspicato ridimensionamento del ruolo del giudice di sorveglianza⁽³³⁾.

Ma, come vedremo meglio analizzando la nuova normativa, altri sono i segnali di discontinuità che promettono di rendere le pene sostitutive adatte agli scopi ricercati: dal rilancio del sistema delle quote giornaliere per la pena pecuniaria sostitutiva⁽³⁴⁾, alla versatilità dei criteri della sostituzione fino al modello bifasico disegnato per la fase applicativa, o all'intelligente disciplina della revoca non centrata su rigidi automatismi ma sulla discrezionalità del giudice⁽³⁵⁾.

In più di un aspetto, dunque, la novella è riuscita ad essere originale e a trovare soluzioni ragionevoli⁽³⁶⁾: in questi limiti essa si è fatta in qualche modo riforma⁽³⁷⁾.

Per vero già nel 2014 questa tendenza ad anticipare alla fase della cognizione la fuga

dell'*extrema ratio* della sanzione detentiva». Si rammenti Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, in <https://archivioldpc.dirittopenale-omo.org>, 25 novembre 2013, con nota di LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, che definisce la situazione di sovraffollamento come « intollerabile » e richiama alla sollecita introduzione di misure risolutive [sul punto MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 237 s.].

⁽³⁰⁾ Ben sapendo che i numeri del Ministero della Giustizia confermano il successo applicativo della sospensione condizionale della pena, poiché il 50% delle condanne a pena detentiva, nel decennio 2011-2021, è rappresentato da condanne a pena sospesa.

⁽³¹⁾ DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in www.sistemapenale.it, 30 agosto 2022, 5, ha parlato di liberazione delle pene sostitutive « dal mortale abbraccio della sospensione condizionale della pena ».

⁽³²⁾ Scelta molto apprezzata dalla dottrina: per tutti DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit.; e DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, non cit. prima, p. 6.

⁽³³⁾ Così FIORENTIN, in NATALINI (a cura di), *Riforma Cartabia, Commentario sistematico*, cit., 177 ss.

⁽³⁴⁾ In tal senso già per vero la l. 12 giugno 2003, n. 134, che rimandava all'art. 135 c.p. per il tasso di conversione. Quest'ultimo, come noto, era divenuto « fuori portata » quando, con la l. 15 luglio 2009, n. 94, era stato portato a 250 Euro. La novità più apprezzabile del d.lgs. n. 150/2022, che ha tenuto conto della giurisprudenza della Corte costituzionale formatasi in merito (sentenze nn. 15/2020 e 28/2022, che hanno parlato di « privilegio per i soli condannati abbienti ») è quello di aver emancipato dall'art. 135 c.p. l'individuazione del valore giornaliero, fissandone il valore minimo a 5 Euro [v. § 12].

⁽³⁵⁾ Trattasi di un passaggio molto delicato, se si pensa che negli Stati Uniti d'America, considerati il modello di *mass-incarceration* (il tasso di carcerazione negli Stati Uniti è infatti il più alto del mondo, collocandosi tuttora nettamente al di sopra di quota 600 per 100.000 abitanti, cfr. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 25), su 10 condannati solo 3 sono in carcere; 7 sono « *supervised in the community* ». Sull'effetto moltiplicatore della incarcerazione collegato alla revoca del *probation*, v. § 16.

⁽³⁶⁾ DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 857 ss.

⁽³⁷⁾ Parafrasando PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit., 16 ss.

dalla pena carceraria ⁽³⁸⁾ si era materializzata con l'introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova, che rappresenta, come noto, la misura di comunità di maggior successo applicativo ⁽³⁹⁾ e sulla quale torna, per ottenerne un ulteriore rilancio, proprio il d.lgs. n. 150/2022.

Dunque, il giudice (della cognizione), oltre alle pene dell'art. 17 c.p., avrà a sua disposizione delle nuove pene: si attua così un altro tassello della indicazione costituzionale di cui all'art. 27, comma 3, che usa a questo proposito il plurale parlando di «pene», all'evidenza anche diverse da quelle più «tradizionali», ossia pena detentiva o pecuniaria ⁽⁴⁰⁾. Non a caso, giacché abbiamo imparato che la topografia conta (come ci indica il principio della riserva di codice), le nuove pene sono ora elencate all'art. 20-bis, Libro I, Titolo II, Capo I («Delle specie di pene in generale»), dopo la disciplina generale delle pene principali e delle pene accessorie. La chiarezza lessicale e topografica, dunque, rende immediatamente distinguibili le nuove pene «dagli istituti analoghi, ma aventi diversa natura giuridica e disciplina, costituiti dalle misure alternative alla detenzione della semilibertà, della detenzione domiciliare, del lavoro di pubblica utilità previsto come pena principale irrogabile dal giudice di pace o disposto nell'ambito della sospensione condizionale della pena o della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato» ⁽⁴¹⁾.

Peraltro, come acutamente è stato osservato, questa promozione terminologica ⁽⁴²⁾ celerebbe «una operazione di natura araldica con il conferimento di un titolo nobiliare per giunta senza feudo alcuno» ⁽⁴³⁾. Infatti, si rileva, l'operazione semantica non spoglierebbe le nuove pene dalla dimensione funzionale di accessorietà rispetto alla pena sostituita se si considera che l'istituto della revoca (*ex art. 66, l. n. 689/1981, novellato*) consente il recupero in tutto in parte della pena detentiva originaria ⁽⁴⁴⁾ (sul punto vedasi oltre § 16).

⁽³⁸⁾ Se si vuole questa possibilità era già stata introdotta nell'ambito più limitato delle sanzioni alternative alla detenzione previste nella materia di competenza penale del Giudice di Pace fin dal 2000 [d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274].

⁽³⁹⁾ Se al 15 gennaio 2023 gli adulti in area penale esterna erano 74.614, di questi ben 24.476 erano i *Messi alla prova* (quindi un numero più consistente dell'altra tradizionale misura dell'*Affidamento in prova al servizio sociale* che si era fermato a 23.850). [Fonte: Ministero della giustizia].

⁽⁴⁰⁾ Del resto, la Costituzione, all'art. 27, comma 3, parla, al plurale, di «pene» che devono tendere alla rieducazione del condannato, non menzionando il carcere e, comunque, non introducendo alcuna equazione tra pena e carcere. La pluralità delle pene, pertanto, è costituzionalmente imposta perché funzionale al finalismo rieducativo. Non occorre insistere circa le ragioni del generale sfavore dell'ordinamento verso l'esecuzione di pene detentive di breve durata, collegate *in primis* alla constatazione che una detenzione di breve durata comporti costi individuali e sociali maggiori rispetto ai possibili risultati attesi. Come ricorda la Rel. Gov. sul punto, rispetto a tali condanne l'unico modo è prevedere pene diverse da quella carceraria che, eseguendosi nella comunità delle persone libere, escludono o riducono l'effetto desocializzante della detenzione negli istituti di pena [cfr. per tutti ALVINO, in AA.Vv., *La riforma del sistema penale, Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, a cura di BASSI-PARODI, Milano, 2022, 345 ss.].

⁽⁴¹⁾ Come è stato autorevolmente osservato con ciò si è voluto intendere che «di vere e proprie pene si tratta, ancorché non carcerarie (o non integralmente destinate ad essere eseguite in carcere)», [DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 3]. Sulla questione lessicale, anche DE VITO, *Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere*, in *Quest. giust.*, 21 febbraio 2023, che parla di «uso preciso e performativo del linguaggio».

⁽⁴²⁾ PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit., 16 ss.

⁽⁴³⁾ PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit.

⁽⁴⁴⁾ PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit. Cfr. sul punto Rel. Mass., 199, ove si osserva nello stesso modo che «le rinominate *pene* mantengono, quanto al rapporto con la pena sostituita, una dimensione funzionale di accessorietà, atteso che, trattandosi di sanzioni restrittive della libertà personale, la mancata esecuzione della pena

A proposito del limite della pena detentiva sostituibile, ora portato a 4 anni, in coerenza con il limite della sospensione dell'ordine di esecuzione stabilito dall'art. 656, comma 5, c.p.p., esso appare ben più ampio di quello originariamente designante il campo di applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, individuato dagli artt. 53 ss. della legge n. 689/1981, che era stabilito in due anni. A questo riguardo, non a torto, si è rilevato come esso non dovrebbe più essere inteso come evocativo di condanne di breve durata, dovendosi invece parlare di « un superamento del monopolio della pena detentiva, in fase di cognizione, anche per reati di media gravità astratta »⁽⁴⁵⁾.

Nella portata pratica, di là della specifica dogmatica, invero, queste novità non sconvolgono un assetto empirico della penalità già fortemente consolidato, a dispetto della convinzione diffusa che l'unica pena contemplata dal nostro sistema penale sia rappresentata dal carcere. Che ciò avvenga per effetto di una decisione del giudice della cognizione o di sorveglianza, nei fatti che la prospettiva carcere-centrica sia da tempo superata anche da noi è testimoniata dai numeri: attualmente a fronte di grossomodo 55.000 detenuti⁽⁴⁶⁾, 73.000 persone scontano la pena nella comunità⁽⁴⁷⁾. Cioè il rapporto tra il numero dei condannati che scontano la pena in carcere e quello di quanti invece la scontano in comunità è di 4 a 6.

2. LA GENESI DELLA RIFORMA SULLA QUESTIONE DELLE SANZIONI SOSTITUTIVE

La novella Cartabia è giunta a compimento attraverso un percorso piuttosto accidentato. Notoriamente il primo momento è stato segnato dal Disegno di legge Bonafede (A.C. 2435), presentato il 13 marzo 2020, che recava delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti penali pendenti presso le Corti d'Appello. Su questa base il Ministro Cartabia istituiva, presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, la Commissione presieduta da Giorgio Lattanzi, che produceva una Relazione ed un articolato in vista della presentazione degli emendamenti governativi al disegno di legge A.C. 2435⁽⁴⁸⁾.

Molte delle conclusioni rassegnate da questa Commissione sono state recepite dalla legge 27 settembre 2021, n. 134 (di delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari). Altre sono state o modificate o mutilate nel passaggio attraverso i c.d.

sostitutiva o la violazione delle prescrizioni in essa contenute comportano, in ultima istanza, il recupero, in tutto o in parte, della pena detentiva originaria (art. 66 della legge n. 689 del 1981) ».

⁽⁴⁵⁾ Così CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *www.penedp.it*, 2 novembre 2021, 15.

⁽⁴⁶⁾ Per esattezza la situazione al 31 gennaio 2023 è di 56.127 detenuti, nel cui computo rientrano anche i semiliberi [Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica].

⁽⁴⁷⁾ Più esattamente gli adulti in area penale esterna, cioè i soggetti in carico all'UEPE per misure alla data del 30 giugno 2022, erano un totale di 73.088 [di cui 22.376 in Affidamento in prova al servizio sociale e 25.126 in Messa alla prova] [Fonte: Ministero della giustizia].

⁽⁴⁸⁾ Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello. Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 (24 maggio 2021), in *www.giustizia.it*.

«labirinti della politica»⁽⁴⁹⁾. I principi e i criteri direttivi sulla specifica questione delle sanzioni sostitutive si trovano elencati all'art. 1, comma 17, della l. n. 134/2021⁽⁵⁰⁾.

Quella della sostituzione delle pene detentive brevi costituiva l'architrave della emenda di un sistema costruito non più sul predominio del carcere. Per vero, nel corso del dibattito pluridecennale sopra ricordato, la sostituzione della detenzione di breve durata, lungi dal contestare la centralità del carcere, ne rappresenta anzi una conferma come eccezione ad una regola, che, nella sostanza, ne riproduce alcuni contenuti sotto forma di surrogato⁽⁵¹⁾.

In ogni modo, qualsiasi riforma della materia doveva prendere le mosse dalla constatazione del fallimento in questa direzione della l. n. 689/1981: come anticipato la legge sulla «depenalizzazione» aveva, tra l'altro, previsto, per i reati di medio/bassa gravità (intesi come quelli puniti con una pena sino a 2 anni,) una via di fuga dalla applicazione di pene detentive brevi nelle sanzioni sostitutive, muovendo dal presupposto che le pene di breve durata hanno solo effetti criminogeni⁽⁵²⁾. Questa era stata la partenza dei lavori della Commissione Lattanzi, in tema di revisione del sistema sanzionatorio penale: le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi della semidetenzione, libertà controllata e pena pecuniaria, «per ragioni diverse, in buona parte riferibili all'evoluzione del sistema sanzionatorio e al mancato coordinamento con altre misure», come non aveva mancato di osservare la dottrina, in particolare la sospensione condizionale della pena⁽⁵³⁾, non rappresentavano più «efficaci strumenti né di lotta agli effetti dannosi delle pene detentive brevi, né di deflazione del carico giudiziario, quando applicate nell'ambito di riti alternativi»⁽⁵⁴⁾. Ad indebolire la portata delle sanzioni sostitutive di vecchia fattura, oltre alla sovrapposibilità con l'area della sospensione condizionale, aveva contribuito poi il già evocato meccanismo della sospensione della esecuzione delle pene detentive sotto i 4 anni dato dalla legge Simeone (l. n. 165/1998). In tal modo le misure alternative avevano «finito per tradursi, almeno di fatto, in un incentivo all'inflizione di pene detentive brevi da parte del giudice di

(49) Cfr. a tal proposito PETRELLI-MANES-MAZZA-SPANGHER-MAIELLO, *La Riforma Cartabia*, cit., dove si evidenzia come la politica abbia cambiato il modello uscito dalla Commissione Lattanzi, anche a costo di consumare un «divorzio» dalla scienza (penale e processuale penale).

(50) Sulla delega, in letteratura i contributi di GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *Legisl. pen.*, 20 gennaio 2022; DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *www.sistema-penale.it*, 2 settembre 2021; PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, *ibidem*, 8 settembre 2021; BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1167 ss.; GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 15 ottobre 2021; DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia: il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, 591; BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in BARTOLI-GUERRINI (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio. Atti dell'Incontro di studio di Siena*, 10 dicembre 2021, Napoli, 2022, 144.

(51) Sul punto, acutamente, PADOVANI, *La pena carceraria*, cit.; GARGANI, *La riforma*, cit.

(52) Per tutti, PALIERO, *Commento agli artt. 53 e ss. l. 689/1981*, in AA.Vv., *Commentario delle "Modifiche alla sistema penale" (Legge 24 novembre 1981 n. 689)*, Milano, 1982, 277 ss.

(53) Vista la completa sovrapposibilità con l'area della sospensione condizionale facilmente ne era già stato pronosticato l'insuccesso meritandosi l'appellativo di sanzioni «nate morte», così PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 536.

(54) Né era valso il tentativo di rivitalizzarle con la riforma apportata dalla l. n. 134/2003, che ne aveva ampliato i limiti applicativi: sul punto GARGANI, *La riforma*, cit., 2. Il fallimento di dette sanzioni è stato testimoniato dai dati del Ministero della giustizia secondo cui, nel 2021, la semidetenzione era stata applicata solo 7 volte e la libertà controllata solo in 540 casi [e alla data del 15 gennaio 2023 avevamo ormai solo 1 persona in semidetenzione e 110 in libertà controllata]. L'unica pena sostitutiva in pratica utilizzata, quella pecuniaria, era indebolita dal troppo alto criterio di ragguaglio dell'art. 135 c.p.

cognizione, in considerazione della successiva sostituibilità delle stesse in sede di esecuzione, con il conseguente fenomeno patologico dei c.d. libero sospesi»⁽⁵⁵⁾.

Per prima cosa, pertanto, si era rilevato come l'area della sostituzione non dovesse più coincidere con quella coperta dalla sospensione condizionale della pena⁽⁵⁶⁾ per espanderla fino al limite dei 4 anni, cioè quello all'interno del quale è possibile l'accesso alle misure alternative alla detenzione senza alcun passaggio dal carcere. In secondo luogo, si era ritenuto di «valorizzare i contenuti sanzionatori sperimentati con successo in altri contesti normativi» in termini di penalità/programma e di comunità. In questa direzione (archivate semidetenzione e libertà controllata) l'attenzione doveva necessariamente essere rivolta proprio ai contenuti delle misure alternative alla detenzione: detenzione domiciliare, affidamento in prova al servizio sociale e semilibertà. Tuttavia, nel Progetto Lattanzi le pene sostitutive assumevano la funzione di incentivi all'adozione di riti alternativi⁽⁵⁷⁾, rilevato che la possibilità di usufruire delle sanzioni sostitutive veniva subordinata alla richiesta di patteggiamento da parte dell'imputato. La migliore dottrina a questo riguardo non aveva mancato di criticare un eccessivo asservimento della pena alle esigenze defaticanti e deflattive del processo⁽⁵⁸⁾. Insomma, nei lavori della Commissione Lattanzi, le pene sostitutive non si sarebbero configurate come risposta generale di sistema, possibile in tutti i casi di condanna a pena contenuta nel massimo a 4 anni, ma solo nel caso di patteggiamento e con riferimento ad alcune ipotesi di reato tassativamente previste da individuarsi espressamente ad opera del legislatore.

Inoltre, la Commissione aveva fatto riferimento, come sanzione sostitutiva, anche all'affidamento in prova. Nella riforma, come vedremo, invece, tale soluzione non è stata confermata⁽⁵⁹⁾.

Nei lavori della Commissione, nel nuovo arsenale sostitutivo del carcere, un posto d'onore sarebbe dovuto spettare al lavoro di pubblica utilità (d'ora in avanti LPU), in ragione del grande successo applicativo riscontrato rispetto alle uniche due ipotesi nelle quali ad esso la legge già riconosceva il valore di pena sostitutiva: per alcuni reati previsti dal codice della strada e dal T.U. stupefacenti⁽⁶⁰⁾. Si rappresentava come il LPU per i reati stradali fosse stata «la sanzione sostitutiva maggiormente effettiva nel sistema penale»⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁵⁾ Così GARGANI, *La riforma*, cit., 4.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Rel. Lattanzi, 65, una volta constatato che il limite dei due anni è pienamente coperto dalla sospensione condizionale della pena, inteso come «beneficio che, per essere per lo più concesso senza la subordinazione ad obblighi ex art. 165 c.p., risulta più favorevole rispetto ai contenuti di una sanzione sostitutiva, rendendola così scarsamente appetibile».

⁽⁵⁷⁾ GARGANI, *La riforma*, 6; e PALAZZO, *Pena e processo nelle proposte della Commissione Lattanzi*, in *www.la-legislazionepenale.eu*, 3 ss.

⁽⁵⁸⁾ Vedasi PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale*, cit., 10.

⁽⁵⁹⁾ Sul punto DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit.

⁽⁶⁰⁾ In materia di circolazione stradale, per le contravvenzioni di guida in stato di ebbrezza e di guida sotto l'azione di sostanze stupefacenti, allorché non si sia verificato alcun incidente stradale (art. 186, comma 9-bis, e art. 187, comma 8-bis, cod. str.), e in materia di stupefacenti per reati di droga «di lieve entità», allorché la condanna — alla reclusione e alla multa — sia pronunciata nei confronti di persona tossicodipendente o di assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73, comma 5-bis, T.U. stup.). Non trascurando l'ipotesi prevista in materia di reati di competenza del Giudice di Pace, che anzi la Commissione Lattanzi proponeva di fare un modello di disciplina (salvo derogarne la regola della durata che si proponeva fosse pari a quella della pena detentiva sostituita: Rel. Lattanzi, 66).

⁽⁶¹⁾ Cfr. Rel. Lattanzi.

Non meno rilevante era poi la considerazione circa il ruolo che il LPU già svolgeva nella sospensione del procedimento con messa alla prova, giacché, *ex art. 168-bis c.p.*, la concessione della messa alla prova era (ed è) tra l'altro subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità.

Per incentivarne l'accettazione da parte dell'imputato la Commissione Lattanzi aveva fatto leva su quello che probabilmente è stato il fattore che maggiormente ha determinato il successo del LPU come sanzione sostitutiva della pena per il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool: la revoca della confisca del veicolo. Per la nuova pena sostitutiva però la Commissione aveva proposto di limitare la revoca ad alcune più stringenti condizioni: quella dell'aver percorso uno dei riti alternativi del decreto penale di condanna o del patteggiamento. Sempre che la revoca non riguardasse la confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo, del profitto o del prodotto del reato ovvero delle cose la cui fabbricazione uso e porto, detenzione o alienazione costituiscono reato.

In ultimo si trattava di rigenerare la sanzione sostitutiva rappresentata dalla pena pecuniaria. Ciò attraverso diverse proposte, come quella di innalzare da sei mesi a un anno il limite della pena detentiva sostituibile e di ottimizzare il tanto sospirato sistema delle quote giornaliere. A questo proposito si trattava di aderire alle sollecitazioni di Corte cost. n. 15/2020 e di allargare la forbice del valore della singola quota fino a raggiungere, nella parte più bassa, una cifra capace di intercettare imputati di modesta capacità economica, e, per la parte più alta, per contro, di incidere anche su imputati dotati di ben altra possibilità reddituale e patrimoniale (si era parlato in quella sede di una forbice da 3 a 3.000 Euro ⁽⁶²⁾). Anche in questo caso, si suggeriva, come incentivo del rito alternativo, di prevedere valori giornalieri significativamente ridotti in caso di procedimento per decreto ⁽⁶³⁾.

In ultimo, c'era da considerare la proposta della Commissione Lattanzi a proposito dell'ulteriore rilancio della sospensione del procedimento con messa alla prova attraverso una ulteriore estensione dell'ambito di applicabilità dell'istituto ⁽⁶⁴⁾.

Venendo alla disciplina delle sanzioni sostitutive nella l. n. 134/2021 la delega, nel raccogliere le proposte del Progetto Lattanzi, se ne distanziava in parte. Come è stato sintetizzato ⁽⁶⁵⁾, le differenze più significative sono consistite in primo luogo nell'eliminare dal novero delle nuove pene sostitutive l'affidamento in prova al servizio sociale. Tra le ragioni di questa rinuncia, si segnala il suo apparire ormai come una sorta « sanzione vuota

⁽⁶²⁾ Rel. Lattanzi, 67, ove si conclude che « una così ampia forbice consente al giudice di commisurare la pena sostitutiva alle condizioni economiche del condannato, restituendo efficacia ed effettività alla misura ».

⁽⁶³⁾ In ultimo, per garantire effettività alla pena pecuniaria sostitutiva, la proposta della Commissione era quella di « escludere la sospensione condizionale della pena e di prevedere che, in caso di mancato pagamento entro un termine corrispondente a quello della pena detentiva sostituita, la pena pecuniaria possa essere convertita in quella pena detentiva, salvo le ipotesi di insolubilità in ragione delle condizioni economiche, anche sopravvenute, o di giustificato motivo ». (Rel. Lattanzi).

⁽⁶⁴⁾ Più esattamente, la proposta sul punto della Commissione era stata la seguente: « estendere l'ambito di applicabilità dell'istituto, oltre ai casi previsti dall'art. 550, comma 2, c.p.p., richiamato dal secondo comma dell'art. 168-bis c.p., ad ulteriori specifici reati, puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a dieci anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, e risultino compatibili con l'istituto » [Rel. Lattanzi, 70]. Avendo la Commissione constatato come del resto già il richiamo all'art. 550, comma 2, c.p.p., consentisse d'altra parte l'applicazione dell'istituto a reati con pena detentiva edittale superiore a quattro anni, come nel caso della ricettazione, punita con la reclusione pari nel massimo ad otto anni, e del furto pluriaggravato, punito con la reclusione pari nel massimo a dieci anni. [cfr. Rel. Lattanzi].

⁽⁶⁵⁾ Da DOLCINI, nel suo intervento in *Sist. pen.*, settembre 2021.

di contenuti, sempre meno idonea a prendere il posto di pene detentive di medio ammon-tare, come previsto dalla riforma»⁽⁶⁶⁾. In secondo luogo, nella previsione su scala generale della possibilità di applicare le nuove pene sostitutive da parte del giudice di cognizione nella sentenza di condanna, quando il Progetto Lattanzi circoscriveva tale possibilità a specifiche figure di reato, da individuarsi espressamente ad opera del legislatore, e indipendentemente dal patteggiamento. Infine, nell'eliminare il divieto di disporre la sostituzione più di una volta.

La strada verso la riforma doveva essere segnata da un ulteriore imprevisto: la posticipazione della entrata in vigore. Con l'art. 6, d.l. 31 ottobre 2022, n. 1624 (c.d. Decreto «rave»), convertito in l. 30 dicembre 2022, n. 199, recante «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di termini di applicazione delle disposizioni del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, e di disposizioni relative a controversie della giustizia sportiva, nonché di obblighi di vaccinazione anti SARS-CoV-2, di attuazione del Piano nazionale contro una pandemia influenzale e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali», il Governo ha spostato l'entrata in vigore della riforma, originariamente prevista per il 1° novembre 2022, al 30 dicembre 2022. La riforma ha, pertanto, vissuto una *vacatio legis* allungata per decreto fino alla fine del 2022⁽⁶⁷⁾. A fine del 2022, infine, sono state introdotte alcune norme intertemporali.

3. LA NUOVA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA

Come è noto, la l. 28 aprile 2014, n. 67, ha introdotto anche per chi era maggiorenne al momento del fatto la sospensione del procedimento con messa alla prova, che era già prevista nei confronti dei minorenni agli artt. 28 e 29, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. Con ciò confermando l'idea che la risposta al reato possa essere costituita da un progetto di riparazione e di reinserimento, piuttosto che da una pena⁽⁶⁸⁾.

Istituto ibrido, a proposito della continua contaminazione fra sostanza e processo, in parte di tipo sostanziale e in parte processuale: nel primo versante causa di estinzione del reato (per effetto dell'esito positivo della prova⁽⁶⁹⁾); nell'altro, rito alternativo consensuale⁽⁷⁰⁾ capace insieme di favorire il recupero in chiave risocializzante dell'imputato e di abbattere i tempi del processo evitando lo svolgimento dell'intero giudizio di cognizione⁽⁷¹⁾. Come si osservava, da parte degli imputati adulti durante la prova dovrà essere prestato, obbligatoriamente, un lavoro di pubblica utilità.

La legge n. 134/2021, con specifico riguardo alla sospensione del processo con messa alla prova, delegava l'esecutivo ad individuare ulteriori reati ai quali estendere l'applicabi-

⁽⁶⁶⁾ Diffusamente DOLCINI, *op. ult. cit.*

⁽⁶⁷⁾ In dottrina, sul differimento della entrata in vigore: GATTA, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in www.sistemapenale.it, 31 ottobre 2022; PULITANO, *Penale party. L'avvio della nuova legislatura*, in *giurisprudenzapenaleweb*, 2022, 11.

⁽⁶⁸⁾ L. EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2016, 36.

⁽⁶⁹⁾ Parla di causa estintiva ad effetto differito, PISA, in GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale*, cit., 791.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Rel. Mass., 119.

⁽⁷¹⁾ In generale, si vedano LANZA, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflattivo*, Milano, 2017; BOVE, *La messa alla prova*, Pisa, 2018.

lità dell'istituto, entro la cornice edittale massima dei sei anni, oltre che individuare il Pubblico Ministero quale ulteriore soggetto legittimato a chiederne l'applicazione.

Per effetto del d.lgs. n. 150/2022, la nuova sospensione del procedimento con messa alla prova ⁽⁷²⁾ non abbandona, sotto il profilo dell'area di estensione oggettiva, i limiti di cui all'art. 168-*bis* c.p. riferiti ai «reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale» ⁽⁷³⁾. L'ampliamento dei reati è stato realizzato attraverso la riforma dell'art. 550, comma 2, c.p.p., che ha esteso i reati per i quali si procede con citazione diretta inserendovi diversi reati puniti con pena superiore nel massimo a quattro anni e non superiore a sei.

Pertanto, l'intervento sull'istituto apportato dalla Riforma Cartabia è volto ad estendere l'ambito di applicabilità in due modi.

Innanzitutto, consentendo l'accesso alla messa alla prova anche con riferimento ad ulteriori specifici reati puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori da parte dell'autore compatibili con l'istituto.

L'estensione viene operata in modo nominativo, e quindi selettivo, attraverso, si è detto, il richiamo ai reati individuati dal legislatore della riforma come passibili di citazione diretta: solo per questi sarà possibile accedere alla messa alla prova.

In secondo luogo, prevedendo che la richiesta di sospensione possa essere proposta anche dal Pubblico Ministero. Ciò significa che solo l'imputato, come prima, può chiedere la sospensione, tuttavia, ora «il Pubblico Ministero diviene titolare di un potere di impulso o sollecitazione potendo, in pratica, suggerire all'imputato la possibilità di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova» ⁽⁷⁴⁾.

La ragione di non espropriare l'imputato della titolarità della scelta, come spiegato in varie sedi ⁽⁷⁵⁾, dipende dal doveroso rispetto dell'art. 27, comma 2, Cost., che esprime il principio di presunzione di non colpevolezza, nel senso che l'imputato, chiedendo la MAP rinuncia ad avvalersi della possibilità di contestare l'accusa in dibattimento.

Tra l'altro, ed è una novità assoluta, la proposta del Pubblico Ministero può arrivare già nel corso delle indagini preliminari *ex art. 464-ter*, comma 1, c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 150/2022, che, al comma 1, prevede la possibilità per quest'ultimo, con l'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p., di proporre alla persona sottoposta alle indagini, la sospensione del proce-

⁽⁷²⁾ Sulla quale si segnalano, MADEO, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit.

⁽⁷³⁾ Si rammenti, in particolare, come Sez. Un. pen., 31 marzo 2016, n. 36272, rv. 267238, abbia inteso in modo estensivo la menzione del limite edittale della pena detentiva, poiché esso «va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese quelle ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato».

⁽⁷⁴⁾ Rel. Mass., 120.

⁽⁷⁵⁾ Sul punto sia la Rel. III, sia quella dell'Ufficio del massimario richiamano Corte cost. n. 91/2018, sul punto però vedasi i rilievi di ANDOLINA, *Gli strumenti di deflazione endoprocedurale: prospettive applicative a seguito della riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1367.

dimento con messa alla prova, «indicando la durata e i contenuti essenziali del programma trattamentale»⁽⁷⁶⁾.

4. IL SISTEMA DELLE NUOVE PENE SOSTITUTIVE

Come anticipato, il nuovo sistema delle pene sostitutive intende collocare il carcere come estrema *ratio*, riaffermando il giudice della cognizione come giudice della pena (e non solo del fatto e della responsabilità).

Nel dettaglio l'attuazione della legge delega su questa specifica questione doveva passare attraverso, come anticipato, una riforma radicale delle «sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi», di cui al Capo III della l. 24 novembre 1981, n. 689. Si è, inoltre, già detto come il concetto di pena detentiva «breve» sia cambiato nel tempo (almeno rispetto al limite previsto dall'art. 53, l. n. 689/1981 nella versione originaria) e si sia allineato, nel giudizio di cognizione, con quello individuato in sede di esecuzione dall'art. 656, comma 5, c.p.p. Come più volte ricordato, infatti, il limite di pena detentiva inflitta fino al quale, di norma, il Pubblico Ministero deve sospendere l'ordine di esecuzione, dando al condannato la possibilità di chiedere al tribunale di sorveglianza una misura alternativa alla detenzione, è oggi di quattro anni. Pertanto, nei fatti, la pena detentiva breve, nell'esecuzione penale, è la pena fino a quattro anni, che può essere eseguita *ab initio* fuori dal carcere, previa concessione di una misura alternativa alla detenzione. La scelta della l. n. 134/2021 di allineare il limite massimo della pena sostituibile con quello entro il quale in sede di esecuzione può applicarsi una misura alternativa alla detenzione è succedanea a questo assetto che progressivamente si è venuto a consolidare. Dicevamo, inoltre, come il giudice di cognizione possa applicare immediatamente le nuove pene, di tal che l'alternativa al carcere si realizzi all'esito del giudizio di cognizione. Con la conseguenza, tra l'altro, di impattare, vedremo con quale presumibile esito, l'allarmante fenomeno dei cosiddetti liberi sospesi, cioè soggetti che tali rimangono anche per lungo tempo finché il Tribunale di Sorveglianza, oberato di istanze, decida sulla misura alternativa richiesta.

Il giudice di cognizione, pertanto, quando riterrà di comminare una pena fino a 4 anni non passerà più la palla, come è accaduto finora, al Tribunale di Sorveglianza (che poi deciderà sulla misura alternativa), ma diventerà immediatamente giudice anche della pena, con un inevitabile risvolto responsabilizzante nella individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Rispetto alle nuove pene, inoltre, è affermata la centralità dell'esecuzione penale esterna e il ruolo fondamentale degli uffici per l'esecuzione penale esterna (UEPE), trattandosi, per lo più, di pene programma da eseguirsi nella comunità.

Per ricapitolare, le fonti del nuovo istituto sono l'art. 20-*bis* c.p., che le elenca, mentre la disciplina generale di esse rimane nella l. n. 689/1981, agli artt. 53 ss.

Una breve anticipazione sulla fase applicativa è utile al proseguo dell'analisi: il nuovo art. 545-*bis* del codice di rito, infatti, prevede una udienza di *sentencing*, in cui il giudice può decidere la sostituzione.

⁽⁷⁶⁾ Prosegue sul punto in particolare la Rel. Mass., 121, che «nel formulare tale richiesta, il Pubblico Ministero può avvalersi dell'UEPE che, in base a quanto previsto dall'art. 141-*ter*, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p. (come introdotto dall'art. 41, comma 1, lett. s), d.lgs. n. 150 del 2022), deve fornire le indicazioni richieste nel termine di trenta giorni». Perplesità sul punto espresse da MADEO, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit.

Conclusivamente, quindi, la disciplina delle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi la troviamo collocata in parte all'art. 20-*bis* cit., oltre che negli artt. 53 ss. della l. n. 689/1981 e nell'art. 545-*bis* c.p.p.

Pertanto, sarà il giudice che decide della responsabilità che discrezionalmente potrà irrogare la sostituzione, e, quando sarà compiuta una scelta che non preveda la semilibertà o la «para» detenzione (domiciliare) non potrà neanche essere mantenuta la custodia cautelare in carcere, in quanto l'art. 13, comma 2, lett. e), del decreto attuativo, nel prevedere modifiche al Titolo I del Libro IV del codice di procedura penale, al comma 1, lett. e), ha introdotto il comma 4-*bis* all'art. 300, sancendo l'incompatibilità della prosecuzione delle misure custodiali in caso di condanna a pena sostitutiva non detentiva ⁽⁷⁷⁾.

L'analisi della nuova disciplina deve necessariamente prendere le mosse dall'art. 53 della legge n. 689/1981, novellato, per il quale il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna (o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.), quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di quattro anni, può sostituire tale pena con quelle della semilibertà o della detenzione domiciliare. Cioè in questa fascia di pena ha solo la possibilità di applicare una sostituzione detentiva (semi carceraria o domiciliare). Se ritiene di doverla determinare entro il limite di tre anni, alle due soluzioni detentive si aggiunge la possibilità di sostituirla anche con il lavoro di pubblica utilità. Se, infine, il giudice valuti di stare nei limiti di un anno subentra una opzione aggiuntiva ulteriore: quella della sostituzione con la pena pecuniaria.

Pertanto, « quando la pena detentiva è irrogata entro il limite di un anno, tutte le pene sostitutive possono essere applicate; quando la pena detentiva è irrogata in un *quantum* compreso tra un anno e un giorno a tre anni, possono concorrere il lavoro di pubblica utilità, la detenzione domiciliare e la semilibertà; quando, infine, la pena detentiva è irrogata in un *quantum* compreso tra tre anni e un giorno a quattro anni, possono trovare applicazione, quali pene sostitutive, solo la detenzione domiciliare e la semilibertà » ⁽⁷⁸⁾.

Inoltre, con il decreto penale di condanna, il giudice, su richiesta dell'indagato o del condannato, potrà sostituire la pena detentiva determinata entro il limite di un anno, oltre che con la pena pecuniaria anche con il lavoro di pubblica utilità: quello di disporre con il decreto penale di condanna l'applicazione, oltre che della pena pecuniaria, anche del lavoro di pubblica utilità rappresenta un ulteriore elemento di novità da rimarcare ⁽⁷⁹⁾.

5. IL REQUISITO DEL CONSENSO DEL CONDANNATO

Il meccanismo elaborato dall'art. 545-*bis* c.p.p. è ispirato, si è fatto cenno, al modello del *sentencing* di matrice anglosassone. Peraltro, esso non è del tutto estraneo al nostro ordinamento, che lo conosce nei processi davanti al Giudice di Pace ⁽⁸⁰⁾.

Solo dopo la pubblicazione del dispositivo (ai sensi del vigente art. 545, comma 1, c.p.p.)

⁽⁷⁷⁾ Come rimarcato sempre dalla Rel. Mass., 199.

⁽⁷⁸⁾ Vedasi Rel. Mass., 199 s.

⁽⁷⁹⁾ Sottolineato da DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 5.

⁽⁸⁰⁾ *Ex art.* 33, d.lgs. n. 274/2000, è previsto che, ricorrendo certi presupposti, il giudice possa fissare una nuova udienza per svolgere alcuni accertamenti funzionali all'individuazione della pena più adeguata al caso concreto e — in quella successiva udienza, se ne ricorrono le condizioni — possa « integrare il dispositivo », sul punto così ALVINO, in AA.VV., *La riforma del sistema penale*, cit., 397.

sia il giudice che le parti sono in grado di effettuare una prima valutazione circa la possibile applicazione delle pene sostitutive.

In questo momento, l'imputato personalmente o a mezzo di procuratore speciale (trattasi di un atto personalissimo), può acconsentire alla sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva.

Tuttavia, il giudice, se ritenga di non poter decidere immediatamente, può, ai sensi del citato art. 545-*bis* c.p.p., dedicare una apposita udienza successiva per l'eventuale sostituzione della pena principale, dando modo, nel frattempo, di raccogliere, dall'UEPE o dalla PG, tutte le informazioni utili sull'imputato. Allo stesso modo il giudice può richiedere all'UEPE la proposta di programma trattamentale.

A questo punto, all'udienza dedicata, il giudice disporrà di tutti gli elementi necessari a decidere intorno alla sostituzione. Nel caso in cui propenda in tal senso, egli potrà assumere le definitive determinazioni sul trattamento sanzionatorio. Pertanto, in caso di sostituzione, il giudice integrerà il dispositivo indicando la pena sostitutiva con gli obblighi e le prescrizioni corrispondenti.

In caso contrario, cioè se le informazioni raccolte suggeriscano di non disporre la sostituzione della pena principale con una pena sostitutiva, il giudice confermerà il dispositivo, pubblicando la decisione mediante lettura dello stesso (art. 545-*bis*, comma 3, c.p.p.).

Tutta la procedura applicativa dipende però dalla presenza di un elemento imprescindibile: che l'imputato abbia acconsentito alla sostituzione.

Si tratta di un requisito essenziale per il perfezionamento della fattispecie relativa alla sostituzione.

Tale soluzione si impone perché una eventuale condanna alla pena sostitutiva, da un lato impedisce al condannato di accedere alle misure alternative alla detenzione (e tra queste il ben più mite affidamento in prova al servizio sociale).

Dall'altro, perché, nel caso di sostituzione con il LPU, la sentenza di condanna non sarebbe appellabile.

In quest'ultimo caso occorre poi ricordare come in assenza di consenso verrebbe ad essere violato l'art. 4 CEDU che vieta l'imposizione del lavoro forzato quale sanzione penale.

Il tema del consenso alla sostituzione appare « scivoloso » per tutta una serie di considerazioni, alcune delle quali, come vedremo meglio di seguito, rischiano di compromettere in radice che il meccanismo della sostituzione raggiunga i risultati sperati dal legislatore.

In una ottica endoprocessuale occorre fin da subito osservare che, innanzitutto, acconsentire alla sostituzione immediatamente dopo la pubblicazione del dispositivo di condanna, « rischia di essere interpretata, nella prassi, come un'acquiescenza alla decisione, che difficilmente potrà provenire dall'imputato che, ad esempio, si sia proclamato nel corso del giudizio estraneo all'addebito d'accusa o che abbia interesse a contestare l'entità del trattamento sanzionatorio » ⁽⁸¹⁾.

⁽⁸¹⁾ Per questa ed altre acute considerazioni in merito si rinvia a ALVINO, *op. cit.*, spec. 399 ss. L'A. ad esempio richiama anche « i profili relativi al possibile pregiudizio, nei gradi successivi, contro l'imputato appellante o ricorrente, conseguente alla conoscenza da parte del giudice "superiore" degli elementi raccolti nel corso dell'indagine funzionale alla individualizzazione del trattamento sostitutivo », come pure si rammenta che la rinuncia all'appello conseguente all'adesione da parte dell'imputato alla pena del lavoro di pubblica utilità sostitutivo « può

D'altra parte, il consenso svolge anche una funzione teleologica dalla quale non pare potersi prescindere: esso, in tal senso, assume un valore «positivo», perché testimonia l'adesione dell'imputato al progetto rieducativo che è insito nella sostituzione. In questo modo l'elemento del consenso è coerente con la necessità che l'imputato dichiari in anticipo la propria disponibilità e il proprio impegno a realizzare il progetto rieducativo sostitutivo. In altre parole, senza il consenso ben difficilmente la pena sostitutiva potrebbe avere successo ⁽⁸²⁾.

Tuttavia, l'art. 545-bis circoscrive la necessità del consenso a tutte le pene sostitutive tranne che per la pena pecuniaria (la norma infatti parla di consenso alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa da quella pecuniaria). In questo caso, potrà darsi sostituzione a prescindere dal consenso dell'imputato. In definitiva, dunque, senza consenso non si potrà applicare la semilibertà, la detenzione domiciliare né si potrà imporre il LPU ⁽⁸³⁾. La pena pecuniaria invece sì.

Tale scelta del legislatore, al di là del profilo teleologico, non aveva grosse alternative, lo si deve ripetere, perché il consenso, a parte l'evidenza di una sua presenza per il LPU (per l'ovvia ragione che l'art. 4 CEDU vieta lavori forzati od obbligatori) diventa necessario perché il meccanismo della sostituzione è per diversi aspetti derogatorio a quello ordinario, più denso di garanzie per il condannato, giacché, come si è detto, la sanzione del LPU non può essere impugnata e le pene sostitutive non possono essere sospese ed anzi esse sono immediatamente esecutive [non operando il meccanismo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p.].

Quella della consensualità della sostituzione appare, dunque, imposta; non di meno costituisce, come vedremo, il maggiore punto di debolezza del nuovo sistema.

apparire un elemento disincentivante, dovendo essere manifestata in un momento in cui alla parte è noto il solo dispositivo e non anche le ragioni della decisione».

⁽⁸²⁾ Sul punto sempre ALVINO, *op. cit.*, 399.

⁽⁸³⁾ Rispetto al lavoro di pubblica utilità FIORENTIN, *op. cit.*, 180, parla di non opposizione piuttosto che di consenso.

