L'IRCOCERVO
PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY - GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

La finalità rieducativa nel prisma delle pene sostitutive, fra discrezionalità del giudice ed esigenze di razionalità del giudizio

Pietro Maria Sabella

Università Luiss Guido Carli

Abstract: **The Reeducative Purpose of Criminal Punishment in the Prism of "Substitutive Sanctions", Between Judge's Discretion and the Demand of Rationality**
This paper firstly dwells on the current and increasingly serious issues concerning jail detention as a re-educational punishment for offences of medium-low seriousness and on the advantages and limits of the criminal policies that have intervened to overcome the Italian mono-sanctioning system. In particular, Legislative Decree No. 150/2022 fits into this groove, taking a significant step forward. However, the regulatory framework governing the application of today's "substitute penalties" could give rise to problems of effectiveness in the near future. In particular, with respect to the knot created over the broad scope of the judge's discretion, which now intervenes in an essentially biphasic process, and to the use of the criteria for commensuration of the penalty.

The contribution attempts to outline the most problematic profiles, trying to offer some expedients, such as the use of *guidelines*, in an attempt to identify rational references for the exercise of the jurisdictional function of selecting an alternative resocializing sanction.

Keywords: Alternatives to Jail Detention, Substitutive Criminal Sanctions, Reeducation of the Punishment, Judge's Discretion, Guide-lines.

Sommario: 1. Ineffettività della pena carceraria e crisi del sistema penitenziario rieducativo – 2. Tentativi di riforma: le alternative al carcere come pene principali – 3. La riforma *Cartabia* sul complesso punitivo: l'adesione al "modello sostitutivo" e il ruolo del giudice nella definizione della pena – 4. Discrezionalità del giudice: quale criterio finalistico per la sostituzione della pena? – 5. Esigenze di razionalità del giudizio: l'uso di strumenti di *soft-law* in attesa di un intervento *de jure condendo* – 6. Le *linee guida*: una proposta – 7. Conclusioni e prospettive.

1. Ineffettività della pena carceraria e crisi del sistema penitenziario rieducativo

L'interrogativo circa la capacità della pena contemporanea di orientarsi a favore di una concreta finalità rieducativa appare oggi riproporsi alla luce delle novità introdotte con la c.d. "Riforma Cartabia", che ha previsto l'introduzione di un

© L'Ircocervo, 23 (2024) n. 2 ISSN 1722-392X
Special issue: T. Snarski e T.G. Tasso (eds.),
The Concept of Punishment. Justice, Human Rights and Mercy,
https://doi.org/10.57581/LIRCOCERVO.23.2024.2.11

sistema di pene sostitutive alla reclusione carceraria, per reati puniti fino ad un massimo di quattro anni[1].

Il d.lgs. n. 150/2022 ha infatti arricchito il catalogo sanzionatorio di un insieme di strumenti punitivi destinati a contrastare la pena detentiva, in considerazione del generale sfavore che la letteratura tradizionalmente[2] nutre nei confronti di pene detentive che abbiano una durata complessivamente ridotta.

Ciò in virtù del fatto che, alla luce delle drammatiche condizioni delle carceri italiane in cui i detenuti sono costretti ad alloggiare e della scarsità di risorse investite in attività trattamentali rieducative inframurarie, la permanenza per brevi periodi di tempo all'interno dell'istituto di pena produce effetti desocializzanti, se non criminogeni, con costi individuali e sociali rilevanti in termini di aumento del tasso di recidiva e diminuzione della sicurezza sociale.

Ed infatti, la pena carceraria sconta ancora oggi l'esistenza di una molteplicità di problematiche che nel corso del tempo ne hanno accentuato la "crisi"[3], fino a farne emergere *in toto* i limiti e le contraddizioni[4] legate alla duplice natura di "rimedio" e di *φάρμακον*[5].

Il "carcere"[6] rappresenta un'autentica dimensione spazio-temporale isolata, un'enclave, in cui il condannato non si trova solo ad essere relegato ed escluso dalla società "dei giusti" in funzione di espiazione per il crimine commesso, ma a subire

[1] Per un primo commento, si rinvia a G.L. Gatta, "Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'", in *Sist. Pen.*, (2021), p. 5. (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1634284469_gatta-2021a-legge-134-2021-riforma-cartabia-giustizia-penale.pdf).

[2] In particolare, si fa riferimento alla preoccupazione espressa già nella seconda metà dell'800 da alcuna dottrina tedesca, che evidenziava come un eccessivo ricorso al carcere potesse sostanzialmente anche incidere in negativo sull'efficacia deterrente e general prevista della pena, dato che un uso indistinto fra diversi livelli di gravità del fatto di reato provocherebbe anche la perdita della percezione stessa della differenza fra reati più e meno gravi, si veda F. Liszt, "Kriminalpolitische Aufgaben", in Id., *Strafrechtliche Aufsatze und Vortrage*, De Gruiter, Berlino, rist. 2011, pp. 347 ss.; F. Von Holtzendorff, "Die Strafrechtsreformvorschlage von Bonneville de Marsangy", in Id., *Allgemeine Strafrechtszeitung*, Antigonos, Berlino, rist. 2024.

[3] Si rimanda in particolare a F. Palazzo, "Crisi del carcere e culture di riforma", in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, (2017), n. 4, pp. 7 ss. Di "crisi" della pena in generale ne parla U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019, p. 201.

[4] Vedi, M. Foucault, *Alternative alla prigione*, trad. it., Piccola Biblioteca, Vicenza, 2020, p. 31, in cui l'A., alla luce delle contraddizioni che animano l'istituto, definisce il carcere "illegalismo istituzionalizzato". U. Curi, "I paradossi della pena", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2013), n. 3, p. 1077; P. Ricoeur, *Il diritto di punire*, trad. it., Morcelliana, Brescia, 2012, pp. 19-21, sull'intrinseca "aporia della razionalità della pena"; F. Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1962, p. 46.

[5] Cfr. D. Pulitanò, "Sulla pena. Fra teoria, principi e politica", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2016), n. 2, p. 643.

[6] Si tratta in realtà di un termine inesistente nell'articolato normativo attuale; ne discute approfonditamente T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa University Press, Pisa, 2014, p. 9.

quello che la Corte Costituzionale ha definito tempo addietro come il "*disconoscimento delle posizioni soggettive*"[7].

L'ingresso in struttura carceraria prevede, infatti, la compressione legittima di una serie di prerogative e facoltà strettamente connesse all'esercizio della libertà individuale che, tuttavia, a causa delle condizioni in cui ha luogo la custodia, trascende di frequente il limite fissato dal perimetro normativo per tramutarsi patologicamente in un supplizio[8], corporale e spirituale[9], che perde i connotati tipici della pena moderna, per diventare l'"eccesso" descritto da Focault[10], lesivo del principio di "stretta legalità penale"[11].

Basti pensare all'assenza di spazi sufficienti per l'espletamento di attività quotidiane personali e comuni, alla mancanza di servizi adeguati, di luoghi di ritrovo, di studio, di sport e crescita culturale, di professione religiosa, alla già citata scarsa disponibilità di percorsi trattamentali riabilitativi e risocializzanti, alle difficoltà di accesso ai rapporti parentali e di affettività, particolarmente evidenti durante tutta la crisi pandemica[12].

Il carcere, del resto, è sempre stato percepito quale elemento "altro" rispetto al contesto sociale e produttivo, in cui ogni individuo mira a collocarsi, e a diventare nell'immaginario comune luogo della *dissociazione*, di destinazione necessaria e obbligata per il criminale che la società, in un'ottica kantiana di liberazione dal torto arrecato[13] – chiama inevitabilmente a "soffrire".

[7] Vedi Corte Cost., sentenza 11 febbraio 1999, n. 26, in cui si fa presente che "l'art. 27, terzo comma, della Costituzione stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Tali statuizioni di principio, nel concreto operare dell'ordinamento, si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. Cosicché l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione delle loro libertà".

[8] Sugli aspetti più desolanti della pena e sui possibili rimedi, si veda, P. Ricoeur, *op. cit.*, pp. 59 ss.

[9] Cfr. A.C. Amato Mangiameli, "La sanzione nell'esperienza giuridica", in *Riv. Fil. Dir.*, XII (2023), n. 1, pp. 76-79.

[10] Vedi, M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., Einaudi, Torino, 2014, pp. 18-35.

[11] Cfr. L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2024, p. 197. Per alcune riflessioni sugli eccessi che conducono a forme di "ingiustizia legalizzata, vedi L. Avitabile, "Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Giovanni Vassalli", in *Arch. Pen.*, (2018), n. 1, pp. 11 ss.

[12] Vedi, G.M. Flick, "Il carcere in Italia all'inizio del terzo millennio", in *Lo Stato*, (2021), n. 17, pp. 173 ss.; E. Dolcini, "Carcere e Covid-19: una cronistoria. Dal decreto "cura Italia al "decreto ristori", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2021), n. 1 pp. 3 ss.

[13] Cfr. I. Kant, *La metafisica dei costumi*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 5ª ed., 2018, p. 165.

La separazione sociale e culturale dei luoghi, delle persone e delle anime[14], dopo la breve stagione solidaristico-liberale degli anni '70[15], ha foraggiato così la progressiva fuoriuscita dell'istituzione penitenziaria dal panorama degli interessi pubblici, delle riforme, degli investimenti e finanche dall'attenzione dell'opinione pubblica, se non in rari casi.

Conseguenza è stata nel tempo lo scarso investimento di risorse finanziare per la riqualificazione delle strutture, degli ambienti comuni e individuali, per l'implementazione del personale di polizia penitenziaria e amministrativa (*in primis* funzionari giuridico-pedagogici, assistenti sociali, psicologi, etc.), per i percorsi formativi, professionalizzanti e lavorativi da mettere a disposizione su vasta scala, quale oggetto del programma trattamentale rieducativo.

In questo modo, la pena detentiva è stata costantemente svuotata di tutte le componenti necessarie per garantirne un funzionamento effettivo, prima ancora che rieducativo, diventando *luogo del nulla* ed incubatore delle più note e attuali patologie del sistema penitenziario, tanto da poter rendere ancora attuale il senso dell'epigrafe latina incisa sulla porta del penitenziario borbonico di Santo Stefano "*donec sancta Themis scelerum tot monstra catenits vinca tenet, stat res, stat tibi tuta domus*"[16].Così, da un lato, l'inadeguatezza e, a volte, la fatiscenza delle infrastrutture e la ristrettezza degli ambienti e delle camere di pernottamento hanno contribuito, a fianco a scelte di politica criminale, all'emersione del fenomeno del sovraffollamento carcerario, divenuto nuovamente emergenza[17]; l'insufficienza di percorsi rieducativi efficaci – nella prospettiva del reingresso in società – ha favorito la recidiva e la criminogenesi nel circuito penitenziario. Senza dimenticare che il carcere ha supplito anche alle carenze di altre e diverse strutture di tipo custodiale, quali le R.E.M.S., non in grado di accogliere tutti i potenziali detenuti-pazienti psichiatrici o con disturbi qualificati[18].

Oltre a ciò, non può essere sottaciuto un dato piuttosto allarmante, che confessa l'inidoneità complessiva della pena carceraria a garantire una custodia tutelante per l'individuo durante la fase esecutiva della pena. I numeri pubblicati

[14] Cfr. M. Horkheimer, T.W. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino, ed. 1966, p. 344, in cui viene evidenziato come la pena detentiva comporti un'"aggressione" e segregazione dell'anima che determina la morte spirituale del detenuto.

[15] Culminata con la l. n. 354/1975, di riforma del sistema penitenziario nell'ottica di un sistema punitivo, oltre che detentivo, più umano e orientato al finalismo rieducativo; per un'analisi critica, vedi E. Dolcini, "La rieducazione del condannato fra mito e realtà", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.,* (1979), n. 2, pp. 469 ss.

[16] "Finché la santa legge tiene tanti scellerati in catene, sta sicuro lo Stato, e la proprietà", vedi L. Settembrini, *Ricordanze della mia vita*, vol. II, Rizzoli, Milano, 1964, p. 323.

[17] Cfr. D. Madeddu, A. Somavilla, I. Kniukstienè, "Carceri, l'emergenza affollamento in Italia e Europa", in *Sole24Ore*, 13/11/2024, pp. 1 ss.

[18] Sul punto, è recentemente intervenuta anche una pronuncia della Corte Costituzionale a sollecitare una riforma di sistema, si veda Corte Cost., sentenza 27 gennaio 2022, n. 22.

dal Garante per i diritti delle persone private della libertà personale[19], confermano in ottantacinque[20] il numero dei suicidi in carcere nel 2022, il valore più alto per annualità dall'inizio di questo secolo, in sessantanove per il 2023[21] e in settantasei al novembre 2024[22].

Il dato preoccupa ancora di più per quanto qui specificamente ci riguarda, poiché evidenzia come la maggior parte dei detenuti coinvolti sia stata destinataria di pene di breve durata, comunque generalmente non superiori ai tre anni e mezzo circa[23]. Il precipitato dell'impatto nocivo che la pena detentiva ha sulla salute e sull'equilibrio psico-fisico dei condannati a pene di breve durata è quantomeno emblematico, poiché manifesta la capacità del carcere "breve" ad amplificare le debolezze umane senza lasciare filtrare prospettive di recupero.

La detenzione, del resto, incide inevitabilmente su precedenti fragilità del detenuto, quali il livello di abbandono e di isolamento sociale ed affettivo, la mancanza di lavoro o di istruzione, la tossicodipendenza, alle quali poi si aggiunge l'insufficienza della fase esecutiva della pena a perseguire finalità rieducative, a fornire una prospettiva di "speranza", così accentuando conseguenze devastanti sulla psiche del singolo individuo.

Ecco che proprio con riferimento alle condanne di breve durata, la pena carceraria tende a smarrire ancora di più le proprie giustificazioni coerenti con un ordinamento costituzionale moderno, appiattendosi sullo sfondo di una funzione meramente afflittiva, espressione di una compensazione per il fatto commesso, che produce una duplice conseguenza.

Da un lato, di perdere terreno sul piano della capacità di difesa sociale e di deterrenza, dato che la minaccia della sanzione carceraria, laddove sia indiscriminata rispetto alla gravità del fatto e alla colpevolezza non rappresenta più una "catena psichica efficace"[24] e non previene la commissione dei fatti di criminalità medio-bassa.

[19] Si veda, Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (2023), "Relazione al Parlamento 2023. Mappe e dati", in *Garante Nazionale Privati Libertà*. Recuperato da https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/, p. 224, [Data di consultazione: 11/10/2024].
[20] Cfr. Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (2022), "Ricerca del Garante Nazionale sui suicidi in carcere", in *Garante Nazionale Privati Libertà*. Recuperato da https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/, [Data di consultazione: 11/10/2024]; S. Anastasia, "Dramma suicidi in carcere: 77 in un anno è il record del secolo", in *Il Riformista*, 11/11/2022, pp. 1 ss.
[21] Cfr. D. Madeddu, "Il dramma delle carceri tra sovraffollamento e suicidi", in *Sole24Ore*, 31/12/2023, pp. 1 ss.
[22] Vedi, Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (2024), "Focus suicidi in carcere anno 2024", in *Garante Nazionale Privati Libertà*. Recuperato da https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/, [Data di consultazione: 15/11/2024].
[23] Vedi, Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (2023), "Per un'analisi dei suicidi negli istituti penitenziari", in *Garante Nazionale Privati Libertà*. Recuperato da https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/, [Data di consultazione: 18/10/2024].
[24] P. von Feuerbach, *Revision der Grundsatze und Grundbefgriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt Henning, Munchen, 1799, p. 40.

Dall'altro, di non riflettere alcuna capacità di inclusione sociale[25], soprattutto per alcune categorie di persone particolarmente esposte. Basti, infatti, ricordare come uno sguardo agli istituti di pena odierni restituisca l'immagine di un carcere popolato da molti condannati stranieri[26], tossicodipendenti, con disturbi psichiatrici, ovvero di categorie di soggetti sforniti di risorse e che, a causa del proprio *status*, subiscono già una certa emarginazione.

In questi specifici casi, la pena detentiva sembra peraltro assumere una identità ibrida, rivelando alcuni tratti tipici della misura di sicurezza con scopi neutralizzanti, imposta nei confronti di soggetti ritenuti socialmente pericolosi, più per la condizione di isolamento e debolezza sociale, che spaventa il cittadino, che per l'effettiva gravità del fatto commesso.

In questo contesto, la finalità rieducativa della pena detentiva carceraria sembra quasi smarrirsi, dissolversi senza troppe esitazioni e senza particolare eco sociale, se non in concomitanza dei sopra richiamati eventi di cronaca tragici o di rivolte dovute al sovraffollamento, a seguito dei quali l'attenzione collettiva viene mossa da sentimenti di *pietas* e scortata solo temporaneamente da tentativi di adeguamento del trattamento penitenziario al ritorno in società e al rispetto dei diritti umani.

In definitiva, emerge dunque un quadro fallimentare della pena carceraria a soddisfare sia esigenze di prevenzione generale che, per quanto qui specificamente ci riguarda, di prevenzione speciale positiva.

Tuttavia, la previsione costituzionale di cui all'art. 27, 3° comma, Cost., secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione e non devono consistere in trattamenti disumani e degradanti ha, soprattutto negli anni più recenti,

[25] Cfr. M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bononia University Press, Bologna, 2013, p.113; Id., "Processi di ri-carcerizzazione e 'nuove' teorie giustificative della pena", in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, (2000), n. 1-3, pp. 95 ss.

[26] Vedi, Ministero della Giustizia (2024), "Detenuti italiani e stranieri presenti e capienza per istituto – aggiornamento al 31 ottobre 2024", in *Ministero della Giustizia*. Recuperato da https://www.giustizia.it/giustizia/, [Data di consultazione: 15/11/2024].

progressivamente sensibilizzato sia l'agire delle Alte Corti[27] che del Legislatore[28], con l'effetto di muovere contemporaneamente sia il baricentro funzionale della sanzione penale verso un'idea di afflittività come retribuzione necessariamente proporzionata al disvalore oggettivo del fatto compiuto[29], sia la componente finalistica a favore della primazia dell'obiettivo rieducativo del condannato.

Secondo la prospettiva della pena costituzionale, la componente rieducativa dovrebbe porsi come limite alla capacità punitiva statuale nella duplice forma di ostacolo alla previsione di pene sproporzionate rispetto alla gravità del fatto, che di sanzioni principalmente neutralizzanti e come tale escludenti dal circuito sociale.

In questo senso, l'intera fase esecutiva della pena dovrebbe caratterizzarsi per offrire al reo la costante possibilità di aderire alla legalità, quantomeno intesa nella sua forma esteriore[30], di rispetto delle regole, ed essere costituita da prescrizioni ed attività trattamentali in grado agevolare il processo di compartecipazione alle dinamiche sociali ed economiche della comunità.

[27] In particolare, si fa qui riferimento alla pronuncia della Corte Costituzionale con cui è stata affermata la natura polifunzionale della pena, ovvero Corte Cost., sentenza 26 giugno 1990, n. 313. Per un commento in dottrina, E. Dolcini, "Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (1990), n. 3, pp. 797 ss.; G. Fiandaca, "Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale", in *Foro It.*, (1990), n.1, pp. 2385 ss. Più di recente, si ricorda l'importanza della sentenza della Corte Cost., sentenza 4 dicembre 2019, n. 253, in materia di ostacolo all'accesso a benefici premiali, con commento di S. Bernardi, "Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253", in *Osservatorio costituzionale*, (2020), n. 2, pp. 324 ss.; G. Dodaro, "L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio, ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2020), n. 1., pp. 259 ss.; A. Santangelo, "Nuovi profili di illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso o il permesso di sperare?", in *Cass. Pen.*, (2020), n. 7-8, pp. 2777 ss.; M. Ruotolo, "Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale", in *Sist. Pen.*, (2019), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/it/documenti/reati-ostativi-e-permessi-premio-conseguenze-sentenza-253-del-2019-corte-costituzionale).

[28] Dirimente il Messaggio alle Camere dell'allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, in materia di sovraffollamento carcerario e umanizzazione del sistema penitenziario, cfr. G. Napolitano, "Messaggio alle Camere del Presidente Napolitano sulle condizioni delle carceri italiane", in *Penale Contemporaneo* (2013), pp. 1 ss. (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1381299113Messaggio%20Napolitano.pdf).

[29] Di particolare importanza gli interventi della Corte Costituzionale in materia di proporzionalità della pena, vedi Corte Cost., sentenza del 24 aprile 2020, n. 73; Corte Cost., sentenza dell'8 marzo 2019, n. 40; Corte Cost., sentenza del 10 novembre 2016, n. 236. Per un approfondimento sul tema della proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, si veda F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022.

[30] Da ultimo, G. Fiandaca, "Considerazioni su rieducazione e riparazione", in *Sist. Pen.*, (2023), p. 144 (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1699534555_fiandaca-102023.pdf); Id., "Commento all'art. 27, comma 3, Cost.", in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1991, pp. 221 ss.

I tentativi registrati sono stati molteplici ed i risultati ottenuti, a volte, deludenti e non particolarmente incisivi.

Il legislatore, infatti, si è mosso percorrendo varie strade, intervenendo tuttavia principalmente più con lo scopo di alleggerire le presenze in carcere che di definire delle pene che in una dimensione concreta siano idonee a garantire la duplice e interconnessa finalità special preventiva, di recupero del reo, e general preventiva, di sicurezza sociale, grazie alla fuoriuscita dell'individuo dal circuito criminale e da successive occasioni di illecito.

Più di recente, sempre mediante la riforma Cartabia, l'ordinamento si è arricchito di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa[31], la quale offre sicuramente ampie prospettive di indagine in merito alla funzione della pena e agli obiettivi che la potestà punitiva statuale si impone nel prossimo futuro, ma che si pone, allo stesso tempo e in termini di finalità, su di un piano differente da quello specificamente rieducativo, così come tradizionalmente inteso.

Eppure, la riparazione, agendo sul piano della ricomposizione sia personale, fra vittima e reo, che sociale rispetto al delitto commesso, può comunque rappresentare uno strumento in grado di agevolare un processo graduale di rieducazione, poiché muove dal presupposto che il reo debba, prima di tutto, riconoscere gli effetti negativi della propria condotta, impegnarsi nel porvi rimedio e mettersi successivamente a confronto con le esigenze di legalità richieste dalla società.

Tuttavia, affinché si possa giungere ad un livello di integrazione fra giustizia riparativa, processo ed esecuzione penale, in un'ottica di complementare intervento statuale a tutela di tutte le parti coinvolte dal delitto, sarà necessario il compimento di un processo di elaborazione culturale collettiva, oltre che degli operatori del diritto, che ancora stenta a diffondersi e a radicarsi a causa di un latente scetticismo.

Nel frattempo, può dunque essere opportuno indagare sul prossimo futuro della finalità rieducativa della pena, verificando se il modello punitivo sostitutivo introdotto dal legislatore del 2022 per le condanne a pene di breve durata sia effettivamente in grado, non solo di scoraggiare l'uso della pena detentiva, ma di rappresentare concretamente un efficace veicolo per il processo di rieducazione del condannato.

2. Tentativi di riforma: le alternative al carcere come pene principali

Come anticipato, la riforma del sistema sanzionatorio penale del 2022 si inserisce sul solco di diverse proposte di riforma con le quali il legislatore ha inteso riordinare il sistema punitivo in aderenza ad una preminente finalità rieducativa della pena. In

[31] A. Ceretti, G. Mannozzi, C. Mazzucato (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. La disciplina organica della giustizia riparativa*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2024.

questo contesto, l'"alternativa"[32] al carcere è stata assunta quale paradigma di innovazione, poiché idonea al contempo a perseguire ora finalità deflattive, ma anche finalità rieducative.

Le pene alternative, intese come *genus* differenziato rispetto alla pena carceraria, si caratterizzano, infatti, non solo per una minore incidenza sulla libertà personale che comporta o l'esclusione della permanenza in carcere o una sua riduzione, ma per essere compendiate da un insieme di prescrizioni che prevedono anche l'accesso a percorsi di formazione professionale, lavoro ed istruzione, senz'altro utili rispetto alla dinamica risocializzante[33].

Sul punto, infatti, recenti studi[34] stanno sempre di più confermando come formazione, professionalizzazione e lavoro, contribuiscano fortemente all'abbattimento del tasso di recidiva, grazie alla capacità della leva economica derivante da un'occupazione lavorativa di favorire la fuoriuscita dell'ex detenuto dal circuito criminoso.

In particolar modo, l'esigenza di dotare il sistema penale di un catalogo punitivo diversificato si è posto[35] soprattutto rispetto ai fatti rientranti nella sfera di criminalità medio-bassa, destinati ad essere attinti da pena detentiva di breve durata, e ciò in virtù di due ordini di ragioni, fra di loro complementari.

[32] Per come lo intende in senso di "contenuto sanzionatorio diverso dalla detenzione carceraria" F. Palazzo, "Quale futuro per le 'pene alternative?'", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2019), n. 1, p. 540.
[33] Intorno al tema delle alternative al carcere è sufficiente qui ricordare che il primo Convegno dell'*Unione Internationale de Droit Penal (UIDP)*, tenutosi a Bruxelles nel 1889 ha avuto ad oggetto il tema delle pene detentive brevi e degli strumenti di deflazione carceraria; si veda *Bulletin de l'Union internationale de droit penal*, 1° annèe, Berlin et Bruxelles, 1889, pp. 28 ss. Nelle ultime decadi il tema ha interessato molti Autori, fra i quali E. Dolcini, "Alternative, alla pena detentiva breve, alla pena detentiva, alla pena. I progressi segnati dalla riforma Cartabia", in M.M. Scoletta, C. Perini, C. Sotis, G. Mannozzi, S.B. Taverriti (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffré, Milano, 2022, pp. 369 ss.; G.L. Gatta, "Alternative al carcere", in M.M. Scoletta, C. Perini, C. Sotis, G. Mannozzi, S.B. Taverriti (a cura di), *op. cit.*, pp. 1239 ss.; F. Palazzo, "Presente, futuro e futuribile della pena carceraria", in F. Basile, G.L. Gatta, C.E. Paliero, F. Viganò (a cura di), *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffré, Milano, 2018, pp. 521 ss.; F. Palazzo, "Crisi del carcere e culture di riforma", cit., pp. 7 ss.; M. Venturoli, "Verso il riconoscimento di nuove pene principali non carcerarie: la pena domiciliare tra deflazione penitenziaria e umanizzazione del sistema penale", in *Cass. Pen.*, (2015), n.4, p. 1664-1689; L. Eusebi, "La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2013), n. 3, pp. 1307 ss.; F. Palazzo, "Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale", in *Dir. Pen. Proc.*, (2013), n. 1, pp. 101 ss.; G. Marinucci, "Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2000), n. 1, pp. 160 ss.; E. Dolcini, C. E. Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffré, Milano, 1989; G. Marinucci, "Politica criminale e riforma del diritto penale", in *Jus*, (1974), pp. 463 ss.
[34] Cfr. CNEL (2024), "Recidiva Zero". Studio, formazione e lavoro in carcere: dalle esperienze progettuali alle azioni di sistema in carcere e fuori dal carcere", in *CNEL*. Recuperato da https://www.cnel.it/, [Data di consultazione: 11/11/2024]; Cfr. E. Di Benedetto, "ESG e Carcere. L'inclusione possibile", in *ESG-Carcere*, 7 maggio 2024, pp. 1 ss.
[35] Fra tutti, T. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffré, Milano, 1981.

Il primo, che risponde al paradigma del "diritto penale minimo"[36] di ispirazione liberale, prevede che la sanzione penale, per non riflettere un arbitrio, debba limitare la libertà personale del reo imponendo il minor sacrificio possibile in relazione alla gravità del fatto di reato commesso e al grado di colpevolezza, così da assicurare l'applicazione di una pena proporzionata.

Il secondo di natura metagiuridica, attiene alla particolare inadeguatezza della pena detentiva carceraria a svolgere efficacemente una funzione di prevenzione speciale positiva nei confronti di soggetti condannati per periodi brevi di tempo[37], proprio perché la "breve" durata della detenzione non consente al reo di usufruire adeguatamente di un programma trattamentale composito ed individualizzato.

Sul punto, le opzioni di politica criminale non sono state univoche e si sono sviluppate secondo due principali direttrici.

In alcuni casi, il legislatore ha proposto di ampliare l'arsenale sanzionatorio, attraverso la predisposizione di pene principali alternative pienamente equiparate alla detenzione carceraria, da applicare per espressa previsione di legge.

Di contro, in altri, il legislatore ha qualificato le alternative alla detenzione carceraria come *sanzioni sostitutive*, da applicarsi in via surrogatoria alla detenzione carceraria, che rimane pur sempre la prevalente pena principale, in presenza di alcune circostanze soggettive e oggettive poste al vaglio del potere discrezionale del giudice.

I progetti di riforma[38] che collocano le alternative alla detenzione in carcere fra le pene principali, hanno sicuramente il vantaggio di superare formalmente e

[36] Cfr. L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 19, secondo il quale, riprendendo la massima di Beccaria per cui la pena "dev'essere la minima delle possibili nelle date circostanze", il "diritto penale minimo" ha due accezioni: la prima, di matrice meta-teorica, che giustifica il diritto penale solamente se in grado di prevenire o minimizzare sia l'offesa a beni e a diritti fondamentali sia le punizioni arbitrarie; la seconda, di carattere normativo, individua l'insieme delle garanzie penali e processuali idonee a soddisfare le finalità di cui sopra. Sul tema del "diritto penale minimo", seppur con declinazioni differenti, si veda anche G. Marinucci, E. Dolcini, "Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (1999), n. 3, p. 802, i quali, ricostruendo le varie declinazioni teoriche emerse in materia, condividono l'assunto che la pena detentiva debba agire quale *ultima ratio* in conformità ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, senza tuttavia che il diritto penale si ritragga dal regolare e punire forme di criminalità complessa a scapito della tutela di interessi collettivi.

[37] Cfr. P. Nuvolone, "Relazione introduttiva", in Aa.Vv., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti del Convegno*, Giuffré, Milano, 1977, p. 5; G. Grasso, "Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: osservazioni critiche ad un recente progetto di legge", in *Jus*, (1980), pp. 258 ss.

[38] Fra questi, Progetto *Grosso* (1998-2000), Si veda, Commissione Grosso (1998), "Relazione Progetto Preliminare di Riforma del Codice Penale", in *Ministero della Giustizia*. Recuperato da https://www.giustizia.it/giustizia/ [Data di consultazione: 11/11/2024]; vedi C.F. Grosso, "Relazione introduttiva: presentazione del progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale", in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto* Grosso, Jovene, Napoli, 2003, pp. 20 ss.; G. Vassalli, "Riforma del codice penale, se, come

strutturalmente il vincolo del monopolio della pena della reclusione e consentire l'accesso diretto del condannato a pene tecnicamente più adeguate al precetto risocializzante della pena.

Le pene alternative, infatti, vengono irrogate dal giudice di cognizione sulla base di riferimenti edittali definiti astrattamente dal legislatore, inibendo in tal modo *ab origine*, l'accesso al carcere, salvo la possibilità di prevedere un "ritorno", in caso di fallimento dell'alternatività.

In coerenza a tale modello, la pena detentiva non carceraria o alternativa *tout court* alla restrizione della libertà personale in struttura penitenziaria prescinde, dunque, da una logica discrezionale, tipica ad esempio dell'impianto della l. n. 689/1981, sulle sanzioni sostitutive o della legge n. 354/1975[39], in cui le misure di affidamento in prova al servizio sociale, ex art. 47 ord. pen., o di detenzione domiciliare, *ex* art. 47-*ter* ord. pen., vengono applicate in fase esecutiva.

In definitiva, un impianto punitivo polisanzionatorio, fondato su pene edittali alternative[40] di vario genere, quali possono essere pene pecuniarie e patrimoniali – come la confisca[41], interdittive, impositive di un *facere*, e non solo restrittive della libertà personale, ha il pregio di individuare in ciascuna pena un'"unità di misura"[42] del disvalore oggettivo del fatto, secondo un preciso schema di gradualità dell'afflittività della sanzione penale, che pone indefettibilmente il carcere quale *extrema ratio*.

Nel tempo, le proposte di provvedimenti aventi ad oggetto pene alternative edittali – che in questa sede non è possibile riproporre singolarmente – hanno puntato ora a fornire le singole fattispecie incriminatrici di una pena diversa dal carcere[43], ora invece, ad effettuare una rivisitazione complessiva del catalogo di pene principali, di cui all'art. 17 c.p.[44], allo scopo di cristallizzarne la natura a monte.

e quando", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2002), n. 1, pp. 10-38; E. Dolcini, "Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2001), n. 3, pp. 823 ss.; M. Donini., "La sintassi del rapporto fatto/autore nel 'Progetto Grosso'", in *Crit. Dir.*, (2001), pp. 257 ss.; Progetto di Riforma *Pisapia* (2007), per un approfondimento sul progetto Pisapia, si rimanda a A. Cavaliere, "Luci e ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007", in C. Fiore, S. Moccia, A. Cavalieri (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 635 ss.

[39] Cfr. F. Palazzo, "Riforma del sistema sanzionatorio", cit., p. 105.

[40] Come definite da F. Palazzo, "Quale futuro per le 'pene alternative'"?, cit., p. 540.

[41] *Ivi*, p. 552.

[42] Cfr. C. Perini, "Le pene alternative edittali: il progetto e la politica criminale", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2022), n. 1 p. 280.

[43] Si rimanda all'impostazione delle sanzioni alternative autonome data da E. Dolcini, C.E. Paliero, *op. cit*., pp. 177 ss.

[44] Come avvenuto, ad esempio, con il disegno di legge n. 3596 dell'allora Ministro della Giustizia, Prof.ssa Paola Severino, con cui per la prima volta negli ultimi anni si è fatto riferimento alla detenzione domiciliare come pena principale autonoma all'interno di un novellato art. 17 c.p., si

Una riforma delle pene alternative edittali, in realtà, è stata più volte riproposta nel tempo secondo diverse modalità, anche prima del collasso del sistema penitenziario che ha portato all'intervento della Corte EDU[45], con il duplice obiettivo di voler superare definitivamente la fisionomia monosanzionatoria del sistema penale, sostenere la deflazione carceraria e un'implementazione della componente rieducativa della pena, guardando al contempo alla necessità di agire con riforme sociali ed economiche complementari a quelle penali[46].

Tuttavia, i progetti di riforma orientati a dotare il sistema punitivo di un catalogo di pene alternative principali alla detenzione carceraria non sono stati particolarmente fortunati, arenandosi molto spesso in concomitanza di cambi di governo o di alcune compagini interne alla maggioranza e, di conseguenza, innanzi al mutamento delle sensibilità del legislatore in materia di politica criminale.

Inoltre, non si può trascurare l'impatto che una modifica di questo tipo avrebbe sull'opinione pubblica, tendenzialmente poco predisposta, poiché non correttamente informata, ad accettare una contrazione dell'ambito di applicazione della pena detentiva carceraria, inconsciamente pur sempre percepita come strumento di vendetta[47], a favore di punizioni non così fortemente privativi della libertà personale e di movimento del condannato.

3. La riforma *Cartabia* sul complesso punitivo: l'adesione al "modello sostitutivo" e il ruolo del giudice nella definizione della pena

In altri casi, invece, il legislatore propende per l'opzione "sostitutiva", in forza della quale le pene restrittive extramurarie non sono poste sullo stesso piano ontologico della detenzione carceraria, tanto da essere disciplinate da un articolato normativo esterno al codice penale[48], ma rappresentano uno strumento punitivo suppletivo, da poter utilizzare da parte del giudice di cognizione sulla base di alcune

veda P. Severino, A. Gullo, C. Caporale, "Ripensare il sistema sanzionatorio penale", in *Future of science and Ethics*, (2016), n. 1, pp. 70 ss.

[45] Cfr. Corte EDU, sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013, definita 28 maggio 2013 (ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10), con commento, *ex multis*, M. Dova, "Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* (2013), n. 2, pp. 948 ss.; F. 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 *Dir. Pen. Cont.*, (2013), pp. 1 ss. (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1990-sentenza-pilota-della-corte-edu-sul-sovraffollamento-delle-carceri-italiane-il-nostro-paese-chiamat).

[46] Si veda, F. Bricola, "Le misure alternative alla pena nel quadro di una 'nuova' politica criminale", in Aa.Vv., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, cit., p. 413.

[47] Cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 5.

[48] Di rilievo, sui limiti intrinseci alla collocazione di sanzioni diverse dalla detenzione in una legge estranea al codice penale vedi F. Mantovani, "Pene e misure alternative nel sistema vigente", in Aa.Vv., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, cit., pp 28-29.

specifiche circostanze e allorché ritenga che il reo si astenga dalla commissione di nuovi reati, adempiendo di contro alle prescrizioni date.

In pratica, l'impiego della pena sostitutiva non dipende dalla semplice attuazione di una prescrizione legislativa astratta, sostanzialmente definita intorno al regime edittale, ma da una valutazione discrezionale del giudice – solitamente della cognizione – sul caso concreto, il quale assume pertanto un ruolo preminente, se non fondamentale, nella definizione della risposta statuale al reato commesso, selezionando non solo il *quantum*, ma soprattutto il tipo di pena da irrogare.

Si tratta dunque di un modello, fortemente individualizzante[49], che richiede al giudice di svolgere un esame prognostico per accertare la "meritevolezza" dell'individuo ad accedere alle pene sostitutive, sulla base di quattro parametri di massima: 1) l'aderenza tra il fatto concreto e i livelli edittali previsti dal legislatore; 2) la presenza di condizioni oggettive non ostative; 3) di condizioni soggettive connesse alla figura e alla personalità del reo; 4) la capacità della pena irrogata di poter esprimere finalità rieducative[50]. La pena sostitutiva è sempre revocabile in fase di esecuzione, in presenza di circostanze che evidenzino una sopravvenuta inidoneità.

L'opzione sostitutiva ha il pregio di collocare sul piano individuale la ponderazione della pena, consentendo che venga definita, almeno sulla carta, nel modo più pertinente al caso di specie, in relazione al disvalore del fatto, alla colpevolezza e alla capacità a delinquere del reo ma, al tempo stesso, lo svantaggio di far scivolare la modulazione della finalità della potestà punitiva dalle mani del legislatore a quelle del singolo giudice.

Il giudice della cognizione viene infatti investito dell'onere di comporre tutti gli elementi definitori della pena: la qualità, il tipo, la durata, i contenuti prescrittivi e i divieti, fissando così, di volta in volta, il punto di equilibrio specifico fra le varie finalità che la pena può perseguire, con l'esito non per nulla scontato, che il fine rieducativo possa pur sempre recedere innanzi ad esigenze retributive o di rassicurazione sociale.

L'attribuzione al giudice della cognizione di un così ampio dominio punitivo può determinare, pertanto, non solo lo scollamento fra politica criminale, volontà legislativa e prassi, dato che con questo sistema viene appunto rimesso al singolo giudice la scelta sanzionatoria, ma principalmente la fortuna o il canto da *requiem aeternam* della riforma, laddove, come già accaduto con la legge n. 689/1981 in materia di sanzioni sostitutive, le pene sostitutive rimangano marginali nel panorama sanzionatorio.

Infine, secondo una prospettiva prettamente politica, l'opzione sostitutiva, come dimostra proprio il d.lgs. n. 150/2022, ha maggior successo poiché, non equiparando le pene sostitutive a quella carceraria – che resta sempre la principale

[49] Sul punto, in tema di individualizzazione della pena, si rimanda a M. Venturoli, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Giappichelli, Torino, 2020.
[50] Cfr. F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, Cedam, Padova, 1982, pp. 60 ss.

–, consente di non scoraggiare l'opinione pubblica circa la capacità delle istituzioni repubblicane di reprimere quelle forme di criminalità medio-bassa, percepite come particolarmente pericolose e che incidono sulla quotidianità del cittadino: si pensi ai piccoli furti e alle truffe, alla cessione di modiche quantità di sostanza stupefacente, etc.

In questo solco e nel contesto di un più ampio disegno riformatore[51], si inserisce la riforma *Cartabia* che, per la parte in cui interviene sull'apparato sanzionatorio penale, si colloca esattamente nell'alveo del modello sostitutivo, ereditando e modificando l'impianto della legge n. 689/1981 in materia di "sanzioni sostitutive"[52].

La riforma non svincola il sistema punitivo dalla predominanza della pena detentiva, ma dota per la prima volta il codice penale di un arsenale di "pene sostitutive alle pene detentive brevi"[53].

L'art. 20-*bis* c.p., introdotto dall'art. 1 del d.lgs. n. 150/2022, individua quattro tipologie di pene sostitutive, ovvero la detenzione domiciliare sostitutiva e la semilibertà sostitutiva da applicare per fatti puniti fino a quattro anni, il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, per reati puniti fino a tre e la pena pecuniaria sostitutiva per quelli puniti in concreto fino ad un anno.

Lascia fuori, invece, l'affidamento in prova al servizio sociale, originariamente previsto dalla legge delega e pregevole strumento con qualità risocializzanti[54]. Contemporaneamente elimina le precedenti sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, le quali in passato hanno avuto una

[51] Si veda sul punto *ex multis*, F. Palazzo, "Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2023), n. 2, p. 498; G.L. Gatta, "Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'", cit., pp. 3-4; G. Fiandaca, "Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi", in *Sist. Pen.*, (2021), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/fiandaca-efficienza-garanzie-riforma-commissione-lattanzi).

[52] Cfr., F. Palazzo, "I profili di diritto sostanziale della riforma penale", in *Sist. Pen.*, (2021), p. 11. (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1631027253_palazzo-2021b-profili-sostanziali-riforma-penale.pdf).

[53] L'impianto originario è rinvenibile nel Capo III della legge n. 689/1981, in cui semidetenzione, libertà controllata e pena pecuniaria venivano genericamente denominate "sanzioni sostitutive". Cfr. G.L. Gatta, "Riforma Cartabia e sistema sanzionatorio: tra efficienze dell'esecuzione penale ed effettività della pena", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.,* (2023) n. 2, p. 567. La riformulazione lessicale del tipo, da "sanzione sostitutive" a "pena sostitutiva", sebbene possa apparire solo un cambio di etichette, dà tuttavia atto dell'attenzione del legislatore verso la necessità di aprire anche formalmente l'ordinamento penale ad una strumentazione punitiva pluralista, cfr. A. Gullo, "Profili di diritto penale sostanziale nel d.lgs. n. 150/2022", in E.M. Catalano, R.E. Kostoris, R. Orlandi (a cura di), *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati. Riassetti della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 14-15.

[54] L'esclusione dell'affidamento in prova al servizio sociale dalla legge delega è definita il "tallone d'Achille" della riforma, vedi G.L. Gatta, "Riforma Cartabia e sistema sanzionatorio", cit., p. 568. Vedi anche, più di recente, L. Risicato, "La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2023), n. 2, pp. 585 ss.

scarsa, se non del tutto irrilevante applicazione[55] e fornisce un minimo strumento di coordinamento sia fra le pene sostitutive, le misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario e la sospensione condizionale della pena[56].

Per quanto qui è specificamente di interesse, la riforma si caratterizza per aver proiettato il nostro ordinamento penale nell'orbita del procedimento di individualizzazione della pena in chiave rieducativa, in particolar modo, proprio attribuendo al giudice della cognizione il compito di applicare una fra le pene sostitutive previste dall'art. 20-*bis* c.p., in luogo di quella carceraria, già dal momento della condanna.

In particolare, gli art. 53[57] e ss. della legge n. 689/1981, come novellati, enucleano i criteri, le modalità e le circostanze che il giudice della cognizione deve tenere in considerazione per verificare i presupposti di applicazione della pena sostitutiva.

Nel farlo, ai sensi del successivo art. 58, il giudice esercita un significativo potere discrezionale, da orientare a favore della scelta dell'opzione sanzionatoria sostitutiva quando questa risulti più idonea alla rieducazione del condannato, laddove non emerga il pericolo di commissione di altri reati e in presenza di "fondati motivi" che consentono di ritenere che le prescrizioni date verranno osservate.

[55] Le statistiche del Ministero della Giustizia confermano d'altra parte il successo applicativo della sospensione condizionale della pena: il 50% delle condanne a pena detentiva di qualsiasi ammontare, nel decennio 2011-2021, è infatti rappresentato da condanne a pena sospesa. Per contro, la pressoché irrilevante applicazione delle pene sostitutive di cui all'art. 53 l. n. 689/1981 è testimoniata, emblematicamente, dai dati relativi alla semidetenzione – che ha interessato nel 2021 solo 11 persone – e alla libertà controllata – che ha interessato nello stesso anno solo 540 persone. Di qui la scelta del legislatore delegante di abolire tali sanzioni sostitutive di introdurre *ex novo* una disciplina organica. Cfr. Commissione "Lattanzi" (2021), "Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134", in *Ministero della Giustizia*, p. 185. Recuperato da https://www.giustizia.it/giustizia/, [Data di consultazione: 11/11/2024]. Per un commento sui tassi molto bassi di effettività delle sanzioni sostitutive, cfr. G. Mannozzi, "La diversion. Gli istituti funzionali all'estinzione del reato tra processo e mediazione", in *Discrimen*, (2019), p. 4. (https://discrimen.it/wp-content/uploads/Mannozzi-La-diversion.pdf); F. Palazzo, "Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive 'ex officio'", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* (1986), n. 3, p. 681.

[56] Per alcuni dati statistici relativi a tali sanzioni, cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, XI ed., Giuffré, Milano, 2022, p. 777.

[57] Art. 53 l. n. 689/1981: "Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di quattro anni, può sostituire tale pena con quella della semilibertà o della detenzione domiciliare; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di tre anni, può sostituirla anche con il lavoro di pubblica utilità; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente, determinata ai sensi dell'articolo 56-quater. Con il decreto penale di condanna, il giudice, su richiesta dell'indagato o del condannato, può sostituire la pena detentiva determinata entro il limite di un anno, oltre che con la pena pecuniaria, con il lavoro di pubblica utilità. Si applica l'articolo 459, commi 1-bis e 1-ter del codice di procedura penale. Ai fini della determinazione dei limiti di pena detentiva entro i quali possono essere applicate pene sostitutive, si tiene conto della pena aumentata ai sensi dell'articolo 81 del codice penale".

Laddove all'esito della lettura del dispositivo e nel caso in cui sussistano le condizioni per sostituire la pena detentiva, non sia possibile definire in quella sede il contenuto dell'offerta trattamentale, ottenuto il consenso dell'imputato, rinvia ad un'ulteriore udienza a sessanta giorni[58], ai sensi dell'art. 545-*bis* c.p.p., che sostanzialmente ha introdotto in Italia il c.d. procedimento *bifasico*[59].

Emerge con chiarezza, dunque, il cambio di passo offerto dalla riforma dell'apparato sanzionatorio del d.lgs. n. 150/2022, in termini di possibilità di modulare una pluralità di pene sostitutive per i reati non particolarmente gravi sulla persona del reo per fini rieducativi.

Al tempo stesso, però, sembra ereditare alcune delle più pregnanti problematiche caratterizzanti il modello delle pene sostitutive, di cui alla legge n. 689/1981, relative principalmente alla clausola generale di sostituibilità e alla definizione dei criteri guida del potere discrezionale del giudice e che mettono in dubbio l'effettività della riforma a compiere reali passi in avanti in punto di deflazione carceraria e di rieducazione dei condannati.

4. Discrezionalità del giudice: quale criterio finalistico per la sostituzione della pena?

A tal proposito, può essere sufficiente analizzare brevemente le disposizioni in tema di esercizio della discrezionalità del giudice della cognizione in fase di commisurazione della pena per condanne di breve durata, per rendersi conto di come l'esito circa l'*an* e il *quomodo* punitivo non possa dirsi prevedibile, con

[58] Il provvedimento contenente le disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 150/2022, prevede che il giudice debba acquisire il consenso dell'imputato all'applicazione della pena sostitutiva, vedi Commissione "Lattanzi" (2024), "Relazione illustrativa decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150", in *Sistema Penale*. Recuperato da https://www.sistemapenale.it/it/documenti/riforma-giustizia-penale-in-gu-la-relazione-illustrativa-dlgs-150-2022, [Data di consultazione: 12/11/2024].

[59] Locuzione utilizzata già in seno alla Relazione illustrativa del d.lgs. n. 150/2022, in tema di esercizio della discrezionalità del giudice della cognizione; in un primo momento il giudice procede sull'*an* della sostituzione, in un secondo momento sul *quomodo*, ovvero sulla pena sostitutiva da applicare, si veda "Relazione Illustrativa", cit., 208. In dottrina, G.M. Pavarin, "La legge "Cartabia" tra pene sostitutive e sorveglianza. Il giudice di cognizione diventa finalmente (ma solo se vuole) giudice della pena, oltre che del fatto-reato", in *Giustizia Insieme* (2023), pp. 1 ss. (https://www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-penale/2741-la-legge-cartabia-tra-pene-sostitutive-e-sorveglianza-); A.A. Dei Cas, "Sentencing inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un modello a lungo invocato", in *Arch. Pen*., (2022), n. 1, pp. 65-68; E. Dolcini, "Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive", in *Sist. Pen.*, (2022), pp. 18-20 (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1661846559_rev2-dolcini-riforma-cartabia-pene-sostitutive.pdf). Tema comunque già presente nella dottrina italiana, *ex multis*, G. Conso, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, Giuffrè, Milano, 1986.

conseguenti effetti sul principio di eguaglianza, oltre che sulla proiezione alla rieducazione della pena.

Nella sua prima parte, il nuovo art. 58 della l. n. 689/1981[60], rubricato "Potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelte delle pene sostitutive" prevede che:

> Il giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'articolo 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati[61].

Al pari di quanto già prevedeva nella sua precedente formulazione[62], in sostanza, l'art. 58 dispone che ai fini della definizione in concreto della pena e dell'accertamento delle condizioni di accesso ad una pena sostitutiva più idonea al fine rieducativo e compatibile con le esigenze di sicurezza sociale, bisogna far ricorso ai generali criteri di commisurazione di cui all'art. 133 c.p.

Sulla carta, il giudice è dunque chiamato ad adoperare i criteri di gravità del fatto di reato e della capacità a delinquere, di cui appunto al 133 c.p., per svolgere un doppio grado di giudizio. Il primo, di tipo negativo, avente ad oggetto l'eventuale applicazione della sospensione condizionale della pena al posto della pena sostitutiva. Il secondo, di tipo positivo, relativo all'irrogazione della pena sostitutiva in surroga di quella detentiva.

Tuttavia, la questione centrale attiene proprio all'adeguatezza dei parametri enunciati dall'art. 133 c.p., ad essere da soli sufficienti ad indirizzare l'attività discrezionale e sanzionatoria del giudice a favore del preminente indirizzo rieducativo, richiamato dall'art. 58 e che ispira la *ratio* della riforma del sistema sanzionatorio penale.

Ciò in quanto i parametri enunciati all'interno dell'art. 133 c.p. sono da sempre pacificamente considerati dei canoni "fattuali"[63], fondati su "criteri di buon senso", più vicini ad una forma di ragionevolezza empirica che di razionalità

[60] Come modificato dall'art. 71 del d.lgs. n. 150/2022.
[61] Art. 58, l. n. 689/1981, come modificato dal d.lgs. n. 150/2022.
[62] Art. 58, l. n. 689/1981, come da formulazione originaria: "Il giudice nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'art. 133 del codice penale, può sostituire la pena detentiva e tra le pene sostitutive sceglie quella più idonea al reinserimento sociale del condannato".
[63] F. Giunta, "Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (1985), n. 2, pp. 510-512; sul punto, si veda anche F. Palazzo, "Prospettive di riforma per le sanzioni sostitutive: la razionalizzazione del sistema nel segno della continuità", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* (1985), n. 4, pp. 1048-149; G. Grasso, "La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata", in *Riv.it. Dir. e Proc. Pen.*, (1981), n. 4, p. 1439; E. Dolcini, "La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (1981), n. 1, pp. 35-36.

logica[64] come tali sempre confutabili ed inidonei a orientare univocamente il giudice[65].

Se per un verso, infatti, il pregio del regime di commisurazione codicistico è di ancorare l'esercizio della discrezionalità del giudizio alla valutazione delle componenti soggettive e oggettive del reato[66], per un altro, la norma offre così un ampio raggio di apprezzamento degli indici stessi, da farne sostanzialmente dipendere la declinazione dalla sensibilità del singolo giudice.

In questo senso, gli elementi oggettivi del reato, espressione della gravità del fatto, nonché quelli soggettivi, identificativi della colpevolezza ma anche della personalità e della pericolosità del reo, potrebbero prestarsi ad essere impiegati nel giudizio in modo altalenante, se non ambiguo, ora a favore della valorizzazione di una funzione general preventiva della pena[67], ora a favore di uno scopo eminentemente rieducativo[68].

Non sono infatti estranei alla nostra esperienza giuridica, periodi di apprezzamento per condanne più severe e di reviviscenza della strumentalità del carcere a paradigma del controllo sociale e securitario[69], a discapito di strategie di prevenzione speciale, frequentemente ritenute utopiche o difficili da realizzare[70].

Ne sono d'esempio anche alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione, intervenute sulla qualificazione discrezionale delle precedenti condanne del reo, quali condizioni soggettive ostative all'accesso a pena sostitutiva.

A tal fine, va preso in considerazione l'art. 58, nel secondo periodo del primo comma prevede che "la pena detentiva non può essere sostituita quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato".

Il giudice della cognizione, al fine di ammettere il reo alla sostituzione, deve valutare discrezionalmente se le circostanze del caso di specie, quali ad esempio la

[64] Così, G. Silvestri, "La discrezionalità tra legalità e giurisdizione", in *Sist. Pen.*, (2024), p. 16. (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1715894997_silvestri-discrezionalita-firenze-2024.pdf).

[65] Sull'inefficacia dell'art. 133 c.p. ad incidere sulla prassi giurisprudenziale in modo univoco, M. Romano, "Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano", in M. Romano, F. Stella (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, il Mulino, Bologna, 1980, p. 176; E. Dolcini, *La commisurazione della pena*. *La pena detentiva*, Cedam, Padova, 1979, p. 53. Problematica già sollevata a partire dagli anni '60 dalla dottrina più attenta, F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni e aspetti costituzionali*, Giuffré, Milano, 1965, p. 80.

[66] Si intende qui riferirsi al carattere vincolato della discrezionalità penale dell'art. 133 c.p., cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *op. cit.*, p. 795.

[67] Cfr., V. Militello, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffré, Milano, 1982, pp. 12-19; A. Pagliaro, "Commisurazione della pena e prevenzione generale", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (1981), n. 1, pp. 26 ss.

[68] E. Dolcini, "La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma", cit., p. 58.

[69] Si fa riferimento proprio al periodo storico in cui è stata emanata la legge n. 689/1981, cfr. F. Palazzo, "Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (1983), n. 3, p. 821.

[70] Cfr. E. Dolcini, "La 'rieducazione del condannato' fra mito e realtà", cit., p. 469.

personalità o, appunto, i precedenti penali, rappresentino fondati motivi oggettivi in grado di sviluppare un giudizio prognostico negativo circa il certo inadempimento del condannato alle eventuali prescrizioni date dall'autorità.

Ecco che guardando alla recente giurisprudenza, in un primo caso[71], i giudici di legittimità hanno ritenuto che, pur in presenza di un fatto di reato punito con una pena di breve durata in ragione dello scarso disvalore oggettivo del reato contestato, il pericolo di recidiva derivante dai precedenti penali del condannato fosse idoneo a costituire fondato motivo circa l'inadempimento delle prescrizioni.

Ciò sul presupposto che le precedenti condanne evidenziano un certo grado di "inaffidabilità del reo" e, dunque, di pericolosità, che rende incompatibile la pena sostitutiva con le esigenze di garanzia e tutela della sicurezza pubblica. Nel caso di specie, è evidente come i giudici abbiano valorizzato maggiormente i profili soggettivi del reo attinenti alla capacità a delinquere e alla pericolosità, desunta peraltro presuntivamente dall'esistenza di precedenti penali, con obiettivi di neutralizzazione e di general prevenzione, a discapito di quella special preventiva positiva.

Tant'è vero che la V Sezione della Corte di Cassazione concludeva appunto affermando come "la prospettiva della rieducazione non può prevalere sull'esigenza di neutralizzazione del pericolo di recidiva che necessita di essere soddisfatta anche durante l'esecuzione della pena".

In una seconda pronuncia[72], invece, la II sezione della Corte di Cassazione ha stabilito non solo che i precedenti penali non possano configurare di per sé una condizione soggettiva ostativa *ex* art. 59 l. n. 689/1981, ma che la prognosi circa l'esistenza dei fondati motivi che non consentono l'applicazione di una pena sostitutiva debba essere formulata sulla base di una valutazione prognostica di compatibilità della pena sostitutiva con il tipo di reato commesso ed il suo disvalore, con l'obiettivo di perseguire la più efficace modalità di risocializzazione per il reo.

La decisione del giudice di cognizione dovrebbe, dunque, fondarsi su un giudizio di continuità e non insanabile contraddittorietà, tale per cui tanto è minore il disvalore del fatto concreto ed il limite edittale entro il quale questo si colloca, tanto più deve essere favorita l'applicazione della pena sostitutiva maggiormente idonea allo scopo rieducativo.

In definitiva, da queste pronunce si può dedurre come l'assetto dell'art. 133 c.p., nonostante proposte e spunti di riforma già formulati da tempo[73], ma soprattutto l'incerta cornice descritta dall'art. 58 l. n. 689/1981 entro cui si muove la discrezionalità del giudice, lasci dunque spazio a variazioni sul tema da parte della giurisprudenza, con eventuale conseguente depotenziamento della normativa.

Uno dei rischi può dunque derivare dalla valorizzazione dei profili soggettivi, quali pericolosità, capacità per delinquere desunta da precedenti

[71] Si veda Corte Cass., Sez. V, sent. 11 luglio 2023, n. 43622.
[72] Si veda Corte Cass., Sez. II, sent. 14 febbraio 2024, n. 8794.
[73] E. Dolcini, "La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma", cit., pp. 59-60.

condanne, ma anche condizioni sociali, economiche, psicologiche del reo, che fotografando la condizione presente o passata nella quale si trova il reo-individuo mal si conciliano con l'esigenza, propugnata quantomeno dalla *ratio* dell'art. 58, di formulare prognosi in grado di proiettarsi verso il futuro, basate su un'analisi logico-giuridica oggettiva, motivata e, dunque, più complessa.

Per di più, in assenza di adeguati criteri-guida, fra le pieghe della prassi, si annida il pericolo di un appiattimento altalenante del giudizio solo su alcuni dei parametri indicati dall'art. 133 c.p., con pregiudizio sull'*an* dell'applicazione di una pena sostitutiva anche in situazione di scarso disvalore oggettivo.

In questo senso, la finalità rieducativa della pena, propugnata dal legislatore quale contenuto essenziale delle pene di breve durata rischia di rimanere imbrigliata fra le maglie dell'attività giurisdizionale, con evidenti rilievi in punto di legalità e riserva di legge, oltre che di eguaglianza sostanziale fra i cittadini.

Alle insidie poste dagli esiti dell'esercizio della discrezionalità del giudice di cognizione, si aggiungono poi le incertezze che derivano dalla disponibilità delle risorse degli uffici dell'esecuzione penale esterna (U.E.P.E.) ad individuare e realizzare un efficace programma trattamentale rieducativo della pena sostitutiva, secondo quanto previsto dall'art. 545-*bis* c.p.p., sopra menzionato[74].

La norma infatti prevede che il giudice possa richiedere all'ufficio dell'esecuzione penale esterna il programma di trattamento della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità, con relativa disponibilità dell'ente in cui verrà svolta l'attività. È evidente come l'eventuale difficoltà che gli uffici locali possono riscontrare nel comporre e individuare adeguati programmi trattamentali incida direttamente sul diritto di accesso del condannato ad una pena meno restrittiva e potenzialmente più efficace in termini di reinserimento sociale.

[74] Alla luce della riforma, l'UEPE è chiamato a svolgere una duplice funzione: fornire al giudice informazioni costanti sulla personalità del reo e sul suo comportamento, al fine di offrire un quadro adeguato ad effettuare un giudizio prognostico rispetto all'esito favorevole di una pena sostitutiva e, in particolare, della detenzione domiciliare; elaborare programmi educativi, formativi, professionalizzanti, idonei al caso di specie e adottabili già in fase di cognizione e di condanna. L'effettiva presa in carico di entrambi i compiti da parte dell'UEPE darebbe un impulso decisivo al ricorso alle pene sostitutive da parte del giudice. Ed in tal senso, va segnalato come, all'indomani dell'introduzione del d.lgs. n. 150/2020, una prima circolare del Ministero della Giustizia, Dipartimento di Giustizia Minorile e di Comunità, abbia proprio evidenziato l'importanza e la centralità dell'operatività di questi uffici nel contesto delineato con la recente riforma.

La circolare, infatti, sottolinea come gli uffici siano chiamati ad accompagnare l'attività decisoria del giudice, senza però alterarne o inquinarne il giudizio, fornendo indicazioni concrete, realistiche e accurate, rispetto al tema della possibilità di percorrere scenari non detentivi, perseguendo l'obiettivo fondamentale costituito dalla progettazione, realizzazione e monitoraggio di offerte e percorsi trattamentali adeguati alle singole situazioni e connesse alla concreta quotidianità in cui è inserito il condannato. Vedi, Ministero della Giustizia (2022), "Circolare n. 3/2022", in *Arch. Pen.*, (2022), pp. 1 ss. (https://archiviopenale.it/riforma-cartabia-la-circolare-n-3-del-2022-del-mindella-giustizia-dipartimento-per-la-giustizia-minorile-e-di-comunita-recante-prime-indicazioni-operative/contenuti/21468).

In conclusione, il pericolo che si cela alle spalle del buon successo di una riforma improntata sul modello sostitutivo deriva principalmente dalla frammentazione dei poteri e delle funzioni che intervengono nel processo di definizione della risposta punitiva. Non è più solo il legislatore a definire l'*an* e il tipo punitivo, ma il giudice, sulla scorta dell'esito del proprio libero convincimento e, più a valle, le amministrazioni locali, in base alle proprie disponibilità umane ed economiche presenti sul territorio.

Sul punto, può essere utile richiamare anche alcune statistiche. I dati attuali dimostrano come le pene sostitutive siano ancora ben lontane dal trovare un'ampia diffusione. Al momento, infatti, in base alle ultime statistiche disponibili[75], si rileva come su un totale di 140.000 soggetti circa affidati all'area penale esterna, e dei circa 92.000 sottoposti a misura, solo 4.604 sono sottoposti ad una pena sostitutiva. Se si considera poi che nell'ultimo biennio la popolazione carceraria ha continuato ad aumentare, passando dai 55.637 dell'agosto 2022 ai 62.110 dell'ottobre 2024[76] raggiungendo oggi quasi i livelli precedenti alla condanna *Torreggiani*, è possibile desumere facilmente come la primazia della pena detentiva carceraria sia ancora molto forte e, allo stesso tempo, come le pene sostitutive abbiano realmente bisogno di raggiungere una maggiore capacità diffusiva.

Per non correre il rischio di svuotare la portata innovativa che la riforma delle pene sostitutive mira ad imporre, bisognerebbe dunque evitare che il giudizio selettivo e discrezionale, fondato sul combinato disposto di cui agli artt. 133 c.p. e 58 l. n. 689/1981, finisca per tramutarsi di fatto in una mera "prognosi sull'autore"[77], ontologicamente incerta e come tale inadatta ad esprimere un presupposto razionale e solido per sostenere in maniera oggettiva la preferenza della pena sostitutiva al posto di quella detentiva, nonché la idoneità rieducativa.

Sul piano operativo, l'intera parabola processuale, dall'accertamento della responsabilità alla selezione della pena, non dovrebbe limitarsi a ricostruire la valutazione della gravità del fatto, del carattere e della personalità del reo, della pericolosità sociale, dei suoi eventuali precedenti e della capacità a delinquere, nell'esclusiva dimensione del passato o della contingenza del presente, così appunto da assumere le vesti – come detto – di una prognosi incerta sull'autore, ma dovrebbe misurarsi altresì con la necessità di implementare un percorso valutativo, condiviso dalle parti processuali, che metta al centro il reo-individuo, la sua formazione, le sue competenze, le sue inclinazioni, le condizioni sociali e culturali di provenienza (ancor prima che quelle economiche) le motivazioni che hanno indotto al reato, così

[75] Cfr. Ministero della Giustizia (2024), "Adulti in area penale esterna. Analisi statistica dei dati", in *Ministero Giustizia*. Recuperato da https://www.giustizia.it/giustizia/, [Data di consultazione: 15/11/2024].
[76] Cfr. Ministero della Giustizia (2024), "Detenuti presenti – aggiornamento al 31 ottobre 2024", in *Ministero Giustizia*. Recuperato da https://www.giustizia.it/giustizia/, [Data di consultazione: 15/11/2024].
[77] F. Giunta, "Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi", cit., p. 513.

da poter elaborare una *prognosi sulla risocializzazione*, che guardi concretamente al futuro.

In questo scenario, l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 58, il quale stabilisce che "la pena detentiva non può essere sostituita quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato" andrebbe interpretato in maniera molto restrittiva.

La norma, oggetto di modifica da parte del legislatore della riforma, che ha sostituito il regime di presunzione con un modello maggiormente garantista, dovrebbe essere letta nel senso di inibire la preferenza per la reclusione solo a fronte di un "giudizio di alta probabilità logica", fondato sull'esistenza di elementi di fatto, oggettivi e soggettivi, che si esprimano a favore del *sicuro* ritorno del reo alla commissione del reato e alla violazione delle prescrizioni attinenti all'esecuzione della pena esecutiva e che non consentano "*il minor sacrificio della libertà personale*".

In punto di motivazione, *ex* art. 132 c.p., il giudice di cognizione dovrebbe dunque individuare e descrivere in modo specifico tutti gli elementi oggettivi e soggettivi che giustificano la reclusione e che escludano in modo ragionevolmente certo che il condannato rifiuterà il piano trattamentale rieducativo, tornando a delinquere.

5. Esigenze di razionalità del giudizio: l'uso di strumenti di *soft-law* in attesa di un intervento *de jure condendo*

Per ottenere un risultato di questo tipo, potrebbero essere potenzialmente percorribili due vie.

La prima avrebbe ad oggetto un intervento *de jure condendo* sulla disciplina della sostituzione della pena, *ex* art. 58, in funzione del superamento della logica antinomica, che ispira la formulazione della prima parte della norma, fra prevenzione speciale e prevenzione generale, riconoscendo la rieducazione come definitivo "fulcro"[78] della capacità deterrente.

Del resto, è proprio la finalità rieducativa che la pena sostitutiva di tipo prescrittivo mira a realizzare che può, in prospettiva, ridurre in modo significativo la commissione di nuovi reati e delimitare lo spazio della recidiva. L'inciso di cui all'art. 58, nel punto in cui l'accesso ad una pena sostitutiva risocializzante viene subordinato alla "prevenzione del pericolo di commissione di altri reati", potrebbe

[78] Vedi, L. Eusebi, "Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022", in *Sist. Pen.*, (2024), pp. 5-8 (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1712654244_eusebi-rieducazione-e-riforma-cartabia.pdf), in cui l'A. precisa che "il soggetto rieducato, diversamente da quello neutralizzato, contribuisce, dunque, a chiudere, sul territorio, spazi percorribili in senso criminoso o, se si vuole, a chiudere posti al lavoro criminale. Per cui può dirsi che l'orientamento o, meglio, il contenuto, rieducativo delle pene produce prevenzione generale".

pertanto essere eliminato, con lo scopo di evitare decisioni che – nella sostanza – finiscano per prediligere deterrenza e retribuzione in assenza di elementi prognostici sicuri circa la ricaduta nel reato.

In secondo luogo, meriterebbe di essere riformulata anche la disposizione, di cui alla seconda parte dell'art. 58, riguardante la valutazione dei c.d. "fondati motivi", che possono inibire l'accesso alle pene sostitutive. Anche in questo caso, la norma andrebbe ricodificata nell'ottica di incentrare tale accertamento sulla preminente prospettiva della finalità rieducativa, da dover ricavare sulla scorta di elementi probatori in grado di dimostrare "*ogni oltre ragionevole dubbio*" il ritorno ad attività criminali da parte del reo e non sulla base di indizi o di mere precedenti penali dell'individuo.

In questo senso, andrebbe dunque esplicitata la modalità di deduzione e definizione dei "fondati motivi", ancorandola ad un giudizio prognostico di risocializzazione del reo.

Senza contare che in questo contesto potrebbe meritare nuovamente attenzione il processo di commisurazione della pena, di cui all'art. 133 c.p., nel senso di prevedere l'inserimento di una espressa clausola che stabilisca che l'attività discrezionale del giudice sull'accertamento e valutazione delle condizioni oggettive e soggettive del fatto vada compiuta in coerenza con la finalità *tendenzialmente* rieducativa della pena. In questo modo, l'ordinamento verrebbe dotato di un indirizzo normativo in grado di perimetrare e orientare il potere discrezionale già a monte.

Tuttavia, come è noto, non sono nuove le riflessioni circa un intervento di riforma sui criteri di commisurazione della pena[79].

La seconda non prevede un esplicito intervento normativo ma si sostanzia nell'utilizzo di strumenti di *soft law*, precisamente di *linee guida*, già ampiamente in uso fra gli organi giurisdizionali e gli uffici giudiziari come elementi di complemento, schematizzazione, diffusione, armonizzazione ed efficientamento degli adempimenti procedurali.

È infatti sufficiente ricordare quanto accaduto pressoché in concomitanza con l'entrata in vigore di istituti quali la sospensione del processo con messa alla prova per i maggiorenni o la causa di esclusione della punibilità per tenuità del fatto, *ex* art. 131-*bis* c.p., e, più recentemente, in materia di intercettazioni[80] e di applicazione del c.d. "Codice Rosso"[81].

[79] Cfr. E. Dolcini, "La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma", cit., pp. 34 ss.

[80] Si veda, Procura di Tivoli (2020), "Linee guida per l'applicazione della nuova disciplina delle intercettazioni o comunicazioni", in *Sist. Pen.*, (2020), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1599389785_procura-tivoli-linee-guida-sulla-riforma-delle-intercettazioni.pdf).

[81] Linee guida della Procura di Tivoli (2023), "Indagini in materia di "codice rosso": un aggiornamento delle linee guida della Procura di Tivoli alla luce delle novità della l. 122/2023", in *Sist. Pen.*, (2023), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1695941122_codice-rosso-tivoli-aggiornamento-linee-guida-legge-122-2023.pdf).

Anche questa ipotesi di intervento è stata in passato già in qualche modo immaginata[82].

Tuttavia, l'attuale "corsa" da parte di Procure e Tribunali verso l'adozione di *linee guida* utili per definire in modo più specifico e articolato il procedimento di applicazione delle pene sostitutive sembra poter rappresentare un terreno fertile per riproporre uno strumento di questo tipo.

Già nei primi mesi successivi all'entrata in vigore della novellata disciplina si è assistito alla diffusione di schemi operativi e di procedure di diversa natura e tipologia, volte ad instaurare buone prassi, solitamente condivise fra magistratura, ordine degli avvocati e uffici per l'esecuzione penale esterna locali, per snellire il procedimento di ammissione alle pene sostitutive.

Fino ad oggi, tuttavia, si è proceduto in modo parcellizzato e differenziato per tribunale o distretto di corte di appello e, nel corso di questo primo periodo di vigenza della riforma, sono stati prodotti sia *linee guida*, *protocolli* e *vademecum*, caratterizzati da peculiarità e specificità di indirizzo nella proceduralizzazione dell'*iter* di accesso alle pene sostitutive o nell'individuazione di oneri e competenze a cui sono chiamate le parti processuali, in primo luogo, i giudici della cognizione.

A conferma di ciò è sufficiente mettere a confronto alcuni fra i primi testi prodotti, quali lo schema operativo della Corte di Appello di Milano[83], il *protocollo con vademecum* del Tribunale di Napoli Nord[84], il *protocollo* del Tribunale di Nola[85], le *linee guida* della Corte di Appello di Torino[86], per notare come, al di là del costante problema dell'utilizzo improprio delle etichette, il giudice venga chiamato ad adempimenti procedurali parzialmente diversi.

[82] Cfr. C. Iagnemma, "Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (2019), n. 3, pp. 1431 ss.

[83] Vedi Corte di Appello di Milano (2023), "Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi", in *Sistema Penale*. Recuperato da www.sistemapenale.it [Data di consultazione: 15/11/2024].

[84] Vedi Corte di Appello di Napoli (2023), "Protocollo con vademecum sulle pene sostitutive delle pene detentive brevi", in *Ordine Avvocati Napoli Nord*. Recuperato da www.coanapolinord.it [Data di consultazione: 15/11/2024].

[85] Vedi Tribunale di Nola (2023), "Protocollo sull'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi (d.lgs. 22 ottobre n. 150 del 2022)", in *Sist. Pen.*, (2023), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1695196169_protocollo-tribunale-di-nola-procura.pdf), con commento di V. Bove, "Riflessioni a margine del Protocollo del Tribunale di Nola sulle pene sostitutive di pene detentive brevi", in *Sist. Pen.*, (2023), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/it/scheda/bove-riflessioni-a-margine-del-protocollo-del-tribunale-di-nola-sulle-pene-sostitutive-di-pene-detentive-brevi).

[86] Vedi Corte di Appello di Torino, "Linee guida per l'applicazione delle nuove pene sostitutive di pene detentive brevi", in *Sist. Pen.*, (2023), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1686865118_linee-guida-pene-sostitutive-merito.pdf).

Lo schema operativo milanese del febbraio 2023, per esempio, stabilisce che il giudice deve valutare l'esistenza dei requisiti formali di accesso[87], quali la misura della pena inflitta, l'assenza di sospensione della pena o delle condizioni ostative di cui all'art. 59, ed in caso dare sempre avviso alle parti della possibilità di accedere alle pene sostitutive, raccogliendo il consenso dell'avente diritto. Laddove manchino i presupposti, invece, deve darne immediatamente atto a verbale e confermare il dispositivo.

Il *protocollo con vademecum* del Tribunale di Napoli Nord, del maggio 2023, dispone, invece, che il giudice della cognizione, alla lettura del dispositivo, è chiamato a dare avviso alle parti della possibilità di accedere alle pene sostitutive, dando peraltro indicazione anche di quella che viene ritenuta allo stato più idonea, all'atto della sussistenza sia dei requisiti formali, che di quelli sostanziali di cui all'art. 58 l. n. 689/1981. Qualora il giudice ritenga inesistenti i presupposti emette il dispositivo, offrendo indicazione della motivazione di diniego solo in sentenza. Nulla, dunque, dispone in merito all'onere del giudice di verbalizzare o di dare indicazione del diniego di accesso alla pena sostitutiva all'esito dell'udienza.

Il *protocollo* del Tribunale di Nola, adottato nel luglio 2023, di contro, non specifica quali debbano essere i requisiti che il giudice deve ritenere sussistere all'atto del momento della decisione, e, nell'ipotesi in cui manchino, non è tenuto a dare avviso alle parti presenti ma motiva sul punto in sentenza.

Peraltro, dispone che, in caso di assenza dell'imputato o del difensore munito di procura speciale, il giudice dia atto della mancata presenza di soggetti validamente legittimati alla prestazione del consenso e non dà accesso alla sostituzione.

Le *linee guida* torinesi, dell'aprile 2023, si differenziano invece dalle precedenti perché sono le uniche a prevedere che qualora il giudice ritenga insussistenti le condizioni soggettive ed oggettive deve enunciare in sentenza le "specifiche ragioni"[88] che hanno giustificato l'omesso avviso. In questo senso, dunque, formula un onere esplicito di motivazione che impone al giudice di articolare i singoli punti ed elementi oggetto di delibazione e di non limitarsi ad una generica enunciazione degli impedimenti rinvenuti.

Gli schemi operativi qui richiamati si concentrano però esclusivamente sul delineare, nell'autentico modo in cui fa un *vademecum*, una sintassi logica e quasi manualistica dei passaggi da compiere prima, durante e successivamente all'udienza di giudizio, ora prevedendo in capo al giudice la formale verifica dei presupposti sia oggettivi che soggettivi, come nel caso delle prassi codificate dal tribunale di Napoli nord, o di quelle oggettive, come invece prevede Milano, oppure, in relazione agli obblighi di avviso e motivazione della decisione assunta,

[87] Similmente fa anche il Tribunale di Lecco, "Protocollo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi", in *Tribunale Lecco*. Recuperato da www.tribunale.lecco.it, [Data di consultazione: 15/11/2024].

[88] Vedi, Tribunale di Torino, "Linee guida per l'applicazione delle nuove pene sostitutive di pene detentive brevi", cit., p. 5.

stabilendo espressamente un onere di motivazione articolato in modo "specifico" come accade a Torino, o, infine, non prevedendo l'avviso alle parti in udienza, come avviene a Nola, in caso di insussistenza dei presupposti.

Tuttavia, nessuno fra i modelli operativi qui richiamati può dirsi rappresentare un autentico supporto metodologico utile per lo svolgimento del procedimento di individualizzazione della sanzione penale e di orientamento della discrezionalità del giudice nella valutazione dei presupposti oggettivi, da svolgere alla stregua dei criteri di cui all'art. 133 c.p. e della logica di cui all'art. 58, che invero rappresenta il nucleo fondante della riforma per la parte relativa alle pene sostitutive e, al tempo stesso, il perno dal quale ne dipende l'effettività.

Ed infatti, questi *vademecum* possono risultare utili per definire la liturgia del procedimento in aula, la selezione dei documenti che può produrre la difesa o l'U.E.P.E. nel caso in cui venga interpellato, ma non incidono sulla matrice più profonda, ovvero sulla modalità di esercizio dell'ampio potere discrezionale affidato al giudice, orientandolo metodologicamente, come, in un certo qual modo, accaduto con le linee guida in materia di esclusione della punibilità per tenuità del fatto.

In assenza di un preventivo ed – in prospettiva – definitivo intendimento circa la tipologia più utile fra gli strumenti di *soft law* a poter intervenire a supporto dell'attività del giudice e delle parti processuali nella fase di decisione circa l'applicabilità delle pene sostitutive e in mancanza di una condivisione generalizzata e non solo definita a livello territoriale, si rischia di correre un duplice rischio.

Il primo è di assistere ad una iperproduttività di atti regolatori da parte degli uffici giudiziari ed all'affastellamento di strumenti operativi, imprecisamente denominati, con i quali si cerca di cristallizzare una prassi interpretativa ed applicativa presso singoli distretti giudiziari.

In presenza di regole, procedure e parametri di riferimento differenti, seppur non tipicamente vincolanti, il secondo rischio è quello di definire, come conseguenza diretta e sostanziale, un diritto vivente frammentario e cangiante, ovvero una giustizia penale poliforme, variabile per tribunale o corte d'appello, la cui applicazione concreta dipenderebbe, di volta in volta, dal tipo e dal grado di elaborazione e specificazione della regola convenuta, posta ad indirizzo di una parte del processo, con potenziale incidenza sul principio di legalità e di uguaglianza.

Si determinerebbe peraltro una parcellizzazione di consuetudini, plasmate sull'applicazione ripetuta nel tempo di singoli schemi operativi che, con riferimento ad esempio al ruolo dell'U.E.P.E. e alla definizione del programma trattamentale, andrebbero a delineare e a cristallizzare il contenuto della procedura e la stessa possibilità di accesso alla pena sostitutiva, in base alla capacità del singolo ufficio di poter far fronte alle richieste o alla disponibilità del tessuto socio-economico circostante di poter mettere a disposizione risorse, strutture di accoglienza, formazione, opportunità di lavoro e di proficuo reinserimento sociale.

Sembra quasi di assistere alla genesi di una "*autonomia differenziata*" degli schemi applicativi delle pene sostitutive, variabile per distretto, regione o territorio,

fondato su di un sistema paranormativo di regole interposte, – quali appunto *vademecum*, *protocolli*, etc., – che rischiano peraltro di diventare parametro di legittimità delle attività decisionali svolte dal giudice e di quelle compiute dagli uffici che intervengono a suo supporto.

In prospettiva, tuttavia, il sistema della giustizia penale, sempre più articolato e caratterizzato da istituti e procedure complesse in cui l'intervento decisionale del giudice incide profondamente sulla libertà personale dell'individuo, non sembra poter fare a meno dei variegati strumenti di *soft law*, di contro, appunto, sempre più diffusi a vari livelli e con differenti finalità.

6. Le *linee guida*: una proposta

In questo scenario, dunque, potrebbe essere utile tentare di fare ordine per assicurare sia una omogeneità interpretativa che una effettività applicativa della nuova disciplina, selezionando lo strumento di *soft law* più idoneo e adatto allo scopo.

In questo caso, infatti, come già suggerito, più che l'elaborazione di indirizzi o di direttive squisitamente procedurali, come avvenuto con i *vademecum* sopra richiamati, sarebbe utile una definizione di parametri sostanziali e oggettivi che, pur dovendo avere una natura prettamente metodologica, orienterebbero il giudice nella vera e innovativa impresa alla quale la novellata legge 681 del 1981 chiama, ovvero alla proiezione dell'individuo nella dinamica punitiva individualizzata, che mira ad effetti risocializzanti.

Nel settore delle pene sostitutive potrebbe pertanto risultare efficace un sistema di *linee guida*, da intendersi il più possibile in modo attinente alla sua definizione autentica[89], quale insieme di raccomandazioni, sviluppate sistematicamente nel tempo, sulla base di conoscenze aggiornate e condivise, secondo un modello di approccio *evidence based*, idonee a supportare e orientare l'attività di qualificazione e valutazione dei presupposti oggettivi di accesso alle pene sostitutive: la pena più adeguata, il programma trattamentale e le relative prescrizioni correlate o, di contro, ad articolare e motivare specificamente e diffusamente l'esistenza dei "fondati motivi" che ne ostano l'applicazione.

Sempre con il proposito di valorizzare e favorire, nel rispetto della gerarchia delle fonti e del libero esercizio della discrezionalità di giudizio, un'attività giusdicente coerente con scopo e finalità della riforma del sistema delle pene, ovvero deflazione carceraria e risocializzazione efficace del reo.

In quanto strumento metodologico, frutto dell'autoregolamentazione delle parti coinvolte nel procedimento e non eterodiretto, peraltro, le *linee guida* qui immaginate non invaderebbero il circuito tipico dell'espressione della

[89] Cfr. I. Ciolli, "Gli atti normativi statali subordinati alla legge", in M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, vol. 5, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 231-234.

discrezionalità del giudice, ma ne definirebbero solo il campo d'azione in modo da garantirne una maggiore razionalità, il *modus operandi*.

Le *linee guida* potrebbero comporsi di una parte generale e di una parte speciale.

In primo luogo, la parte generale delle *linee guida* dovrebbe sistematizzare e oggettivizzare il processo di giudizio sostanziato dall'art. 58 della l. n. 689/1981, in tutti i suoi momenti [90] e veicolare l'attività discrezionale nello svolgimento del giudizio prognostico e di aderenza della pena al processo rieducativo e proiettare coerentemente il giudice, dapprima nella selezione della *qualità* della pena da irrogare e, solo successivamente, nella specificazione della *quantità*.

In questo senso, le *linee guida* andrebbero impiegate per integrare e implementare il processo di analisi dei criteri fattuali di cui all'art. 133 c.p. e di sostituzione *ex* art. 58, in prospettiva rieducativa, offrendo indicazioni, elaborate proprio sulla logica dell'esperienza del giudizio, sui passaggi da compiere per giungere alla valutazione complessiva della gravità e dell'offensività del singolo tipo di reato.

Ciò nell'ottica primaria di evitare che la fase di individualizzazione della parabola punitiva si esaurisca e riduca in un giudizio *in nuce* sulla personalità del reo, sulla sua capacità o tendenza a delinquere, ma favorisca una completa disamina di tutti i criteri a cui richiama la novellata disciplina sulle pene sostitutive, dai mezzi adoperati, dal luogo e tempo dell'azione, fino all'accertamento delle condizioni economiche, sociali e occupazionali di provenienza del reo, spesso molto complesse da ricostruire.

Soprattutto per un giudice, come quello della cognizione, storicamente poco abituato a sviluppare un giudizio che miri, non esclusivamente all'accertamento della responsabilità, ma anche alla selezione della pena, un articolato di raccomandazioni di tal specie potrebbe sicuramente rappresentare un supporto a garanzia sia della proprietà e dell'attinenza del giudizio sia delle prerogative del condannato, nell'ottica della valorizzazione della finalità rieducativa e di coerente motivazione della scelta operata.

In questo contesto, le linee guida verrebbero, altresì, ad assistere il giudice lungo il bivio che viene posto, per i reati puniti fino a due anni, nella alternativa fra misura sospensiva e pena sostitutiva.

Proprio ai fini di assicurare effettività alla riforma, anche per le ipotesi in cui vi sia sovrapposizione fra le due diverse tipologie di misura, delle raccomandazioni elaborate sulla scorta del rilevamento dell'efficacia della

[90] Si rimanda a V. Militello, *op. cit.*, p. 19, il quale evidenzia i limiti dell'art. 133 c.p., nell'assumere una significativa validità nell'orientare e vincolare in modo certo l'attività discrezionale del giudice, in particolare in ragione del carattere di "onnicomprensività dell'art. 133 c.p., che non agevola l'individuazione degli "gli infiniti casi della vita" e l'impotenza della norma nel fissare il grado di disvalore del fatto e i differenti tipi criminologici. Sul punto anche F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 99; P. Nuvolone, "Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena", in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. II, Cedam, Padova, 1969, pp. 1558 ss.

sospensione condizionale della pena nella prevenzione della commissione di nuovi reati e nella rieducazione del reo in determinati contesti e circostanze, potrebbero rappresentare un buono strumento per enucleare le tipologie di ipotesi in cui è opportuno agevolare finalità prettamente deflattive, applicando la sospensione condizionale della pena, e quando, invece, anche in caso di primo giudizio di condanna, sia invece preferibile assegnare una pena sostitutiva, come il lavoro di pubblica utilità, in grado di ordire una finalità rieducativa più adatta al caso di specie.

In secondo luogo, sempre con riferimento all'elaborazione del giudizio di condanna e di individuazione dei presupposti applicativi della pena sostitutiva e del suo concreto contenuto, le *linee guida* dovrebbero altresì contemplare un catalogo di riferimenti utili per orientare il giudizio di merito nell'apprezzamento e definizione dei c.d. "fondati motivi" che, *ex* art. 58 l. n. 689/1981, possono inibire l'applicazione di una pena sostitutiva.

In questa ipotesi, le raccomandazioni si risolverebbero in un supporto interpretativo per la valutazione delle condizioni, circostanze e presupposti, da prendere in considerazione per individuare un motivo oggettivamente impediente l'accesso ad una pena sostitutiva sia al momento del giudizio che all'udienza differita, di cui all'art. 545-*bis* c.p.p.

Inoltre, come conseguenza diretta, le *linee guida* agevolerebbero il giudice della cognizione nell'adempiere all'onere motivazionale che trova fondamento nell'art. 132 c.p., che impone esplicitamente al giudice di motivare i provvedimenti assunti sulla base dell'esercizio di un potere discrezionale[91], così da evitare che un pregiudizio[92] fondato su potenziali rischi per la sicurezza pubblica[93] possa disincentivare l'articolazione di una motivazione compiuta, traducendosi ancora nelle note "formulette pigre"[94], che caratterizzano spesso molte decisioni.

Eventualità che anche il legislatore del 1981 aveva cercato già di scongiurare. In poche parole, il giudice verrebbe così chiamato a negare l'accesso ad una pena sostitutiva sulla scorta di un giudizio probabilistico fondato su elementi probatori o oggettivi, su circostanze razionalmente analizzate e non sulla base di un ragionamento presuntivo.

Infine, una parte delle raccomandazioni contenute nelle linee guida in tema di pene sostitutive qui tratteggiate, sulla falsariga di quanto già in parte cercano di

[91] Cfr. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 106, criticava già la poca applicazione dell'art. 132 c.p.; sullo scarso adempimento all'obbligo di motivazione, cfr. V Militello, *op. cit.*, p. 15.

[92] L. Monaco, "Le pene sostitutive tra sistema penale 'legale' e sistema 'reale'. In particolare, discrezionalità e prognosi giudiziaria nell'art. 58 l. 689/1981", in *Arch. Pen.*, (1984), n. 2, pp. 262-272.

[93] Vedi, E. Dolcini, "Le 'sanzioni sostitutive' applicate in sede di condanna. Profili interpretativi, sistematici e politico-criminali del Capo III, sezione I della legge n. 689", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, (1984), n. 4, pp. 1404-1405.

[94] G. Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Bocca editore, Milano, 1929, p. 214.

fare i *vademecum* e i *protocolli* sopra richiamati ed attualmente in uso, dovrebbe essere destinata a regolare l'*iter* del processo valutativo e decisionale del giudice nel disciplinare la procedura di confronto con l'U.E.P.E., con la polizia giudiziaria, con il condannato e il suo difensore, per la definizione del tipo di pena sostitutiva, nonché del contenuto dell'offerta trattamentale rieducativa da affiancare alla pena e delle prescrizioni da assegnare.

Tuttavia, in relazione a quest'ultimo aspetto, le istruzioni non dovrebbero consistere in una mera elencazione dei documenti da raccogliere e da produrre in udienza dalle parti processuali, ma in qualcosa di diverso e più organico, come per esempio in una raccolta di precedenti giurisprudenziali e di schemi di programma elaborati dall'U.E.P.E. territoriale[95] ai quali fare riferimento per definire il tipo di offerta trattamentale più idonea al caso di specie.

In definitiva, è evidente che si tratterebbe di un sistema di *linee guida* aventi ad oggetto raccomandazioni di natura sostanziale oltre che processuale, decisamente più articolato di quello che già in questi ultimi mesi alcuni tribunali hanno cercato di approntare adottando vademecum e protocolli.

È allo stesso tempo evidente che, proprio in ossequio alla natura e alla funzione specifica delle *linee guida*, l'adozione di un sistema di raccomandazioni, istruzioni e direttive di questo tipo, non potrebbe avvenire in modo estemporaneo, ma dovrebbe rappresentare il frutto di un'elaborata fase preliminare di raccolta di dati, di conoscenze ed esperienze giurisprudenziali e di indirizzi interpretativi condivisi, tali da delineare un crogiuolo di sapere tecnico e scientifico, punto di riferimento per i giudici della cognizione, indipendentemente dall'afferenza ad una o ad un'altra Corte di Appello.

Il sistema di linee guida sarebbe pertanto l'esito di un processo codificatorio, elaborato a livello centralizzato, teso verso una generalizzazione ed omogeneizzazione delle procedure, esattamente al contrario di quanto accaduto fino ad ora.

La parte speciale del sistema di linee guida, invece, avrebbe ad oggetto la definizione della componente trattamentale e rieducativa della pena in concreto selezionata e sarebbe demandata all'elaborazione dei tribunali, con la collaborazione dei rappresentanti che intervengono in vario modo nel processo, in primo luogo, dei difensori e dell'U.E.P.E.

Le raccomandazioni sarebbero pertanto finalizzate non solo a regolare i rapporti e le attività processuali delle parti chiamate al confronto, ma ad individuare, nel caso appunto di applicazione della pena sostitutiva, il contenuto trattamentale più efficace e razionale, alla luce del contesto territoriale, sociale, culturale in cui andrebbe posto in essere e della possibilità di accedere ad occasioni

[95] Peraltro, l'UEPE già dispone di proprie linee guida in materia di organizzazione interna ma anche di procedure da adottare per l'istruttoria sull'individuazione dell'offerta trattamentale da adottare per il singolo caso, cfr. A. Calcaterra, "UEPE: prime indicazioni del Ministero della Giustizia", in *Sist. Pen.,* (2022), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/it/scheda/circolare-uepe-prime-indicazioni-operative-del-ministero-della-giustizia).

di formazione, professionalizzazione e lavoro, offerte dagli operatori privati che operano su quel territorio.

Del resto, la definizione del contenuto trattamentale continua, e probabilmente continuerà a dipendere ancora a lungo, dalla distribuzione di risorse fra i vari uffici di esecuzione esterna preposti e dalla capacità del territorio in cui il condannato viene a trovarsi di offrire opportunità di reinserimento sociale e ciò ne spiega la necessaria dimensione territoriale.

7. Conclusioni e prospettive

La proposta di adozione di un sistema di *linee guida* per la perimetrazione della discrezionalità del giudice di cognizione in fase di condanna rappresenta, dunque, il frutto di una ragionevole preoccupazione circa il futuro di questo nuovo assetto punitivo, che cerca di proporsi come polisanzionatorio ed orientato a riconoscere la finalità rieducativa quale componente essenziale della pena.

Il rischio, come si è cercato di evidenziare, è legato, in primo luogo, al fatto che la riforma sull'apparato sanzionatorio voluta con il d.lgs. n. 150/2022, possa soffrire degli stessi limiti della legge n. 689/1981, e ritagliarsi una posizione di secondo piano, in particolare, in rapporto con altri istituti dell'ordinamento penale e penitenziario, che risultano essere più attrattivi sia per il reo-condannato, che per il giudice, oltre che con la pena detentiva.

Si fa ancora qui riferimento alla sospensione condizionale della pena che, per i reati puniti fino a due anni[96], non solo offre il beneficio della posticipazione immediata dell'esecuzione della reclusione, ma produce, come noto, l'estinzione del reato. In caso di prima condanna, dunque, l'opzione sospensiva rimarrebbe la più favorevole e quella sostitutiva potrebbe eventualmente subentrare in caso di recidiva e sempre che, a quel punto, il giudice ritenga che la misura sostitutiva appaia efficace nel prevenire la commissione di ulteriori reati.

Al pari, è la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali, di cui all'art. 47 ord. pen., illustre esclusa dalla legge delega n. 134/2021, originariamente prevista dalla Commissione *Lattanzi*[97] fra le pene sostitutive, a proporsi ancora come alternativa più favorevole rispetto alla semilibertà e alla detenzione domiciliare sostitutiva. Ancora oggi, sempre che non consideriamo anche le ipotesi più agevoli di cui all'art. 94 Testo Unico Stupefacenti[98], per i fatti

[96] Salvo quanto disposto dall'art. 163 c.p. per i minorenni, giovani adulti e settantenni.

[97] Cfr. Commissione "Lattanzi" (2021), Riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio e della prescrizione del reato: la relazione finale della Commissione Lattanzi, in *Sist. Pen*., (2021), pp. 1 ss. (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1622121336_relazione-finale-commissione-lattanzi-riforma-processo-penale-sistema-sanzionatorio-prescrizione.pdf).

[98] Cfr. art. 94, 1° comma, secondo periodo, Testo Unico Stupefacenti: "L'affidamento in prova in casi particolari può essere concesso solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni od a quattro anni se relativa a titolo

puniti in concreto fino a tre anni, tale misura alternativa risulta comunque nel lungo periodo preferibile sia in termini di restrizione della libertà personale[99], sia in relazione al contenuto trattamentale - che può anche consistere nell'accesso allo svolgimento di programmi di giustizia riparativa.

Ed infatti, data la preclusione della sostituibilità immediata da parte del giudice della cognizione con l'affidamento in prova al servizio sociale in caso di condanna a pena sostitutiva (*ex* art. 67 l. 689/1981)[100], sempre considerando quanto previsto dal comma 3-*ter* dell'art. 47 ord. pen.[101], il condannato potrebbe preferire, al posto di una applicazione immediata di pena sostitutiva, l'ipotesi di attendere l'ordine di esecuzione e rivolgersi successivamente alla magistratura di sorveglianza per accedere alla misura alternativa[102].

In secondo luogo, profili di ineffettività e di difficoltà applicative delle pene sostitutive potrebbero derivare proprio dall'affidamento al giudice della cognizione del compito di selezionare l'*an* e il *quomodo* della pena. Sebbene sia proprio tale attribuzione a consentire al giudice di inibire l'accesso del reo-condannato in istituto di pena, al tempo stesso, tale compito è stato ora affidato ad un giudice storicamente non abituato a giudicare sulla pena e sulle sue modalità esecutive, compito sostanzialmente da sempre affidato alla magistratura di sorveglianza. Se

esecutivo comprendente reato di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni".

[99] Infatti, a differenza della detenzione domiciliare non prevede l'obbligo di custodia presso il domicilio. Rispetto alla semilibertà, l'affidamento in prova non contempla la permanenza presso l'istituto per almeno otto ore al giorno. Di contro, solo il lavoro di pubblica utilità sostitutivo risulterebbe più vantaggioso dell'affidamento in prova ai servizi sociali, sempre che la pena sostitutiva venga caratterizzata da un contenuto trattamentale rieducativo adeguato.

[100] Cfr. G.M. Pavarin, "La legge "Cartabia" tra pene sostitutive e sorveglianza. Il giudice di cognizione diventa finalmente (ma solo se vuole) giudice della pena, oltre che del fatto-reato", cit., p. 1.

[101] Art. 47, comma 3-*ter*, ord. pen.: "L'affidamento in prova può altresì essere concesso al condannato alle pene sostitutive della semilibertà sostitutiva o della detenzione domiciliare sostitutiva previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, dopo l'espiazione di almeno metà della pena, quando il condannato abbia serbato un comportamento tale per cui l'affidamento in prova appaia più idoneo alla sua rieducazione e assicuri comunque la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. Il tribunale di sorveglianza procede ai sensi dell'articolo 678 comma 1-ter, del Codice di procedura penale, in quanto compatibile".

[102] Sul punto, cfr. E. Dolcini, "Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive", cit., p. 11, il quale suggerisce l'eventualità per la quale, "subito dopo la lettura del dispositivo della sentenza che applica una pena non superiore a quattro anni, il giudice, se ricorrono le condizioni – in astratto – per sostituire la pena detentiva con una pena sostitutiva di cui all'art. 53 legge n. 689/1981, ne dia avviso alle parti e che l'imputato (o il suo difensore munito di procura speciale) possa acconsentire alla sostituzione con una pena diversa dalla pena pecuniaria. L'avvio dell'ulteriore fase del procedimento, nella quale si dovrà decidere sulla sostituzione e sulla scelta della pena sostitutiva, è dunque subordinata a una manifestazione di volontà dell'imputato, per il quale potrebbe risultare più vantaggioso far seguire alla condanna a pena detentiva un'istanza rivolta al tribunale di sorveglianza volta ad ottenere la concessione ab initio dell'affidamento in prova, misura più favorevole – in termini di sacrificio della libertà personale – rispetto alla semilibertà sostitutiva e alla detenzione domiciliare sostitutiva".

tradizionalmente il giudizio di cognizione è, appunto, un giudizio sul fatto, proiettato a cristallizzare quanto accaduto nel passato, quello di sorveglianza è assimilabile ad un giudizio sull'uomo[103], connotato dall'esigenza di compiere valutazioni molto precise sul profilo dell'individuo, allo scopo di favorire il recupero sociale del condannato e che, pertanto, dovrebbe guardare al futuro.

Ne deriva che il giudice di cognizione avrà bisogno di tempo per maturare un'esperienza sufficiente a svolgere adeguatamente anche il ruolo di *tribunale delle pene* e a sfruttare nel modo più efficace possibile la disciplina di giustizia penale *bifasica* "attenuata" [104] di cui all'art. 545-*bis* c.p.p., ispirata al modello del *deferment order*[105] britannico, e a saper impiegare le pene sostitutive in modo puntuale e in equilibrio sia con le misure sospensive o di *probation*, sia in rapporto alla pena detentiva.

In conclusione, proprio per supportare la magistratura in questo compito difficile, che merita attenzione, e per evitare che l'indice del giudizio sia rimesso all'intuizione del singolo magistrato, con conseguenze negative rispetto all'accesso a pene sostitutive più efficaci del carcere in punto di rieducazione, la previsione di strumenti di auto-regolamentazione dei profili metodologici di esercizio della discrezionalità[106] affidabili e condivisi, quali le *linee guida* come sopra immaginate, potrebbero fungere da elemento di razionalità.

Si tratterebbe, tuttavia, di una soluzione provvisoria, adatta all'attuale periodo storico e culturale, ben distante dal lasciare intravedere nel legislatore velleità di proseguire lungo il tracciato riformatore, comunque, assolutamente positivo avviato dalla riforma *Cartabia* o di puntare al completo superamento della centralità della pena detentiva quale paradigma sanzionatorio, attraverso l'inserimento di un catalogo di pene principali alternative attraverso una riedizione dell'art. 17 c.p.[107]

In mancanza di tali impulsi, al di là degli accorgimenti tecnico-normativi e di modifica della disciplina attuale, il rischio è di assistere alla frustrazione dello spirito della riforma e alla retrocessione della proiezione rieducativa della pena.

In questo senso e in prospettiva, il panorama futuro delle pene sostitutive e, dunque, delle *alternative* alla reclusione in funzione rieducativa, sembra ancora incerto e denso di difficoltà.

[103] G. Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Giuffré, Milano, 1983, p. 153.
[104] P. Felicioni, *Considerazioni sul processo penale bifasico*, in G. Conte, S. Landini (a cura di) *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni. Famiglia e successioni*, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, p. 168; M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, Aracne, Roma, 2013, p. 165.
[105] M. Wasik, A. Ashworth, "Issues in Sentencing Procedure", in *Criminal Law Review*, (2020), n. 5, p. 397.
[106] Sulla discrezionalità regolamentata di scelta, si rimanda a F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 4.
[107] F. Palazzo, "Quale futuro per le 'pene alternative'?", cit., p. 545.