# LE LATITUDINI APPLICATIVE DELLA COMMISURAZIONE E DELLA DISCREZIONALITÀ NEL SISTEMA DELLE PENE SOSTITUTIVE

di Andrea Abbagnano Trione
(*Professore aggregato di diritto penale dell'economia, Università degli Studi del Molise*)

Sommario: 1. La riforma delle pene sostitutive. – 2. La prospettiva di scopo nella sostituzione delle pene detentive brevi: dalla non desocializzazione alla integrazione sociale. – 3. La discrezionalità tra sospensione condizionale e pene sostitutive. – 4. I presupposti che legittimano la conversione della reclusione e dell'arresto nelle pene sostitutive ed il *favor libertatis*. – 5. La discrezionalità e l'individualizzazione della pena sostitutiva. – 6. Il *sentencing* giudiziario e l'integrazione sociale. – 7. La revoca e la conversione delle pene sostitutive. – 8. Il significato di valore del modello commisurativo nel sistema delle pene sostitutive. – 9. La discrezionalità tra diritto e scopi della pena.

1. Con la l. 27 settembre 2021, n. 134 è stata conferita la delega al Governo ad adottare, entro il termine di un anno, uno o più decreti legislativi di modifica del codice penale e della collegata legislazione speciale per la revisione del regime sanzionatorio dei reati, con la indicazione, quali prospettive di scopo, della semplificazione, della speditezza e della razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive[1].

*Razionalità* e *garanzie*: un deciso passo avanti rispetto al linguaggio involutivo di stampo populista e giustizialista che ha contrassegnato le scelte legislative più recenti[2], segnato da una dimensione di "panpenalismo imperante"[3], e da una vera e propria

[1] Testualmente, delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari – (Riforma del processo penale).

[2] Cfr., D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge – delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *www.sistemapenale.it*, 21.2.2022, 2, si esprime a favore della "sussidiarizzazione" del carcere a fronte della perdurante "inflazione penalistica" e della costante corsa al rialzo dei limiti edittali delle pene detentive che ha contraddistinto le politiche criminali dei primi anni del nuovo millennio.

[3] Sono trascorsi, invano, 25 anni da quando S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli 1997, 4, osservava che il "panpenalismo" associato a disfunzioni di carattere strutturale e ad una mancata politica di depenalizzazione ha inciso negativamente sul corretto funzionamento del processo, le cui carenze finiscono con l'ispirare scelte legislative che, tendendo, per lo più, a semplificare problemi probatori, finiscono per porre in discussione alcuni dei principi elementari di garanzia come quelli di materialità, offensività, determinatezza, e la stessa personalità della responsabilità penale.

"fabbrica delle illusioni"[4].

Il telaio della riforma coniuga tratti di idealismo, di pragmatismo e di efficienza di sistema, ove la sanzione è chiamata a risolvere un problema sociale secondo un progetto umanistico[5].

La prospettiva teleologica che fa da sfondo alla parte di "diritto sostanziale" riposa sull'obiettivo dell'erosione del modello carcerocentrico ed è proiettata su un diagramma i cui flussi combinano esigenze di prevenzione positiva/integratrice e garanzie costituzionali[6].

Una riforma di "diritto sostanziale collegata al processo"[7], animata dall'idea che il "rito" non potrà mai dirsi efficiente, se inefficiente ne è l'esecuzione penale[8].

Con il decreto legislativo 10.10.2022, n. 150 è stata data attuazione alla l. 134/2021[9] e, per la parte di nostro interesse, è stata integralmente revisionata la disciplina delle sanzioni sostitutive, già presenti nella complessa orditura punitiva a far data dalla l. 24 novembre 1981, n. 689.

---

[4] Così, E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 178.

[5] Non a caso, sottolinea M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 605, nello spirito della riforma il giudice di cognizione è da subito coinvolto nel definire programmi esecutivi in funzione rieducativa.

[6] Sulla riforma Cartabia, per quel che riguarda i profili sanzionatori, cfr., R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *DPP* 2021, 1168; O. Calavita, *La riforma Cartabia delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 13.2.2022, 1; G. Daraio, *Le alternative al carcere tra riforme tradite e svolte annunciate: prime osservazioni sulle novità contenute nella "legge Cartabia" (l. 27 settembre 2021, n. 134)*, in *www.archiviopenale*, 4.1.2022, 11; G.A. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23.8.2021, 1; E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive. La svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2.9.2021, 2; Id., *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive, Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in *www.sistemapenale.it*, 30.8.2022, 17; G. Fiandaca, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *www.sistemapenale.it*, 21.6.2021, 1; F. Fiorentin, *Va in soffitta la libertà controllata e potenziati i lavori di pubblica utilità*, in *GD* 2021, 87; A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.1.2022, 1; G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *www.sistemapenale.it*, 15.10.2021, 17; F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7.7.2021, 3; Id., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8.9.2021, 11; D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica criminale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 15.6.2021, 1; B. Romano, *La riforma del sistema penale secondo la commissione Lattanzi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23.6.2021, 1; M. Telesca, *La 'nuova' disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi previste dalla c.d. 'Riforma Cartabia'*, in *DPenCont*, 3/2021, 34; T. Travaglia Cicirello, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21.9.2022, 1.

[7] Così, M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia, cit.*, 593.

[8] Cfr., Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari in *www.sistemapenale.it*, 10.8.2022, 9. La relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150 è stata pubblicata in G.U., supplemento ordinario, n. 5 del 19.10.2022.

[9] Il d.lgs. 150/2022, di attuazione della l. 134/2021, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, è stato pubblicato in G.U., supplemento ordinario, n. 243 del 17.10.2022.

Il testo legislativo si articola in ben novantanove articoli, che innervano nel complesso il sistema della giustizia penale, con puntiformi modifiche del codice sostanziale, di quello processuale e delle discipline che ne sono di complemento.

A permeare la riforma concorre l'impegno del Governo al raggiungimento degli obiettivi del piano nazionale di ripresa e resilienza (P.N.R.R.)[10]. L'agognato obiettivo è affidato anche al riassetto delle *sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, ampiamente riviste negli spazi, nella specie e nei contenuti.

Nello specifico, con il varo della novella entra a far parte del codice penale l'art. 20-*bis*, dal titolo: *pene sostitutive delle pene detentive brevi*. La norma in parola, nel riaffermare la regolamentazione di settore in seno al capo III° della l. 689/1981, indica nella semilibertà sostitutiva, nella detenzione domiciliare sostitutiva, nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo, nella pena pecuniaria sostitutiva, le nuove sanzioni che potranno sostituire la reclusione e l'arresto.

Complementare alla risistemazione delle sanzioni sostitutive è l'introduzione poi, a mezzo dell'art. 545-*bis* Cpp, di un'udienza *ad hoc* nel corso della quale il giudice della cognizione verifica la sussistenza dei presupposti per la conversione della pena detentiva e definisce il piano punitivo sostitutivo[11].

La novità di maggiore calibro è l'ampliamento dell'ambito di operatività della detenzione sostituibile che arriva ora a coprire le condanne sino a quattro anni di carcere. La semilibertà sostitutiva e la detenzione domiciliare sostitutiva potranno essere applicate dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a quattro anni (art. 20-*bis*, co. 2, Cp). Nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo potrà essere convertita la condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a tre anni (art. 20-*bis*, co. 3, Cp). La pena pecuniaria sostitutiva, infine, potrà trovare applicazione in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a un anno (art. 20-*bis*, co. 4, Cp).

L'ascesa del *quantum* di pena sostituibile dalla misura di due anni di reclusione a

[10] La *vacatio legis* del d.lgs. 150/2022 dei 15 giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale scadeva il 1° novembre 2022. Senonché, tuttavia, anche a seguito di sollecitazioni della magistratura, la quale ha posto in evidenza la necessità di una graduale metabolizzazione delle novità legate alle indagini preliminari e alla udienza predibattimentale, il Governo, con d.l. 31.10.2022, n. 162, ne ha differito l'entrata in vigore alla data del 30 dicembre 2022. In argomento, con nota critica, vd. G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in *www.sistemapenale.it*, 31.10.2022. Il P.N.R.R. impegna l'Italia, entro il 2026, alla riduzione del 25% della durata media del processo penale nei tre gradi di giudizio. La parte sanzionatoria del sistema penale oggetto di revisione persegue lo scopo di restituire effettività e tempestività alle pene.

[11] La soluzione che ricalca quella dei sistemi anglosassoni, in Italia fu promossa dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale presieduta dal Prof. Grosso nel 1990 ed ancor prima, da autorevole dottrina, cfr. G. Vassalli, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari* (10 maggio-27 giugno 1957) a cura del Ministero di Grazia e Giustizia, Conferenze, II, Milano 1958, 732.

quattro anni assevera – e ne era giunta l'ora – il superamento del monopolio della pena detentiva anche per i reati di "media gravità"[12], senza per questo rinunciare a forme parziali di privazione delle libertà, come avviene con la semilibertà sostitutiva e con la detenzione domiciliare sostitutiva. Inoltre, per le pene fino ad un anno, il giudice di cognizione si troverà a disporre di sanzioni sostitutive, alternative alla pena pecuniaria, decisamente più incisive di quanto non lo sia la "soppressa" misura della libertà controllata[13].

Il dato fondativo della riforma Cartabia è che la pena detentiva[14] non debba più costituire la pietra angolare sulla quale puntellare il sistema sanzionatorio. Il carcere reca un effetto gravemente disgregante dei legami sociali, favorisce l'assimilazione della cultura desocializzante ed è, in definitiva, un costo sociale piuttosto che una risorsa. *Ergo*, salvo che per i delitti più gravi, è del tutto ragionevole affidarsi a risposte punitive di tipo alternativo.

2. L'introduzione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, con la l. 689/1981, portava a compimento il disegno legislativo già declinato nell'ordinamento penitenziario dalle misure alternative alla detenzione (l. 26 luglio 1975, n. 354). La conversione delle pene detentive di breve durata si riprometteva di scongiurare i ben noti effetti desocializzanti del carcere.

Il modello legislativo era addensato su di una sequenza di soluzioni extra-carcerarie a disposizione del giudice, e su di un corrispondente incremento dei relativi poteri discrezionali. Cavalcando l'onda di una stagione ermeneutica costituzionalmente feconda[15], il legislatore, all'art. 58 della legge di depenalizzazione (l. 689/1981), attribuiva al giudice la "facoltà" di convertire le pene detentive brevi in sanzioni sostitutive, proiettando particolare attenzione al reinserimento sociale del condannato[16].

La tensione verso la risocializzazione giocava il proprio ruolo non tanto nella fase della scelta sostitutiva (*an*), che risultava plasmata prevalentemente sull'idea della non desocializzazione. Il reinserimento del reo nella società orientava piuttosto la

[12] A. Cavaliere, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre, n. 134, c.d. Riforma Cartabia*, in *Dir. proc. pen.*, 1, esclude che ci si trovi – come sostenuto dai più – al cospetto di una vera e propria "fuga dalla sanzione", anche in ragione dei contenuti afflittivi comunque assegnati ad alcune sanzioni sostitutive.

[13] Vd., A. Cavaliere, *op. cit.*, 15.

[14] Definita "punizione regina" da T. Travaglia Cicirello, *op. cit.*, 1.

[15] In linea anche con i processi riformatori avviati da alcuni sistemi sanzionatori europei; vd. T. Travaglia Cicirello, *op. cit.*, 6.

[16] L'assetto originario dell'art. 58, l. 689/1981, nel disciplinare il *potere discrezionale del giudice nella sostituzione della pena detentiva*, ne definiva presupposti e orientamenti teleologici: «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».

scansione giudiziale avente ad oggetto il "tipo" di sanzione sostitutiva da prediligere all'atto della conversione della pena detentiva (*quomodo*).

Il vincolo finalistico poteva tuttavia essere disattivato dall'esercizio preliminare di una non indifferente prerogativa accordata al giudice. Il secondo comma, infatti precisava che il giudice: «non può tuttavia sostituire la pena detentiva quando presume che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato».

Un potere discrezionale che ha destato nel tempo non poche riserve.

L'inosservanza anche di una soltanto delle prescrizioni imposte al beneficiario della sostituzione della pena comportava poi – in modo inflessibile (a norma dell'art. 66, l. 689/1981) – la conversione del residuo di pena sostitutiva nella pena detentiva sostituita.

Le criticità dell'assetto disciplinare, anche in rapporto alla frequente sovrapposizione delle sanzioni sostitutive con la concorrente misura della sospensione condizionale della pena, rendevano ormai indifferibili "radicali correzioni di rotta"[17].

La legge delega del 2021 ha così demandato la regolamentazione del "potere discrezionale del giudice", onerando il Governo di compiti per nulla scontati dal momento che non era certo agevole tradurre il mandato legislativo in norme davvero efficaci[18].

Il legislatore delegante (art. 17, lett. *c*, l. 134/2021) indicava poi al Governo di prevedere che le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi fossero vincolate a concorrere alla rieducazione del condannato, assicurando, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo della commissione di altri reati[19].

Ed allora, nell'assetto emergente dalla recente riforma e, segnatamente, nell'art. 58, l. 689/1981, la commisurazione, la discrezionalità e la funzione risocializzatrice delle pene sostitutive si combinano con modalità più immediate e pregnanti.

Nella versione varata dalla "Cartabia", il diverso spessore della "discrezionalità" è già rimarcato dal titolo prescelto: *potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella*

---

[17] Come osservato da E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive, cit.*, 1.

[18] Ad avviso di autorevole dottrina, G.A. De Francesco, *op. cit.*, 9, l'indicazione data all'Esecutivo di disciplinare il potere discrezionale del giudice, non soltanto "suona" come riconoscimento della necessità di rendere operativo l'esercizio stesso di detto potere, ma anche come invito ad assolvere al compito di indicare "i binari atti a definirne l'estensione ed i limiti correlativi".

[19] Sull'argomento sia consentito il rinvio a A. Abbagnano Trione, *Una semantica persuasiva nel disegno di revisione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Dalle parole ai fatti*, in *PPG*, 1/2022, 238, ove osservavamo che: «Del lessico utilizzato, impressiona(va) in particolare l'utilizzo rafforzativo dell'avverbio "solo". Le pene detentive brevi trovano applicazione "solo" quando il giudice è in grado di formulare una prognosi favorevole circa la possibile metabolizzazione da parte del reo dei valori della collettività. Il riferimento stringente alle condizioni modali per l'accesso alla misura, sembrava cementare una proiezione teleologica dello strumento sostitutivo che neppure il dato costituzionale dell'art. 27, comma 3, aveva inteso impalcare nel suo (più circoscritto) riferimento ad una pena "tendenzialmente" rieducativa». La mancata riproduzione da parte dell'art. 58, l. 689/1981, nel testo modificato dal d.lgs. 150/2022, dell'avverbio "solo" è stata reputata una "variante di rilievo", così, E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive, cit.*, 15.

*scelta delle pene sostitutive*. Il ruolo del giudicante è chiamato a sagomare dapprima la fase applicativa della pena sostitutiva e poi il diverso crinale concernente la scelta della sanzione sostitutiva (più congrua) tra le quattro disponibili.

La riforma "investe" sul giudice e ne potenzia la discrezionalità[20], ingiungendogli di prestare maggiore attenzione al "vissuto" del reo, in una miscela verosimilmente feconda tra discrezionalità e prevenzione individuale positiva. Del resto, nella discrezionalità penale è compendiato un potere che tende precipuamente alla individualizzazione della pena. Ed appare del tutto appropriato che la scelta della misura sostitutiva, nel contrappeso tra le esigenze di rieducazione e di difesa sociale, venga affidata proprio a quel giudice che già ha avuto modo di decrittare l'episodio penalmente rilevante e la responsabilità dell'autore[21] e che da tale osservatorio potrà definire – in modo privilegiato – l'orizzonte evolutivo del piano sanzionatorio.

L'accento posto dal legislatore poi ai "doveri motivazionali" rimarca l'obbligo di coerenza e di congruità della discrezionalità rispetto agli indici di razionalità e di scopo.

I margini operativi della discrezionalità sono delimitati dai presupposti oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 20-*bis* Cp e 59, l. 689/1981, e dai criteri di commisurazione della pena definiti dall'art. 133 Cp. Vagliati favorevolmente i primi indici, al giudice viene indicato di orientare teleologicamente la discrezionalità, proiettandola verso gli scopi rieducativi, anche – ove necessario – mediante l'ausilio delle prescrizioni. Chi giudica infatti dovrà tener conto di eventuali *alert* di pericolosità sociale del reo, la cui comparsa non comporterà, tuttavia, la necessaria rinuncia ad avvalersi dei virtuosi percorsi sostitutivi, semmai la schermatura attraverso specifiche "prescrizioni", volte a infrenare il rischio di recidiva.

Il laboratorio della riforma, che – come è noto – ha preso le mosse dai lavori della Commissione Lattanzi[22], è apparso sin da subito schierato verso l'obiettivo della "integrazione sociale"[23]. Proprio al fine di valorizzare questa chiara opzione teleologica

[20] È stato sottolineato, G.A. De Francesco, *op. cit.*, 9, che la riforma delle pene sostitutive non intende consegnarne un ruolo di tipo clemenziale, piuttosto svela la determinazione del legislatore di responsabilizzare l'organo giudicante nella loro gestione.

[21] Come condivisibilmente osservato da G. Amarelli, *L'ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in *PPG*, 1/2022, 234.

[22] Si vd. Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al disegno di legge A.C. 2435, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello. La Relazione finale della Commissione Lattanzi è datata 24 maggio 2021, ed è consultabile sul sito *www.sistemapenale.it*, 25.5.2021.

[23] Le componenti positive delle idee general e specialpreventive nelle quali si compendia il felice slogan della "integrazione sociale", sono ben rappresentate negli studi di V. Maiello, *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, in *RIDPP* 1992, 1075; Id., *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli 2005, 97 ss.; cfr. anche, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore - Funzioni della pena e*

è stato irrobustito il ruolo dell'UEPE e sono stati resi flessibili i meccanismi di conversione e di revoca delle pene sostitutive, superando gli originari automatismi, i quali – come ricordato – facevano immancabilmente discendere dalla violazione delle prescrizioni integrative delle sanzioni sostitutive, la caducazione delle stesse.

Nella versione attuale, l'art. 58, l. 689/1981, indica al giudice di andare oltre il contenitore – *four season* – di cui all'art. 133 Cp e di applicare le pene sostitutive quando risultino più idonee alla rieducazione del "condannato" rispetto alla corrispondente pena detentiva sostituita[24].

Il giudicante dovrà procedere ad una valutazione comparativa tra i risultati attesi in termini di recupero sociale. Ove la pena sostitutiva risulti in concreto "più idonea" alla rieducazione del condannato dovrà senz'altro trovare applicazione. Delibazione quella affidata al giudice di cognizione dagli esiti alquanto scontati, posto che riesce davvero arduo immaginare come la pena detentiva – *sic stantibus rebus* – possa sortire in chiave prognostica esiti rieducativi più fecondi dalla condizione "meta-carceraria" assicurata dalle attuali quattro sanzioni sostitutive.

La novella attribuisce rilievo anche ad esigenze di difesa sociale a fronte della possibilità di sostituire pene detentive per tipologie di reato segnate anche da consistente gravità. L'indagine sull'idoneità della pena sostitutiva dovrà essere parametrata sul pericolo di possibili recidive, anticipando nella sede cognitiva quanto normalmente viene affidato al tribunale di sorveglianza nel decidere sulle misure alternative alla detenzione. Di qui la necessità di uno *screening* sul pericolo di recidiva

---

*sistematica teleologica*, Napoli 1992, 73. Merita di essere sottolineato che la promozione della integrazione sociale nella revisione delle pene sostitutive, inverata dalla riforma Cartabia, si pone in continuità con la recente giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale sembra progressivamente prendere le distanze da una concezione necessariamente polifunzionale della sanzione. Su tali aspetti, vd. C. cost., 8.3.2019, n. 40, su www.cortecostituzionale.it, con nota di R. Bartoli, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *RIDPP* 2019, 967 ss., secondo cui la «privazione della libertà personale e della sofferenza inflitta alla persona umana [deve essere contenuta] nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale»; vd. anche, C. cost., 11.7.2018, n. 149, su www.cortecostituzionale.it, con nota di E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.7.2018, in occasione della quale la Corte, pur dichiarando "legittime" le altre funzioni della pena, afferma la «non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra finalità». La dottrina, sulla scia della sempre attuale massima Kantiana secondo cui: «l'uomo non deve essere mai trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro», in E. Kant, *La metafisica dei costumi*, trad. it. Vidari, Bari 1970, 164, ribadisce che «l'uomo non può mai essere considerato, nel sistema della responsabilità penale, come il semplice mezzo per il perseguimento di finalità di politica criminale»; così, F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1965, 88. Sul punto, cfr. anche V. Militello, *Prevenzione generale e commisurazione della pena,* in *RIDPP* 1982, 184; F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006, 186.

[24] Per D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive, cit.*, 5 s., effetto della riforma è lo spostamento del baricentro delle pene sostitutive verso una logica pienamente specialpreventiva, avvicinando le pene sostitutive «alle "misure sospensivo - probatorie", con le quali da sempre condividono sia l'elemento della "precarietà" (la pena detentiva può riemergere laddove il reo dia "cattiva prova" di sé) sia quello della minore afflittività rispetto alla pena sospesa e alle quali sembrano ora accomunate pure dal finalismo risocializzativo».

e la possibilità di impartire "opportune prescrizioni" [25].

Prescrizioni – si è fatto notare[26] – che non sono quelle obbligatorie comuni di cui all' art. 56-*ter*, co. 1, l. 689/1981, come modificato dalla d.lgs. 150/2022, ma *obblighi e divieti* che potranno assumere tratti di specificità e di flessibilità in relazione, ad esempio, al tempo e al luogo di esecuzione della pena sostitutiva. La precisazione resa a modo di interpretazione autentica dalla Relazione illustrativa al decreto legislativo attuativo della l. 134/2021, è certamente ispirata all'obiettivo di ampliare l'applicazione delle pene sostitutive, garantendo un bilanciamento individualizzato con le esigenze di difesa sociale, ma non sembra fare adeguatamente i conti con il principio di riserva di legge. In assenza di un'adeguata tipizzazione, quanto meno dei loro caratteri essenziali, l'imposizione di prescrizioni che si riflettono comunque sull'esercizio di diritti individuali, rischia di far precipitare il potere discrezionale del giudice in vero e proprio arbitrio[27].

Riprendendo il filo del discorso, ad avviso dei compilatori della riforma, ove il giudice ritenga che le prescrizioni siano destinate ad essere inosservate, la pena sostitutiva finirà per non risultare idonea alla rieducazione del condannato, né potrà assicurare la prevenzione del pericolo di recidiva. Tuttavia, rispetto alla previgente previsione (art. 58, co. 2, l. 689/1981), connotata da una secca presunzione ("quando presume che …"), la disposizione attuale pone a carico del giudice – e a favore del condannato – uno standard di giudizio ben più rigoroso, tale per cui, per dare ragione della caducazione del processo sostitutivo dovranno sussistere "fondati motivi" (*da esplicitare adeguatamente*) che rendano concreta la previsione che le prescrizioni non saranno adempiute. In questo modo viene bandita dalla scansione valutativa ogni tipo di presunzione soggettiva o oggettiva[28].

3. Il giudicante, nelle ipotesi di una condanna a pena detentiva che per entità risulti suscettibile, al contempo, di essere sostituita *ex* l. 689/1981, o di essere sospesa a norma dell'art. 163 Cp, deve risolvere prioritariamente il nodo del "concorso di norme". Concorso che, per effetto del divieto espresso dall'art. 61-*bis* della l. 689/1981 (*le*

[25] F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, *cit.*, 12, descrive un sistema strutturato «a piramide», che comporta un'ampia discrezionalità del giudice, i cui spazi crescono «via via che si scende verso la base della piramide, con un ulteriore *surplus* di discrezionalità nel caso in cui egli ritenga di fare ricorso alle "opportune prescrizioni"», di cui all'art. 1, co. 17, lett. *c*, l. 134/2021.

[26] Vd., Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, *cit.*, 211.

[27] Indicazione normativa della quale è stata sottolineata la genericità ed il rischio che dia origine ad incertezze e disparità di trattamento in sede applicativa; così, A. Gargani, *op. cit.*, 12; sul punto, anche, G.A. De Francesco, *op. cit.*, 9, ad avviso del quale la fisionomia della prescrizioni andava rimessa al legislatore e non al giudice.

[28] In questi termini, Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, *cit.*, 211.

*disposizioni … relative alla sospensione condizionale della pena, non si applicano alle pene sostitutive …*), si trasfigura in "conflitto di norme". La riforma ha infatti messo fine alla possibile concorrenza dei due benefici e così le pene sostitutive non potranno più essere condizionalmente sospese[29].

Il giudice, con motivazione adeguata, potrà scegliere se ordinare la sospensione condizionale della pena – eventualmente subordinata agli obblighi di cui all'art. 165 Cp – ovvero propendere per la conversione della pena detentiva in una delle sanzioni sostitutive.

L'ampio ventaglio di soluzioni alternative, proprie della fase di giudizio in rassegna, appare ancora una volta funzionale all'individualizzazione del trattamento sanzionatorio e al migliore raggiungimento degli obiettivi di rieducazione e risocializzazione del condannato[30].

È del tutto verosimile che fin dove la sospensione condizionale della pena si potrà spingere, continuerà "a farla da padrona"[31].

Una prognosi sfavorevole quanto ai presupposti soggettivi di applicabilità della sospensione condizionale potrebbe poi essere destinata a condizionare il giudizio circa la sostituibilità della pena. L'inidoneità al beneficio della misura sospensiva potrebbe orientare per l'incongruenza anche del trattamento sanzionatorio sostitutivo. Ed allora, le sanzioni sostitutive concorrenti con la sospensione condizionale della pena continueranno ad esser "fagocitate" dalla stessa[32].

Il legislatore, con la sequenza lessicale di cui al primo comma dell'art. 58, l. 689/1981: *Il giudice, …, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva …*, sembra aver preso in considerazione l'eventualità che lo scrutinio sulla sospendibilità della pena possa volgere in senso sfavorevole senza che ciò debba comportare necessariamente la rinuncia alle sanzioni sostitutive.

Al riguardo non deve trascurarsi che la sospensione condizionale della pena, pur subordinata al rispetto di prescrizioni comportamentali, non è certamente "gravida delle conseguenze" di cui sono comunque portatrici le sanzioni sostitutive. Di talché,

---

[29] Sui controversi rapporti tra sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena, cfr. F. Palazzo, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, in *RIDPP* 1983, 819 ss.; E. Dolcini, C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano 1989, 275 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, parte gen*erale, 10ª ed., Milano 2021, 750; A. Gargani, *op. cit.*, 3.

[30] Cfr., Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, *cit.*, 211.

[31] Così D. Bianchi, *op.* cit., 13.

[32] È questa l'ipotesi formulata da D. Bianchi, *op. cit.*, 13. L'A., nell'occasione, formulava l'auspicio che il legislatore delegato precisasse che l'eventuale prognosi di recidivanza preclusiva della sospensione condizionale non fosse destinata necessariamente ad impedire la sostituzione, e ciò tenuto conto del fatto che i contenuti afflittivi e le prescrizioni delle pene sostitutive paiono di per sé sufficienti a contenere il rischio di reiterazione criminosa non adeguatamente fronteggiabile con la sola sospensione condizionale.

una prognosi sfavorevole che orienti per il disconoscimento del beneficio della sospensione della pena, non esclude affatto che il giudice, tenuto conto della diversa portata afflittiva delle pene sostitutive e del fatto che la loro applicazione possa essere assicurata da un ulteriore carico di *obblighi e di divieti*, si apra alle soluzioni offerte dal modello sostitutivo.

In altri termini, il diniego della sospensione condizionale della pena non può e non deve costituire una ragione insuperabile per mutuare la pena dall'*afflizione in carcere*, all'*afflizione in libertà*.

La chiave di lettura offerta si riflette anche sugli snodi della discrezionalità. Il giudice della cognizione, filtrate positivamente le coordinate che danno diritto d'asilo al modello sostitutivo, *scilicet*, i limiti fissati dalla legge, i criteri indicati nell'articolo 133 Cp, l'idoneità rieducativa, le esigenze di difesa sociale, potrà applicare una pena sostitutiva anche quando abbia inteso negare il beneficio della sospensione condizionale della pena. Altrimenti, dovrà rendere chiaramente manifeste le ragioni che lo hanno indotto ad escludere tanto la sospensione condizionale della pena detentiva, quanto la conversione della reclusione o dell'arresto in una delle pene sostitutive e chiarire che cosa, in concreto, gli abbia impedito di sintonizzarsi sulla dimensione di mitezza che traspare dal presente capitolo della riforma Cartabia.

4. Ai sensi dell'emendato art. 58, co. 1, l. 689/1981, il giudice, nel vagliare le condizioni per l'attivazione del meccanismo sostitutivo, "tiene conto" dei criteri indicati dall'articolo 133 del codice penale.

Gli indicatori in questione consentiranno di misurare la gravità oggettiva e soggettiva del fatto e di cogliere i coefficienti di meritevolezza e di bisogno di pena[33].

Il piano di riferimento dei criteri commisurativi è funzionale a sciogliere l'*an* della sostituzione ed è propedeutico al segmento valutativo che concerne la scelta tra le sanzioni sostitutive astrattamente applicabili (co. 2).

Il legislatore nel delegare al Governo la disciplina del potere discrezionale del giudice nella scelta tra le pene sostitutive (art. 17, lett. *c*, l. 134/2021), gli ha affidato anche il compito di colmare il "vuoto nei fini"[34], vincolando la discrezionalità al rispetto di indici di scopo[35]. La proiezione della discrezionalità verso gli obiettivi promossi nella

[33] Vd., Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, *cit.*, 210.

[34] Cfr., A. Abbagnano Trione, *Una semantica persuasiva*, *cit.*, 245.

[35] La dottrina, vd., C. Iagnemma, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *RIDPP*, 3/2019, 1475, ha lamentato l'assenza nella fase di determinazione giudiziaria della pena di cui all'art. 133 Cp del "profilo qualitativo". Ciò ha favorito l'omogeneità contenutistica delle pene irrogate ovvero un risultato *contrario* a quello dell'individualizzazione, che dovrebbe costituire la *ratio* stessa del potere discrezionale. Suggerisce l'A. di accordare ai giudici la possibilità di operare *valutazioni anche di indole qualitativa,* mediante l'apprezzamento delle peculiarità di singole vicende *umane*

novella e, segnatamente, verso il finalismo rieducativo, richiede poi – a garanzia dell'effettivo assolvimento dell'itinerario – un saldo ancoraggio a strumenti di controllo[36]. Sono stati imposti all'uopo obblighi motivazionali diffusi e rafforzati, tali da consentire una verifica critica degli spazi esplicativi della discrezionalità nei diversi gradi di giudizio[37].

Una volta che il giudice ritenga di poter sostituire la pena detentiva, dovrà misurarsi con la previsione di cui al secondo comma dell'art. 58, l. 689/81, ove è regolato il *quomodo* della sostituzione delle pene detentive di "media portata": *tra le pene sostitutive il giudice sceglie quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo*.

È stato osservato che l'endiadi – rieducazione e reinserimento sociale – benché apparentemente ultronea, potrebbe rivelarsi utile nella misura in cui venga ribadito il favore per la prevenzione speciale e la minimizzazione della prevenzione generale[38].

Il legislatore ingiunge al giudice di risolvere il *quomodo* della sanzione nella direzione del «*minor sacrificio della libertà personale*»: una formula efficace ed utile anche a definire le priorità in seno alle soluzioni sostitutive. Nel rispetto dei limiti di pena di cui all'art. 20-*bis* Cp, il giudice di cognizione deve prediligere la pena pecuniaria alle altre misure sostitutive; la scelta del lavoro di pubblica utilità sostitutivo prevale sulla detenzione domiciliare sostitutiva e sulla semilibertà sostitutiva, e così via. Il criterio ripete le sue caratteristiche dalla soluzione adottata – in sede processuale – per graduare le diverse misure cautelari astrattamente applicabili (cfr. art. 275 Cpp)[39].

La regola di giudizio infonde salutare linfa ai connotati di minimizzazione del progetto punitivo insito nel sottosistema delle pene sostitutive ed intorno ad essa potrebbe essere rinsaldato un canone interpretativo di particolare fecondità per il più

---

«esterni al puntiforme episodio criminoso ma che, nondimeno, si connettono e si ripercuotono sul reo». Dalla presa in carico di tali fattori si possono ottenere pene più personali, più congrue alle esigenze rieducative del reo e, perciò, più giuste. In quanto tali, anche più efficaci sul piano della prevenzione generale e speciale.

[36] Il co. 2 dell'art. 58, l. 689/1981, come modificato dalla "Cartabia", ricalcando l'art. 132, co. 1, Cp, chiede al giudice di indicare «i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo». Alla luce dell'esperienza maturata con l'analoga disposizione del codice penale relativa alla motivazione sulla misura della pena, si teme che la nuova regola possa avere uno scarso impatto sulla prassi; è di questo avviso, E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive, cit.*, 17.

[37] Prospettiva quest'ultima che si allinea favorevolmente all'evocato rispetto delle garanzie difensive e che invero, non appare del pari aderente alle restanti finalità declamate dalla "Cartabia" e, segnatamente, alla semplificazione e alla speditezza del processo penale. Abbiamo anticipato tali criticità in A. Abbagnano Trione, *Una semantica persuasiva*, *cit.*, 245.

[38] Di questo avviso, E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive, cit.*, 17.

[39] Ricordiamo che nel disporre la custodia cautelare in carcere – la più afflittiva tra le misure cautelari – «il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo elettronico di cui all'art. 275-*bis*, co. 1 c.p.p.».

ampio universo punitivo.

La previsione contenuta al terzo comma rinforza il tessuto connettivo del *favor libertatis*: nel limite dei tre anni di detenzione carceraria, quando sono astrattamente spendibili tutte e quattro le pene sostitutive, il giudice dovrà indicare le ragioni specifiche che lo hanno indotto a ritenere inidonee in concreto le soluzioni offerte dal lavoro di pubblica utilità sostitutivo o dalla pena pecuniaria sostitutiva, alle quali ha, nel caso specifico, preferito la semilibertà sostitutiva o la detenzione domiciliare sostitutiva.

5. Nel recinto applicativo definito dai "tipi punitivi" della semilibertà sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva e del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, il novellato art. 58, co. 4, l. 689/1981, prescrive al giudice di tener conto di peculiari condizioni soggettive del condannato per individuare la più congrua tra le possibili opzioni sostitutive. Si tratta di un *collage* di canoni informatori che spazia dall'età anagrafica, alla situazione di maternità o di paternità[40], dalla salute fisica o psichica, alla condizione legata all'affezione da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, e allo *status* di disturbo dovuta all'utilizzo di sostanze o di alcol[41]. Da ultimo, fa ingresso tra gli indici di orientamento, la condizione di disturbo generata dal gioco d'azzardo, purché certificata da agenzie autorizzate.

Dallo spirito della disposizione emerge la venatura individualizzante delle pene sostitutive ed il riconoscimento della centralità dell'uomo e della sua dignità che deve fare da sfondo alle scelte discrezionali nella dinamica di conversione delle pene detentive sostituibili.

In particolare, l'attenzione rivolta dal legislatore alle condizioni di disturbo da uso di sostanze o di alcol ovvero da gioco d'azzardo, alle affezioni da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, è funzionale ad indirizzare il giudizio penale ad una gestione degli istituti sostitutivi in chiave "terapeutica". Pene sostitutive connotate da prescrizioni trattamentali potranno rispondere – con il dovuto tempismo – alla necessità dei destinatari di essere sottoposti a programmi di assistenza, ad essere curati, e auspicabilmente a risolvere stati patologici che potrebbero essere stati alla "radice" dell'atto criminale. Il che vale quanto dire, possibilità di combinare effettivamente il recupero sociale con il contenimento dei tassi di recidivismo[42].

---

[40] Lo *status* di paternità rileva nei limiti definiti dall'art. 47-*quinquies*, co. 7, l. 354/1975, fermo quanto previsto dall'art. 69, co. 3 e 4, vale a dire, quando la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole a persone diverse dal padre.

[41] Condizioni alle quali già attribuiva rilievo l'ordinamento penitenziario quanto all'applicazione delle misure alternative alla detenzione.

[42] Il tema dell'affidabilità delle basi conoscitive per le decisioni di carattere prognostico è di fondamentale importanza nell'economia di una trattazione che debba fare i conti con gli scopi della pena. Su questi temi è

Nel complesso si apprezza una spiccata attenzione alla "persona" nella sua caleidoscopica proteiformità; attenzione segnata non soltanto dal monitoraggio degli stati di precarietà psico-fisica, quanto da parametri assolutamente ordinari, quali quelli dell'età anagrafica o della genitorialità. Questi ultimi, non meno dei primi, potranno risultare essenziali nel processo di comprensione delle esigenze del condannato e del programma riabilitativo a lui più congeniale.

6. L'ampia gamma di soluzioni sostitutive gemmate dal progetto Cartabia, l'approfondita visualizzazione delle problematicità individuali, l'adeguata definizione delle soluzioni trattamentali, anche di indole terapeutica, rivendicavano "tempi e spazi processuali" specifici. Il legislatore, nel rispondere a tale domanda, ha introdotto – a norma dell'art. 545-*bis* Cpp – una fase di giudizio espressamente rivolta a "processare" le pene suscettibili di sostituzione. La disposizione stabilisce che il giudice, al ricorrere delle condizioni per la conversione della pena detentiva in una o più delle pene sostitutive, informi le parti, onde verificare l'interesse dell'imputato alla sostituzione della pena detentiva, eventualmente sospendendo il processo e fissando un'apposita udienza. Raccolta l'adesione del condannato[43], la fase di cognizione si apre alla raccolta di quante più informazioni possibili sulla persona, onde costruire un programma realmente sintonizzato sulle relative esigenze individuali. Così, ai sensi del co. 2 dell'art. 545-*bis* Cpp, al fine di decidere sulla sostituzione della pena detentiva e sulla scelta della pena sostitutiva, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni da impartire, il giudice potrà acquisire dall'UEPE tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle "condizioni di vita personale, familiare, sociale, economica e patrimoniale dell'imputato", per confezionare un prodotto speculare alla finalità di recupero e di reinserimento sociale.

Il giudice, in armonia con quanto previsto anche dall'art. 58, co. 4, l. 689/1981, dispone dell'ausilio dell'UEPE, quale agenzia preposta all'esecuzione anche delle pene sostitutive, per l'elaborazione del programma di trattamento della semilibertà

---

doveroso il rinvio allo studio di L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena,* Napoli 1984, 127 ss., nel quale veniva denunciata la inadeguatezza delle metodologie adottate per le prognosi rieducatrici. Quest'ultime, infatti, si fondano su di una piattaforma conoscitiva pressoché esclusivamente documentale, laddove è necessario ampliare il giudizio verso la conoscenza diretta dell'interessato ed alla acquisizione di ogni altro elemento personale comunque suscettibile di valutazione nell'ambito del giudizio prognostico. Sono trascorsi più di 50 anni da quando, G. Guadagno, *Accertamento del fatto e accertamento della personalità come presupposti per l'applicazione della sanzione penale,* in *Foro pen.* 1970, 34, perorava la predisposizione di una cartella biografica del reo, da allegare al processo penale, contenente il quadro preciso delle condizioni biopsichiche del soggetto, l'anamnesi individuale e familiare; vd., sul tema, anche, T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale,* in *RIDPP* 1992, 431.

[43] Nel caso della conversione della pena detentiva in pena pecuniaria sostitutiva non è prevista l'adesione del condannato.

sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva e del lavoro di pubblica utilità sostitutivo. Potrà anche acquisire, dai soggetti a ciò abilitati, la certificazione di disturbo da uso di sostanze o di alcol ovvero da gioco d'azzardo e il programma terapeutico che il condannato abbia in corso o al quale intenda sottoporsi.

Muovendo dall'esperienza della giustizia penale minorile, da quella raramente battuta del giudice penale di pace, ed ancora, da quella della sospensione del processo con la messa alla prova (art. 168-*bis* Cp) - istituti avvinti dallo scopo di flettere la risposta al reato in funzione della personalità e del contesto di vita del reo - prende corpo in Italia il cd. modello processuale bifasico[44].

Di certo i "tempi e gli spazi processuali" necessari per rispondere in maniera adeguata alla "filosofia" che informa il modello sostitutivo di nuovo conio, rischiano di rallentare, e non di poco, l'incedere del giudizio. In quanto tale, il cd. *sentencing* finirà per confliggere con le concorrenti priorità predicate dalla riforma Cartabia e, segnatamente, con la "semplificazione e la speditezza del processo" ed è fondato il timore che non tarderà il momento in cui il legislatore sarà chiamato a comporre il "conflitto ideologico" [45].

7. Alcune correzioni di rotta ed aperture alla discrezionalità si registrano anche nella revisione delle "risposte" alle inosservanze trattamentali.

La disciplina in argomento è compendiata nei novellati artt. 66 (*Revoca per inosservanza delle prescrizioni*) e 71 (*Esecuzione della pena pecuniaria sostitutiva. Revoca e conversione per mancato pagamento*), l. 689/1981.

L'inosservanza delle modalità esecutive definite dalle disposizioni sulla semilibertà sostitutiva, sulla detenzione domiciliare sostitutiva e sul lavoro di pubblica utilità sostitutivo, ovvero la violazione *grave o reiterata* degli obblighi e delle prescrizioni ad esse inerenti, danno ragione della revoca del beneficio (art. 66, l. 689/1981).

Innovando rispetto al passato, il legislatore ha tuttavia previsto che la parte residua di pena da espiare potrà essere convertita tanto nella pena detentiva sostituita, quanto in un'altra pena sostitutiva, seppure più grave di quella oggetto di revoca.

Qui, ancor più che altrove, si coglie l'afflato *libertatis* che pervade la riforma delle pene sostitutive. La soluzione a favore di un'afflizione in libertà (o in semilibertà)

---

[44] Sul *sentencing* giudiziario, vd., D. Bianchi, *op. cit.*, 19 e, per i contributi precedenti alla novità legislativa, vd., F. Caprioli, *Processo penale e commisurazione della pena*, in M. Pavarini, Silète poenologi in munere alieno! *Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna 2006, 139; G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino 2004, 16; P. Comucci, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Gd. Pisapia*, II, Milano 2000, 105; L. Kalb, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, ivi, 391 ss.; G. Mannozzi, voce Sentencing, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino 1991, 158; G. Conso, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *RIDPP* 1968, 706 ss.

[45] M. Telesca, *op. cit.*, 34, ammonisce sul fatto che le sanzioni sostitutive possano essere asservite alle ragioni del processo penale, ovvero come ipotesi decongestionante il carico giudiziario o il sovraffollamento carcerario.

rimane aperta persino nel caso in cui il condannato abbia trasgredito i precetti imposti dal giudice, parzialmente disattendendo l'originaria prognosi di meritevolezza formulata in sede di conversione della pena detentiva. La possibilità di accordare una diversa pena sostitutiva, in luogo dell'automatica riconversione nell'originaria pena detentiva, rivela la profonda fiducia riposta dal legislatore nella capacità del giudice di parametrare le risposte del sistema punitivo alle singolarità del fatto concreto e di informare la discrezionalità ad una logica gradualistica.

L'art. 71, l. 689/1981, specificamente rivolto a disciplinare le inosservanze legate alla condanna alla pena pecuniaria sostitutiva, dispone la revoca della misura nel caso di mancato pagamento dell'obbligo pecuniario. Per il residuo di pena da espiare è esclusa l'ipotesi della conversione nella pena detentiva sostituita. Il legislatore ha optato, piuttosto, per la conversione della pena pecuniaria sostitutiva in semilibertà sostitutiva o in detenzione domiciliare sostitutiva.

Ove, infine, il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva sia dipeso dalla precarietà delle condizioni economiche e patrimoniali del condannato al momento dell'esecuzione, la pena pecuniaria sostitutiva verrà revocata e convertita nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o, nel caso di opposizione del condannato, nella detenzione domiciliare sostitutiva.

Anche dalla trama disciplinare delle ipotesi di revoca e di conversione delle pene sostitutive risalta l'ampio margine di discrezionalità affidato al giudice. In piena sintonia si colloca il disposto dell'art. 72, co. 4, l. 689/1981, nella versione emendata dal d.lgs. 150/2022, nel quale si prevede che alla condanna a pena detentiva per un delitto doloso commesso durante l'esecuzione di una pena sostitutiva (diversa dalla pena pecuniaria) non debba necessariamente seguire la revoca del residuo di pena sostitutiva e la conversione nella pena detentiva sostituita. Tale effetto si produrrà solo a condizione che la condotta criminosa appaia incompatibile con la prosecuzione della pena sostitutiva, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 58, d.lgs. 689/1981, secondo una valutazione rimessa al giudice che ha applicato la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità ovvero al magistrato di sorveglianza competente per la detenzione domiciliare sostitutiva o la semilibertà sostitutiva[46].

8. Per tirare le fila del discorso, merita considerazione la possibilità data al giudice, in un'articolazione riccamente distribuita di soluzioni sostitutive e nello spazio operativo reso più capiente dall'innalzamento fino a quattro anni delle pene detentive sostituibili, di poter tener conto di un largo catalogo di indici soggettivi. A irrobustire

[46] Della nuova disciplina merita ancora di essere sottolineato che tra i presupposti di revoca non compaiono le condanne per contravvenzione o per delitto colposo: anche a questo proposito la riforma si attiene a una linea di ragionevole mitezza.

il quadro di insieme ed il giudizio di favore sulle novità introdotte, si pone il co. 2 dell'art. 545-*bis* Cpp, nella parte in cui ribadisce che il giudice – al fine di decidere sulla sostituzione della pena detentiva e sulla scelta della pena sostitutiva, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni – possa acquisire dall'UEPE tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle *condizioni di vita personale, familiare, sociale, economica e patrimoniale dell'imputato* e di rivolgersi alla medesima agenzia per ricevere il programma di trattamento a corredo della semilibertà sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva e del lavoro di pubblica utilità sostitutiva.

Nella combinazione di misure sostitutive diversificate, di parametri informatori spiccatamente umanistici, di forme di collaborazione con risorse professionali specializzate nel "trattamento", è possibile leggere un'orditura tesa davvero all'individualizzazione della pena e alla sua articolazione in termini quantitativi e qualitativi che *potrà e dovrà* trovare negli spazi di discrezionalità del giudice la sua traduzione concreta[47].

Il tempo ci dirà se le soluzioni organiche offerte dalla "Cartabia" quanto alla disciplina sulle pene sostitutive possano costituire il volano per una più ampia revisione – in chiave costituzionale – dei criteri di commisurazione di cui agli artt. 132 e 133 Cp, in seno al quale il carcere possa davvero costituire l'*extrema ratio*, in una cornice di risposte di ampio respiro e contenutisticamente adeguate al reato e al reo.

In uno studio recente sulla discrezionalità è stato sottolineato che le ambiguità proprie dell'art. 133 Cp appaiono vincibili a condizione che la valutazione in sede di commisurazione sia tesa davvero ad *individualizzare* le conseguenze sanzionatorie, così conferendo loro effettiva capacità di orientamento culturale[48]. Il potere discrezionale accordato al giudice dall'art. 132 Cp allo stato consente di spaziare solamente all'interno della forbice edittale (piano *quantitativo*), senza che sia dato accesso ad alcuna diversificazione *qualitativa* delle misure sanzionatorie[49]. Senonché, una discrezionalità sanzionatoria che si limita ad intendere "la pena" quale "asettico corrispettivo del reato", non appare in grado di rispondere all'istanza rieducativa. La sanzione deve essere calibrata a "misura d'individuo" e, quindi, va diversificata anche nei possibili contenuti. La pena modulata contenutisticamente – sin dal momento

[47] Sull'argomento, esprime qualche riserva F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, *cit.*, 3, nel concludere che il ridimensionamento del carcere è operazione che finisce per essere rimessa al giudice in luogo di una più radicale scelta di politica legislativa.

[48] Vd., C. Iagnemma, *op. cit.*, 1472. L'A. suggeriva di superare i vincoli di cui all'art. 220 Cpp, consentendo al giudice di studiare la personalità dell'imputato, ove questi vi acconsenta. La «strozzatura» dell'art. 220, co. 2, Cpp, con il divieto di effettuare perizie per stabilire il carattere e la personalità del reo, finisce per privare il sistema di strumenti idonei ad apprezzare la capacità a delinquere dell'imputato.

[49] In argomento, F. Palazzo, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *DPP* 2013, 105.

della sua irrogazione – sulla "persona" e sulla possibilità di ricomporre la frattura con il fatto illecito nei suoi rapporti con la comunità sociale e la vittima, appare in grado di favorire un'autentica adesione da parte del condannato alle regole infrante nel passato[50].

Del resto, che il giudizio sulla pena non debba essere espresso in termini di mera proporzionalità quantitativa è il portato anche delle più moderne riflessioni della giurisprudenza costituzionale e di quella delle Corti sovranazionali. La Consulta, nel vagliare la legittimità del trattamento sanzionatorio previsto per talune fattispecie di reato, ha affermato che «il controllo di proporzionalità sulla cornice edittale» consiste «non già in una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche», ma in un giudizio di valore da condurre alla luce dei principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 27 Cost.[51].

Merita menzione anche l'orientamento della Corte di giustizia UE, la quale ha disarticolato il principio di proporzione nei caratteri di "idoneità", di "necessità" e di "proporzionalità (della pena) in senso stretto", declinando, attraverso i primi due criteri, indicatori di indole qualitativa: l'"idoneità" concerne l'attitudine di uno strumento giuridico a raggiungere il risultato desiderato; la "necessità", indica invece il mezzo dalla cui applicazione derivino conseguenze negative minori[52].

9. Lo studio relativo alla definizione del corretto ambito di espansione della discrezionalità penale è chiamato a modulare aspetti concettuali, dati prasseologici e posizioni di scopo, nella condivisione dell'idea secondo cui il sistema razionale del diritto è il prodotto, perennemente in *fieri*, della collaborazione tra legislatore, giuristi e giudici[53].

In una pregevole ricostruzione di itinerari giuridico-culturali concernenti le interazioni tra il potere discrezionale, la commisurazione e le funzioni della pena, si è rilevato come la discrezionalità rappresenti principalmente il frutto di una precisa scelta di politica criminale del nostro sistema penale che, in vista della funzione di

---

[50] Così, C. Iagnemma, *op. cit.*, 1472.

[51] Con sentenza 14.4.1980, n. 50, su www.cortecostituzionale.it, annotata da C.E. Paliero, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi* in *RIDPP* 1981, 726 ss., la Corte costituzionale, affrontando la problematica delle pene fisse, ha sottolineato che «l'individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale». Cfr., più di recente, C. cost., 10.11.2016, n. 236, su www.cortecostituzionale.it, con nota di F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *archiviodpenaleuomo.org*; C. cost. 5.12.2018, n. 222, su www.cortecostituzionale.it, con nota di A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *archiviodpenaleuomo.org.*

[52] Vd., C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *DPenCont*, 1/2012, 111.

[53] L. Gianformaggio, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, 1987, I, 326.

integrazione sociale, si affida al giudice, perché attraverso il finalistico apprezzamento del fatto e della personalità del reo, adotti quella decisione che sia coerente con i fondamenti dello stato sociale di diritto[54]. Sicché, connotazione propria della discrezionalità è il rinvio da parte della legge al giudice affinché questi, attraverso un'attività prevalentemente valutativa[55], individui la regola da applicare al caso concreto[56]. Il legislatore rinunzia ad esprimere un "significato astratto"[57], data la peculiarità dell'oggetto della valutazione e rinvia al giudice perché colga, nella multiforme varietà dei casi concreti, la "significazione di valore" più idonea a produrre delle conseguenze penali[58].

L'esame dei dati codicistici disponibili (artt. 132 e 133), oggi corroborati dalle indicazioni provenienti dalla revisione del modello sostitutivo della pena, consentono di identificare con maggiore accuratezza il perimetro operativo e funzionale della discrezionalità penale.

I criteri di commisurazione segnalano la necessità che l'indagine si proietti verso la personalità dell'agente, ponendo a carico del giudice l'obbligo di fare tutto il possibile per individualizzare la pena in vista del raggiungimento dei fini che essa persegue. L'art. 133 Cp rappresenta, infatti, il frutto dell'impossibilità per il legislatore di fissare in forma astratta i differenti significati di valore e di disvalore del fatto, tali da condizionare un certo trattamento giuridico-penale, nonché i differenti tipi criminologici capaci di realizzare in concreto la fattispecie legale[59].

Per quanto riguarda la finalità della pena, è del tutto residuale il margine per scelte discrezionali[60]. La rieducazione, quale predicato teleologico della pena, non è criterio che si aggiunga a quelli indicati dall'art. 133 Cp, piuttosto costituisce il metro per la valutazione dei medesimi e rappresenta l'unico dato che resta normativamente fissato e che deve essere immediatamente individuato, in via interpretativa, essendo preliminare alla valutazione del caso concreto[61].

Le latitudini applicative della discrezionalità declinate dalla riforma Cartabia e la proiezione teleologica delle pene sostitutive di recente fattura, ampiamente conformato sui referenti costituzionali della dignità dell'uomo e della funzione

---

[54] Cfr. R. Saturnino, voce *Discrezionalità,* in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, 3.
[55] Si veda E. Dolcini, *Discrezionalità del giudice e diritto penale,* in *Diritto penale in trasformazione,* a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano 1985, 261.
[56] E. Dolcini, *op. ult. cit.*, 261.
[57] Cfr. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, *cit.*, 100. Id., *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *RIDPP* 1964, 1019. Sull'argomento, vd. G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova 2009, 400.
[58] Cfr. F. Bricola, *La discrezionalità*, *cit.*, 100.
[59] F. Bricola, *op. ult. cit.*, 99.
[60] Sia consentito il rinvio ad A. Abbagnano Trione, *I confini mobili della discrezionalità penale,* Napoli 2008, 62.
[61] In argomento, F. Bricola, *op. ult. cit.*, 102.

rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.) [62], indicano di insistere nella direzione della individualizzazione del trattamento sanzionatorio[63]. La discrezionalità postulata dalla recente riforma dell'art. 58, l. 689/1981, a prima lettura e salvo la verifica dell'officina della pratica, nell'orbitare attorno al *potere-dovere* di relativizzare le scelte punitive in accordo con l'*extrema ratio* e con un sistema sanzionatorio dal "volto umano", appare virtuosamente informata al razionalismo del diritto penale liberale. È questa la chiave di lettura, invero non l'unica possibile tra quelle che trapelano dal tessuto connettivo della recente riforma, sulla quale, tuttavia, merita di essere impalcato il cantiere sempre aperto della riflessione sulla pena e dei suoi surrogati.

Il radicamento – emergente in maniera ferma dal testo riformato – nei *doveri motivazionali del giudice*, ove realmente coltivato nella prassi applicativa, è un nodale strumento di chiusura e di garanzia di una discrezionalità penale che intenda davvero essere proiettata verso gli scopi positivi della prevenzione speciale.

[62] Sui rapporti tra Costituzione e diritto penale, si veda, F. Bricola, *Il II° e III° comma dell'art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma 1981, 228.

[63] Il rango costituzionale del principio di discrezionalità nella commisurazione della pena viene riconosciuto pacificamente in dottrina; cfr., N. Mazzacuva, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale, nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, tomo I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano 2006, 438.