

LA RIFORMA IN MATERIA DI SANZIONI SOSTITUTIVE *

di Alberto Gargani

(*Ordinario di diritto penale, Università di Pisa*)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La crisi di effettività delle sanzioni sostitutive. - 3. Le indicazioni del progetto “Lattanzi”. - 4. Il nuovo assetto disciplinare di cui alla l. 134/2021. - 4.1. Le singole sanzioni sostitutive. - 4.2. Principali profili differenziali rispetto al progetto “Lattanzi”. - 4.3. Un profilo qualificante: i criteri direttivi aventi ad oggetto il potere discrezionale del giudice in sede di sostituzione. - 4.4. I problematici rapporti con la sospensione condizionale e l’ambivalenza sistematica di talune sanzioni sostitutive. 4.4. Linee di tendenza tra passato e futuro. - 4.5. La crescente (ed insostenibile) divaricazione tra pena edittale e pena inflitta in concreto.

1. Nella prospettiva del superamento del predominio della pena carceraria, quella concernente le sanzioni sostitutive e la giustizia riparativa viene identificata come la parte più innovativa del processo di riforma in atto, dal punto di vista del diritto sostanziale¹.

Avuto riguardo, in particolare, alle sanzioni sostitutive², deve essere rilevato come si tratti, in realtà, di un intervento riformatore anticipato da dibattiti assai risalenti che appaiono destinati ad essere periodicamente riaperti e ripetuti: quello della rinuncia all’esecuzione di pene detentive di breve durata è, infatti, un fenomeno comune in Europa almeno a partire dalla seconda metà del secolo XIX³. Quelle, che a prima vista,

* Si tratta del testo (corredato di note) della relazione svolta a Siena il 10 dicembre 2021 -in occasione del convegno su “*Stato e prospettive del sistema sanzionatorio*”, organizzato dal Dipartimento di Dipartimento di scienze politiche e internazionali dell’Università di Siena- e destinata ad essere pubblicata nel volume dei relativi atti, curato da R. Bartoli e R. Guerrini (che si ringraziano per averne consentito la pubblicazione su questa rivista).

¹ V. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *SP* 2021, 11.

² Sulla nozione di sanzioni sostitutive in senso stretto, v. G. Mannozi, v. *Sanzioni sostitutive*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*², Padova 2007, 2406, secondo la quale esse corrispondono «a quelle misure che possono essere applicate dal giudice in forza di una *clausola generale di sostituzione* della pena detentiva operativa a livello commisurativo»; potendo la sanzione sostitutiva essere irrogata quando il giudice «ritenga di dover infliggere una pena detentiva il cui ammontare non superi una certa soglia», ne consegue che «la trasformazione della pena detentiva astrattamente irrogabile in sanzione sostitutiva, che il giudice può effettuare discrezionalmente, è, dunque, guidata, in primo luogo da criteri di ragguglio di tipo *oggettivo* fissati dal legislatore».

³ Cfr. A. di Martino, *Sanzioni sostitutive della pena detentiva*, in *Le conseguenze sanzionatorie*, a cura di G. De Francesco, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino 2011, 147.

potrebbero sembrare nuove tipologie “sanzionatorie” costituiscono, in effetti, il più delle volte, la riproposizione di misure delineate dalla riforma illuministico-liberale e poi rivalutate o riprese dai legislatori ottocenteschi: si pensi, ad es., agli arresti domiciliari, al lavoro coatto senza detenzione, alle interdizioni personali non detentive, alle misure patrimoniali (cauzione di buona condotta), ecc. Il termine con cui indicare le misure da applicare in sostituzione della pena detentiva è mutato nel corso del tempo, pur corrispondendo alla medesima sostanza: i “*surrogati penali*” così come gli “*adattamenti penali*”, le “*pene sostitutive*” al pari delle “*misure alternative*”, esprimono la medesima esigenza di fornire una risposta al problema dell’esecuzione delle pene detentive brevi in chiave di compromesso⁴. In tal modo, come si è autorevolmente osservato, «non si rinuncia al ruolo centrale della pena carceraria, non si contesta la radice, il fondamento, la funzione della pena carceraria, ma in certi casi si propone di ricorrere a strumenti sanzionatori diversi, affinché siano mantenuti e preservati i caratteri di fondo del sistema penale»⁵.

Nell’insieme, il perenne dibattito sulle pene detentive brevi tende a focalizzarsi intorno a due distinte tipologie di misure, destinate, peraltro, ad una problematica interferenza: da un lato, quelle di carattere *sostitutivo* (disposte *ex lege* o rimesse al potere discrezionale del giudice), dall’altro, quelle di natura *sospensiva*, consistenti nel differimento dell’esecuzione in attesa del risultato del periodo di prova.

2. Il processo, in atto, di revisione organica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi di cui alla l. 689/1981⁶, muove dalla presa d’atto della risalente crisi e del fallimento di tali strumenti punitivi, finalizzati a prevenire gli effetti desocializzanti del carcere. Gli obiettivi sottesi all’istituto introdotto nel 1981 - da un lato, il contrasto degli effetti dannosi provocati dall’esecuzione di pene detentive brevi, dall’altro, la deflazione carceraria- non sono stati raggiunti nemmeno in parte, a riprova del persistente primato “ideologico” della pena detentiva.

Quello operato con la l. 134/2003 era stato l’ultimo, vano, tentativo di rivitalizzazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, in funzione, appunto, della deflazione carceraria: l’ampliamento del campo di applicazione di tali

⁴ Cfr. T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa 2014, 139 ss.

⁵ T. Padovani, *La pena carceraria*, op. cit., 139 s.

⁶ In tema, *ex multis*, v. F. Giunta, *Sanzioni sostitutive*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano 1986, 823 ss.; 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 *AP* 1984, 233 ss.; C. E. Paliero, *Commento agli artt. 53 e ss. l. 689/1981*, in *Aa. Vv.*, *Commentario delle “Modifiche al sistema penale” (Legge 24 novembre 1981 n.689)*, Milano 1982, 277 ss.

misure, l'eliminazione delle c.d. preclusioni oggettive e la riduzione di quelle soggettive, l'introduzione del sistema dei tassi giornalieri in relazione alla pena pecuniaria sostitutiva, avrebbero dovuto, infatti, assicurare una maggiore effettività applicativa dell'istituto⁷. Quel che, in questa sede, preme, fin d'ora, sottolineare è un dato qualificante l'intervento di riforma del 2003 che, come vedremo, trova corrispondenza anche nell'attuale novella legislativa, ossia la netta propensione del legislatore a realizzare l'obiettivo deflattivo sul piano della commisurazione giudiziale piuttosto che su quello delle previsioni edittali⁸.

Nonostante le modifiche introdotte nel 2003, non si è riusciti ad invertire l'inesorabile tendenza all'ineffettività e alla marginalità delle misure sostitutive di cui alla l. 689/1981. I dati statistici sono eloquenti: il 15 dicembre 2021, quattro risultavano i condannati in semidetenzione e centodieci in libertà controllata, con un'incidenza pari al 0,2% del numero complessivo dei soggetti in area esterna penale⁹.

Le ragioni alla base di tale marginalità operativa dipendono, in primo luogo, dal fatto che i presupposti applicativi sono definiti dal legislatore in modo da sovrapporsi a quelli di altre misure sostitutive in senso lato, quali la sospensione condizionale della pena e le misure alternative di cui alla l. 354/1975, con conseguenti difficoltà ed esiti disfunzionali¹⁰.

Dal primo punto di vista, la sovrapposizione della sfera di operatività delle sanzioni sostitutive e della sospensione condizionale ha comportato la sterilizzazione¹¹ delle prime, in quanto meno convenienti della seconda. Il controverso rapporto tra sanzioni sostitutive e sospensione condizionale è, peraltro, condizionato dalla natura attribuita alle prime: in dottrina e in giurisprudenza prevale nettamente la considerazione di pena autonoma delle sanzioni sostitutive brevi, piuttosto che di semplice modalità esecutiva della pena sostituita¹², con la conseguente ammissibilità della sospensibilità condizionale delle sanzioni sostitutive. Secondo una diversa -e più persuasiva interpretazione- quest'ultime darebbero, invece, luogo ad una modalità di sospensione della pena detentiva breve, con l'imposizione di obblighi che, se non osservati possono comportare la revoca e l'esecuzione della pena detentiva

⁷ V. F. Giunta, *Le innovazioni introdotte in materia di sanzioni sostitutive dalla legge sul c.d. patteggiamento allargato*, in *SI* 2003, 310 ss.

⁸ Cfr. F. Palazzo, *Il sistema sanzionatorio sempre al centro di riforme grandi e piccole*, in *DPP* 2003, 1062.

⁹ Statistiche del Ministero della Giustizia (15.12.2021), in www.giustizia.it

¹⁰ V. A. di Martino, *Sanzioni sostitutive*, op. cit., 149.

¹¹ G. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *SP* 2021, 17.

¹² V., ad es., Cass. S.U. 19.1.2017 n. 12872; Cass. 13.10.2004 n. 43589; Cass. S.U. 25.10.1995 n. 11397 (in www.dejure.it), secondo cui dette pene costituirebbero un sistema sanzionatorio parallelo a quello ordinario., con la conseguente ammissibilità della sospensibilità condizionale delle sanzioni sostitutive.

originariamente irrogata, con la conseguenza che la ritenuta applicabilità della sospensione condizionale si traduce in un duplicato inutile e complessivamente disfunzionale¹³.

Passando al rapporto tra sanzioni sostitutive e misure alternative alla detenzione, occorre distinguere tra due periodi evolutivi, in dipendenza del ruolo funzionale esercitato dalle misure previste dalla l. 354/1975.

Una prima fase è quella in cui, potendo essere applicate soltanto dopo l'espiazione in forma carceraria di una parte della pena detentiva - e, cioè, ad un condannato in stato di detenzione (l'osservazione della cui personalità doveva essere espletata in carcere) - secondo il principio dell'esecuzione progressiva delle pene detentive, le misure alternative non costituivano né un'alternativa *ab origine* alla pena carceraria, né uno strumento di contrasto dell'esecuzione delle pene detentive brevi. In questo contesto, sanzioni sostitutive applicate in sede di cognizione e misure alternative adottate in sede esecutiva si ponevano, almeno in astratto, in un rapporto di funzionalità progressiva e coordinata.

La seconda fase è caratterizzata dalla previsione dell'applicabilità *ab initio* di talune misure alternative - ovvero al condannato in stato di libertà - attraverso il meccanismo della sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 656 Cpp: il fatto che si prescindesse dal previo stato di detenzione - e, dunque, dal passaggio dal carcere - ha creato i presupposti per la concorrenza e sovrapposizione funzionale rispetto alle sanzioni sostitutive di cui alla l. 689/1981, con correlativi effetti distorsivi.

Le misure alternative hanno, in effetti, finito per tradursi, almeno di fatto, in un incentivo all'infrazione di pene detentive brevi da parte del giudice di cognizione, in considerazione della successiva sostituibilità delle stesse in sede di esecuzione, con il conseguente fenomeno patologico dei c.d. libero sospesi (condannati a pene non superiori a quattro anni di detenzione, in lunga attesa dell'esito delle proprie istanze di applicazione di una misura alternativa alla detenzione).

Nell'insieme, fatta salva l'azione assorbente ed erosiva esercitata in sede di cognizione dalla sospensione condizionale, si è, dunque, registrata la tendenza sia al progressivo spostamento del baricentro della sostituzione nella fase esecutiva (da ultimo confermato, a ben vedere, anche dalla recente assimilazione - da parte della C. cost. - delle misure alternative alla detenzione al *genus* delle norme penali sostanziali, in rapporto alla sfera di operatività del divieto di retroattività)¹⁴, sia all'identità funzionale tra le due tipologie di misure in esame. Da quest'ultimo punto di vista, assume rilievo la presa di posizione della giurisprudenza in ordine alla questione della compatibilità tra affidamento in prova e libertà controllata: nell'escluderla, le Sezioni

¹³ V. T. Padovani, *Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena*, in RIDPP 1982, 494 ss.; Id., *Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio*, in RIDPP 1985, 983 ss.

¹⁴ C. cost. 26.2.2020 n.32, in www.dejure.it.

Unite hanno evidenziato «nelle modalità di esecuzione proprie delle misure alternative contenuti sostanzialmente analoghi a quelli delle sanzioni sostitutive», con la conseguente inutilità dell'applicazione della misura alternativa a quella sostitutiva della quale sostanzialmente costituirebbe un dannoso “duplicato”¹⁵.

Sul piano disciplinare, l'unica disposizione che pone in collegamento le due tipologie di misure è rappresentata dall'art. 67 l. 689/1981, la quale prevede l'inapplicabilità dell'affidamento e della semilibertà al condannato in espiazione di pena detentiva in cui sia stata convertita la semidetenzione o la libertà controllata, a causa dell'inosservanza delle prescrizioni inerenti a quest'ultime due sanzioni sostitutive. A proposito di tale preclusione, le Sezioni Unite si sono pronunciate nel senso che «la presunzione assoluta di inadeguatezza della misura alternativa alla detenzione, quando la sanzione sostitutiva sia fallita rivelandosi inidonea alla rieducazione del soggetto, insensibile alle opportunità di recupero, sta a dimostrare l'inutilità di un ulteriore tentativo di risocializzazione attraverso un percorso analogo a quello rivelatosi privo di positivi risultati»¹⁶. Una presa di posizione che conferma la sostanziale identità di *ratio* - deflazione carceraria - e di modalità di esecuzione, sottesa alle sanzioni sostitutive e alle misure alternative.

Una breve osservazione deve, infine, essere riservata alla risalente crisi di effettività della c.d. pena pecuniaria sostitutiva (art. 53 l. 689/1981), acuita dalla riforma dell'art. 135 Cp, realizzata nel 2009, a seguito della quale essa è diventata una sorta di «privilegio per i soli condannati abbienti»¹⁷.

3. L'intervento di riforma in atto muove dall'esigenza di ridimensionare l'espiazione in carcere, al fine di evitarne i contenuti desocializzanti¹⁸ e trae spunto, soprattutto, dal progetto elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta da G. Lattanzi¹⁹.

Nella prospettiva di razionalizzazione del sistema sanzionatorio e al fine della rivitalizzazione della sostituzione della pena detentiva in funzione deflattiva del carico dei giudici dell'esecuzione, nel progetto “Lattanzi” si prevede, in primo luogo, l'innalzamento del limite di pena detentiva sostituibile. Dal vigente limite di due anni

¹⁵ Cass. S.U. 19.12.2001 n.220821, in www.dejure.it.

¹⁶ Cass. SU 19.12.2001 n.220821, in www.dejure.it.

¹⁷ E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *SP* 2021, 2.

¹⁸ Sulla finalità di deflazione della pena carceraria, v. D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.6.2021, 3; sulla tendenziale incompatibilità tra pena carceraria e finalità rieducativa, così da flessibilizzare la risposta carceraria in tutti i casi in cui ciò sia possibile per fare spazio a contenuti risocializzativi, v. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, op. cit., 13.

¹⁹ V. Commissione Lattanzi - *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* (16.3.2021). Il testo della relazione e l'articolato sono consultabili in www.giustizia.it

(corrispondente alla sfera di operatività della sospensione condizionale) si passa a quello di quattro anni, pari al *quantum* di pena detentiva da eseguire in concreto che, in base all'art. 656 Cpp, rende possibile la fruizione di misure alternative senza il previo passaggio in carcere²⁰.

Si procede, inoltre, ad una radicale modificazione tipologica delle sanzioni sostitutive. Abolite la semidetenzione e la libertà controllata, viene confermata la sola pena pecuniaria sostitutiva, sia pur con l'innalzamento ad un anno del limite di pena detentiva sostituibile con tale sanzione e la rimodulazione del valore giornaliero della quota sulla base delle condizioni economiche del condannato (da un minimo di tre euro ad un massimo di mille euro), al fine di restituire efficacia ed effettività a tale sanzione sostitutiva.

Alla pena pecuniaria si affiancano le 'nuove' sanzioni sostitutive dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà, unitamente alla misura non detentiva rappresentata dal lavoro di pubblica utilità (già presente settorialmente nel sistema in veste di sanzione sostitutiva).

Nel contesto del Progetto Lattanzi le pene sostitutive assumono la funzione di incentivi all'adozione di riti alternativi²¹: si prevedono, infatti, discipline differenziate in dipendenza del fatto che la decisione del giudice sia assunta in dibattimento o in sede di patteggiamento (o di decreto penale di condanna), secondo un'ottica di «accentuata sinergia tra pena e processo», in base alla quale «la scelta dei riti semplificati costituisce la condizione di accesso alle pene sostitutive»²².

Un ulteriore dato di particolare discontinuità ed innovatività è, infine, rappresentato dalla scelta - maturata in seno alla Commissione - di escludere espressamente la sospensibilità condizionale della pena sostitutiva, al fine di evitare le molteplici distorsioni applicative sinora manifestatesi.

4. È giunto il momento di passare ad esaminare i contenuti della nuova disciplina

²⁰ Ciò per effetto della sent. 2.3.2018 n.41, con cui la C. cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 co. 5 Cpp, nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospenda l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

²¹ Sul «potenziamento di sanzioni alternative alla pena detentiva in funzione strumentalmente incentivante l'accesso ai riti alternativi o addirittura l'archiviazione», quale dato qualificante i contenuti del Progetto Lattanzi, v. F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della Commissione Lattanzi*, in www.la legislazione penale.eu, 3 ss.

²² V. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, op. cit., 10, il quale, rilevato che «la possibilità di usufruire delle sanzioni sostitutive viene subordinata alla richiesta di patteggiamento da parte dell'imputato», ritiene che «lo stretto legame funzionale fra trattamento sanzionatorio e deflazione processuale, tra pena e processo» sia «tale da asservire eccessivamente la risposta sanzionatoria alle esigenze processuali», in quanto «rimettere all'imputato e alle sue scelte di "convenienza processuale" l'accesso alle pene non carcerarie non tiene conto del fatto che la politica di riduzione del carcere non può che essere appannaggio principalmente del legislatore. Si tratta di opzione legislativa, che certamente può vedere un momento di discrezionalità giudiziale ispirata a criteri «penologici» di necessario adeguamento della risposta sanzionatoria alla concretezza del caso e dell'autore valutata alla stregua delle finalità della pena, ma che deve rimanere ancorata ad una scelta in astratto sulla congruenza tra pena e reato».

delle sanzioni sostitutive prevista dalla legge delega (l. 27.9.2021 n.134)²³. Quest'ultima recepisce nella sostanza le proposte della Commissione Lattanzi, pur con alcune differenze, concernenti in primo luogo il profilo tipologico delle sanzioni. Sono previste, infatti, quattro "pene sostitutive" (questo il termine talora utilizzato dal legislatore in alternativa a quello tradizionale): semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità e pena pecuniaria (art.1 co. 17 lett. b))²⁴.

Come è stato rilevato, il sistema delle sanzioni sostitutive delineato dalla legge delega «è strutturato a piramide, attraverso la previsione di quattro distinte fasce applicative lungo le quali si distribuiscono le varie tipologie sanzionatorie»²⁵. All'art. 1 co. 17 lett. e, si stabilisce, infatti: a) che la pena detentiva inflitta entro il limite di quattro anni possa essere sostituita con la semilibertà o con la detenzione domiciliare; b) che la pena detentiva inflitta entro il limite di tre anni possa essere sostituita anche con il lavoro di pubblica utilità (sempre che il condannato non si opponga); c) infine, che la pena detentiva inflitta entro il limite di un anno possa essere, altresì, sostituita con la pena pecuniaria.

Il fatto che, in base alla legge delega, le sanzioni sostitutive saranno suscettibili di essere applicate anche a reati di media gravità in astratto, denota il significativo mutamento nella percezione e nella valutazione della "brevità" delle pene detentive, a conferma della relatività di quest'ultima qualificazione²⁶.

Viene, inoltre, confermata l'opzione a favore dell'espressa esclusione della sospensibilità condizionale dell'esecuzione delle sanzioni sostitutive (art.1 co. 17 lett. h).

Nel caso di mancata o inosservante esecuzione delle sanzioni sostitutive, si prevede un regime più duttile e flessibile rispetto a quello attualmente stabilito per la semidetenzione e per la libertà controllata (ex art. 66 l. 689/1981): infatti, se, da un lato, si stabilisce che la revoca possa aver luogo nei soli casi di mancata esecuzione o di inosservanza grave o reiterata delle prescrizioni, dall'altro, si ammette che il "residuo" possa essere convertito, oltre che in pena detentiva, anche in un'altra delle sanzioni

²³ "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari".

²⁴ Secondo F. Fiorentin, *Va in soffitta la libertà controllata e potenziati i lavori di pubblica utilità*, in *GD* 2021, 87, se concretamente attuato, il programma di "rivitalizzazione" del sistema delle pene sostitutive contribuirà ad «avvicinare il nostro ordinamento a quello di altri grandi Paesi europei il cui sistema è fortemente incentrato su pene alternative e sostitutive».

²⁵ V. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, op. cit., 12.

²⁶ Come osservato da A. Cavaliere, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *www.penedp.it*, 2.11.2021, 15, «l'innalzamento del limite di pena sostituibile da due a quattro anni testimonia comunque che non si tratta più di sanzioni sostitutive di pene detentive 'brevi', bensì del superamento del monopolio della pena detentiva, in fase di cognizione, anche per reati di media gravità astratta, dal momento che la sostituzione potrà operare anche laddove il minimo edittale sia superiore a cinque anni, se si tiene conto di attenuanti e/o diminuzioni legate alla scelta del rito».

sostitutive (art. 1 co. 17 lett. m).

4.1. Passando alle singole sanzioni, assume rilievo, in primo luogo, la *semilibertà*.

Si tratta del ritorno alla misura che, pur con alcune differenze, aveva costituito il modello di riferimento della semidetenzione: mentre quest'ultima prevede solo l'obbligo di trascorrere almeno dieci ore al giorno in istituto, restando indifferente l'impiego del tempo residuo, la semilibertà implica, invece, che il tempo trascorso al di fuori dall'istituto sia occupato in una delle attività indicate all'art. 48 l. 354/1975²⁷, secondo le prescrizioni contenute in uno specifico programma.

Quale pena semi-carceraria, la misura alternativa della semilibertà inclina ad assumere i caratteri della modalità esecutiva della pena detentiva, finalizzata al graduale reinserimento del soggetto nella società²⁸, in tendenziale alternatività rispetto all'affidamento in prova. L'aspetto più significativo, rispetto all'intervento di riforma in esame, è dato dal fatto che, nel disciplinarne i presupposti di applicabilità, l'art. 50 co. 1 e 2 l. 354/1975 prevede che la semilibertà possa trovare applicazione anche a soggetti condannati ancora in stato di libertà (che non abbiano eseguito nemmeno in parte la pena detentiva in carcere). Al co. 1 della disposizione citata si stabilisce, infatti, che possano essere espiate in regime di semilibertà la pena dell'arresto e la pena della reclusione non superiore a sei mesi, se il condannato non sia affidato in prova al servizio sociale: si tratta, dunque, di un'ipotesi di semilibertà avente - *ab initio* - funzione sostitutiva di pene detentive brevi, in alternativa all'affidamento in prova; inoltre, l'art. 50 co. 2 seconda parte l. 354/1975, stabilisce che, nei casi di cui all'art. 47 della stessa legge (reclusione fino a quattro anni), se mancano i presupposti per l'affidamento in prova, la semilibertà possa essere applicata ai condannati (per reati diversi da quelli di cui all'art. 4 bis co. 1) anche prima dell'espiazione della metà della pena e, dunque, pure a quelli che siano ancora in stato di libertà, in attesa dell'esecuzione della pena²⁹.

A differenza delle due ipotesi appena considerate, il caso di cui all'art. 50 co. 2 prima parte l. 354/1975³⁰, è, invece, riconducibile al modello della c.d. esecuzione progressiva delle pene detentive (semilibertà applicabile ai condannati alla reclusione

²⁷ Ai sensi dell'art. 48 l. 354/1975, il regime di semilibertà consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale.

²⁸ In base alle statistiche del Ministero della Giustizia, alla data del 15.12.2021, 777 persone stavano espianando la pena in regime di semilibertà (www.giustizia.it).

²⁹ «Tuttavia, nei casi previsti dall'articolo 47, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale, il condannato per un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis può essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena».

³⁰ «Fuori dei casi previsti dal comma 1, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena ovvero, se si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis, di almeno due terzi di essa».

in misura superiore a sei mesi, che abbiano espiato in carcere almeno metà della pena o di almeno due terzi, se si tratta di condannato per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis co. 1, 1-ter e 1-quater).

Tra le sanzioni sostitutive contemplate dalla legge delega è compresa anche la *detenzione domiciliare*: una pena detentiva alternativa - per tradizione- a quella carceraria (gli arresti domiciliari compaiono, infatti, in varie codificazioni dell'Ottocento in forma di pena edittale)³¹. Quale sanzione espiata *extra moenia*, la detenzione domiciliare si pone funzionalmente in una posizione intermedia tra la detenzione intramurale e l'affidamento in prova al servizio sociale: come osservato in dottrina, essa si caratterizza per «la capacità di coniugare l'esclusione dello stigma carcerario con un'apprezzabile efficacia sul piano generalpreventivo e con l'attitudine ad evocare il tipico riscontro in termini di 'proporzione' (in astratto e in concreto) rispetto al *quantum* di limitazione della libertà»³².

Seconda soltanto all'affidamento in prova in termini di frequenza applicativa³³, dalla sua introduzione (1986) ad oggi la detenzione domiciliare è passata da istituto di carattere "umanitario-assistenziale", correlato alle peculiari condizioni soggettive del condannato, a strumento principe di deflazione carceraria. Per effetto di prevalenti esigenze di economia penitenziaria, nel corso del tempo l'ambito operativo di predetta misura ha registrato un progressivo e sensibile ampliamento, tendente alla generalizzazione applicativa. Attualmente sono previste plurime tipologie di detenzione domiciliare, funzionalmente eterogenee, che danno luogo ad un complesso "sistema" di esecuzione penale domiciliare.

Schematizzando, ad oggi è possibile, infatti, distinguere tre "pilastri" e un'appendice "emergenziale": nell'ordine, la c.d. detenzione domiciliare "*ordinaria*" (art. 47-ter l. 354/1975) - nelle forme "anagrafica" (co. 01), "umanitaria" (co. 1), "generica o infra-biennale" (co. 1-bis) e "a durata prestabilita" dal Tribunale di Sorveglianza (co. 1-ter) -; le ipotesi "*speciali*" di detenzione domiciliare riservate ai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-quater l. 354/1975) e alle condannate madri (art. 47-quinquies l. 354/1975); la detenzione domiciliare c.d. "*svuotacarceri*" (esecuzione della pena detentiva presso il domicilio per pene non superiori a diciotto mesi), introdotta dall'art. 1.199/2010, al fine di arginare il fenomeno del sovraffollamento carcerario e, infine, la c.d. detenzione domiciliare

³¹ Sulla detenzione domiciliare quale "pena alternativa alla detenzione", che pur non rientrando tra le pene principali, ne condivide la natura sostanziale, con rilevanti effetti sul piano delle garanzie sostanziali, v. C. cost., sent. 26.2.2020 n.32, in www.dejure.it

³² G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.laegislazionepenale.eu, 23.8.2021, 2.

³³ In base alle statistiche del Ministero della Giustizia, alla data del 15.12.2021, 11.117 condannati stavamo espiando la pena nella forma della detenzione domiciliare.

“straordinaria”, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da «Covid-19»³⁴.

Alla misura alternativa della detenzione domiciliare si aggiunge ora l'omonima sanzione sostitutiva applicabile in sede di cognizione: il dato comune è rappresentato dalla sottoposizione del condannato a prescrizioni e dall'intervento dell'UEPE.

Un'ulteriore tipologia di sanzione sostitutiva è quella del *lavoro di pubblica utilità*, applicabile su richiesta dell'imputato. Introdotta in origine come misura di conversione della pena pecuniaria ineseguita per insolvibilità del condannato, il lavoro di pubblica utilità ha in seguito registrato una particolare effettività ed efficacia in ambito “settoriale” (quale pena ‘principale’ nell'ordinamento penale del giudice di pace e quale sanzione sostitutiva nell'ambito degli illeciti penali in materia di stupefacenti, di circolazione stradale e di immigrazione), assumendo, da ultimo, un ruolo cruciale all'interno della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova.

In chiave premiale-incentivante, l'art. 1 co. 17 della legge delega prevede che il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità -se accompagnato dal risarcimento del danno o dall'eliminazione delle conseguenze dannose del reato (ove possibili) - comporti la revoca della confisca eventualmente disposta³⁵.

Infine, si prevede la *pena pecuniaria* ‘sostitutiva’, nel confermato sistema per quote giornaliere. In conformità delle proposte della Commissione Lattanzi, la legge delega stabilisce sia che il valore giornaliero sia individuato, nel minimo, in misura indipendente dalla somma di cui all'art. 135 Cp e, nel massimo, in misura non superiore a 2.500 euro (ovvero, in caso di sostituzione della pena detentiva con decreto penale di condanna, in 250 euro), sia che la determinazione del valore giornaliero minimo sia determinato in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, in modo tale da consentire al giudice di conformare la pena pecuniaria sostitutiva alle «condizioni economiche e di vita del condannato» (art. 1 co. 17 lett. l)). In tal modo, si intende porre rimedio alle non poche distorsioni che l'art. 53 l. 689/1981, ha palesato nella prassi applicativa.

4.2. Come si è accennato, la legge delega si discosta, per alcuni aspetti, dai contenuti e dalle indicazioni del progetto elaborato dalla Commissione Lattanzi.

Un primo e significativo profilo differenziale è rappresentato dal fatto che la legge delega svincola l'accesso alle sanzioni sostitutive dall'adozione di riti alternativi, prevedendo che le nuove pene sostitutive possano essere applicate dal giudice di cognizione «su scala generale»³⁶, a prescindere, cioè, dalla richiesta di patteggiamento

³⁴ D.l. 17.3.2020, n.18 conv. in l. 24.4.2020, n.27; d.l. 28.10.2020, n.137 conv. in l. 18.1.2020, n.176; d.l. 30.1.2021, n.7; d.l. 24.12.2021, n.221.

³⁵ Fatta salva in ogni caso la confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo, del profitto o del prodotto del reato ovvero delle cose la cui fabbricazione, uso e porto, detenzione o alienazione costituiscano reato.

³⁶ Sull'opportunità della scelta operata dal legislatore delegante, v. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, op. cit., 6.

o dalla ricorrenza di specifiche figure di reato indicate dal legislatore.

Oltre alla mancata riproposizione del divieto -contemplato dal progetto Lattanzi- di disporre più di una volta la sostituzione della pena detentiva, assume particolare rilievo l'esclusione dell'affidamento in prova dal novero delle sanzioni sostitutive.

La dottrina si è interrogata sulle ragioni alla base di tale scelta, giungendo a conclusioni plausibili e tra di loro compatibili. Secondo una prima opinione, si sarebbe ritenuto che un'applicazione di tale misura, all'esito del giudizio di cognizione, avrebbe potuto, da un lato disincentivare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e, dall'altro lato, allungare i tempi del processo³⁷. Altri hanno ipotizzato che all'esclusione dell'affidamento in prova "sostitutivo" abbiano contribuito due fattori: da una parte, la considerazione che tale misura, applicata da tempo su larga scala, «in caso di ulteriore dilatazione della sua area applicativa» avrebbe rischiato «di assumere i connotati sempre più evidenti di una sospensione condizionale mascherata: una sanzione vuota di contenuti, sempre meno idonea a prendere il posto di pene detentive di medio ammontare, come previsto dalla riforma»; dall'altra, il fatto che, essendo l'affidamento in prova l'unica tra le misure alternative alla detenzione a non comportare alcuna privazione della libertà personale, il legislatore si sarebbe sentito vincolato all'idea - «insuperata»- che «la pena debba consistere in una privazione di libertà: preferibilmente, forse, in una privazione di libertà che abbia a che fare con il carcere»³⁸.

Come vedremo tra breve, la scelta del legislatore delegante di escludere l'affidamento in prova dal novero delle sanzioni sostitutive applicabili dal giudice di cognizione rischia di pregiudicare la funzionalità e l'effettività della riforma.

4.3. Tra i principi e i criteri direttivi che qualificano il nuovo assetto disciplinare assume un peso particolare il conferimento al legislatore delegato del compito -assai delicato- di «prevedere che le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi possano essere applicate solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato e assicurino, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 1 co. 17 lett. c)³⁹.

Nella consapevolezza dell'ampia discrezionalità sottesa alla disciplina applicativa dell'istituto, il legislatore delegante si è, dunque, preoccupato di esplicitare i criteri

³⁷ G. Gatta, *Riforma della giustizia penale*, op. cit., 17.

³⁸ E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive*, op. cit., 3; secondo F. Fiorentin, *Semilibertà e detenzione domiciliare*, op. cit., 92, alla riforma in esame è sottesa «una volontà di inasprimento della componente retributiva della sanzione penale e, più precisamente, dell'idea che la "vera" pena sia quella eseguita in uno stato di privazione o di grave limitazione della libertà personale»

³⁹ Come rilevato in dottrina, «un concreto programma rieducativo-specialpreventivo sottrae la persona al carcere» (M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in PD 2021, 605).

generali - idoneità rieducativa e prevenzione del pericolo di nuovi reati - alla stregua dei quali il giudice dovrà valutare non solo l'*an*, ma anche il *quomodo* della sostituzione⁴⁰. A quest'ultimo proposito, assume un peculiare rilievo lo specifico incarico - conferito al legislatore delegato - di «disciplinare conseguentemente il potere discrezionale del giudice nella scelta tra le pene sostitutive»: un adempimento che, come è stato rilevato, «non sarà facile per il delegato tradurre in norme dotate di efficacia reale»⁴¹.

Una considerazione merita, altresì, il riferimento del delegante alle «opportune prescrizioni» che il giudice potrà fissare in funzione dell'obbiettivo della prevenzione del pericolo di nuovi reati cui è teleologicamente orientato il meccanismo sostitutivo. Al fine di evitare che la genericità di tale indicazione normativa inneschi incertezze e disparità di trattamento in sede applicativa (avuto riguardo anche al peso attribuito dal legislatore all'inosservanza delle prescrizioni in sede di revoca della sanzione sostitutiva), in dottrina si è - condivisibilmente - ritenuto che «l'indicazione per legge della fisionomia di tali prescrizioni dovrebbe ritenersi maggiormente conforme rispetto ad un'esigenza garantistica in chiave di (sia pur relativa) determinatezza del loro tenore precettivo»⁴².

4.4. Le “sorti” applicative della disciplina delineata dalla legge delega sono condizionate, in primo luogo, dal rapporto intercorrente tra sanzioni sostitutive e sospensione condizionale.

La persistenza di una sovrapposizione parziale delle sfere di operatività di sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena è destinata a perpetuare criticità e limiti che da tempo affliggono il sistema sostitutivo: avuto riguardo all'ambito delle pene detentive inflitte in misura non superiore a due anni (e, soprattutto, nella fascia da uno a due anni di detenzione)⁴³, la sospensione condizionale rimane, infatti, la soluzione più conveniente ed appetibile. La concorrenza di quest'ultima causa sospensiva potrebbe, dunque, incidere negativamente sull'effettività del nuovo regime sostitutivo.

Le dinamiche applicative risentiranno, altresì, della complessa relazione intercorrente tra pene sostitutive e misure alternative alla detenzione. Il fatto che

⁴⁰ Come è stato osservato da G. De Francesco, *Brevi appunti, op. cit.*, 9, l'intento del legislatore delegante è quello di «evitare che le predette misure vengano a rivestire un ruolo meramente 'clemenziale', con l'effetto di 'deresponsabilizzare', per così dire, l'organo giudicante».

⁴¹ F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale, op. cit.*, 13.

⁴² G. De Francesco, *Brevi appunti, op. cit.*, 9.

⁴³ In dottrina è stata rilevata una «certa discrasia nel trattamento sanzionatorio tra la fascia fino ad un anno e quella da uno a due anni. In quest'ultima (da uno a due anni), di reati più gravi, tra le possibili alternative sanzionatorie rimane quella più favorevole, cioè la sospensione condizionale, mentre viene a mancare quella meno favorevole della pena pecuniaria» (F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale, op. cit.*, 12).

l'applicazione di alcune di quest'ultime possa essere anticipata⁴⁴ nella fase di cognizione determina, infatti, una situazione di ambivalenza o bipolarità funzionale: semilibertà e detenzione domiciliare possono essere applicate sia *d'ufficio* - come pene sostitutive - da parte del giudice di cognizione, sia, *previa richiesta del condannato*, come misure alternative, da parte del giudice di esecuzione. Come è stato osservato in dottrina, la possibilità di applicare in sede di cognizione sanzioni sostitutive di pene detentive fino a quattro anni dovrebbe comportare, da un lato, la velocizzazione delle procedure, «evitando il collo di bottiglia del procedimento di sorveglianza che - con riguardo alle pene principali - posticipa a volte di anni l'inizio dell'esecuzione nelle forme alternative alla detenzione»⁴⁵, dall'altro, «un più fattivo e responsabile coinvolgimento del giudice della cognizione nella prospettiva rieducativa»⁴⁶.

In riferimento alle due tipologie di sanzioni sostitutive in esame, la legge delega non si limita a prevedere la mutuazione della disciplina sostanziale e processuale prevista dalla l.354/1975, in quanto compatibile, bensì conferisce al Governo anche il compito di «ridisciplinare opportunamente le condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva, assicurando il coordinamento con le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario per l'accesso alla semilibertà e alla detenzione domiciliare» (art. 1 co. 17, lett. *d*). Ciò comporta che alla detenzione domiciliare e alla semilibertà in funzione sostitutiva si estenderà il regime di preclusioni contemplato dagli artt. 4-*bis* e 58-*quater* l. 354/1975 per le omologhe misure alternative⁴⁷.

In base all'art. 1 co. 17 lett. *g*, il Governo dovrà, inoltre, «prevedere il coinvolgimento degli uffici per l'esecuzione penale esterna al fine di consentire l'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi nel giudizio di cognizione».

Si pone, a questo punto, la necessità di valutare i riflessi e le conseguenze della predetta ambivalenza sistematica di semilibertà e detenzione domiciliare. In particolare, l'aspetto problematico con cui confrontarsi è la sovrapposizione funzionale tra le predette sanzioni sostitutive e le omologhe misure alternative, suscettibili di essere applicate a prescindere dalla previa esecuzione - anche parziale - di una pena carceraria e, cioè, al di fuori delle ipotesi di esecuzione progressiva delle

⁴⁴ A tal proposito, 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*, 2021, 11, osserva come «l'operazione riformistica punta ad anticipare al momento terminativo del giudizio di cognizione la possibilità di applicare - *ex officio iudicis*, in relazione a ogni tipo di reato e anche nei confronti dei condannati recidivi e di chi ne abbia già in precedenza beneficiato - misure "equivalenti" alle attuali misure alternative della detenzione domiciliare e della semilibertà, in sostituzione di una pena detentiva "breve", non più contenuta entro i limiti di due anni ma "raddoppiata" a quattro anni».

⁴⁵ F. Fiorentin, *Semilibertà e detenzione domiciliare*, *op. cit.*, 92.

⁴⁶ G. Daraio, *Le alternative al carcere*, *op. cit.*, 13.

⁴⁷ In senso critico, v. A. Cavaliere, *Considerazioni "a prima lettura"*, *op. cit.*, 14.

pene detentive (applicazione della misura a seguito dell'espiazione in forma chiusa di una parte della pena detentiva). Ci si è chiesti, ad esempio, se -e in che misura- la mancata applicazione della detenzione domiciliare o semilibertà in sede di cognizione, per ragioni correlate all'idoneità rieducativa o alla prevenzione di nuovi reati, possa rivelarsi idonea a precludere la concessione dell'omologa misura in sede esecutiva al condannato in stato di libertà (come previsto, ad es., all'art. 50 co. 1 l.354/1975, per quel che concerne la semilibertà).

Un'ulteriore considerazione deve essere rivolta al delicato rapporto tra sanzioni sostitutive ed affidamento in prova, una misura alternativa di carattere sospensivo che, per alcuni versi, può ritenersi l'equivalente funzionale -in sede esecutiva- della causa estintiva di cui all'art. 163 e ss. Cp. Alla luce del rinnovato quadro disciplinare introdotto dalla l.134/2021, in dottrina ci si è opportunamente chiesti «quale senso possa avere la concedibilità di un affidamento in prova ad un soggetto che si è ritenuto non possa fruire di nessuna delle molteplici sanzioni sostitutive, oppure - al contrario - che già abbia usufruito di esse»⁴⁸. In effetti, l'eventuale concessione dell'affidamento al condannato ritenuto in sede di cognizione non meritevole della sostituzione della pena detentiva finirebbe per sterilizzare il tentativo del legislatore di traslare nella fase di cognizione gli strumenti sanzionatori sostitutivi e, di riflesso, per perpetuare il ruolo nevralgico dell'affidamento in prova quale *default option* rispetto all'esecuzione in carcere della pena detentiva di durata medio-breve.

Al fine di assicurare la funzionalità e l'effettività della disciplina direttiva delineata dalla legge delega sarebbe stato opportuno un intervento - articolato e di più ampio respiro - incentrato sulla delimitazione di carattere sistematico-funzionale tra fase di cognizione e fase di esecuzione: un intervento volto a far coincidere, da un lato, le misure applicabili *ab initio* (in stato di libertà) con le sanzioni sostitutive applicabili dal giudice di cognizione, dall'altro, le misure alternative applicabili in sede di esecuzione con l'ambito dell'esecuzione progressiva delle pene detentive (misure concedibili soltanto dopo l'espiazione in forma carceraria di una parte della pena detentiva), con l'esclusione dell'applicabilità in sede di esecuzione di misure alternative ad un condannato in stato di libertà. Una siffatta ripartizione di funzioni avrebbe trovato rispondenza nella sostanziale coincidenza tra il limite di pena detentiva sostituibile e il *quantum* di pena concretamente eseguibile senza il previo passaggio in carcere, ex art. 656 Cpp, pari, in entrambi i casi, a quattro anni.

In tale quadro, affidamento in prova, detenzione domiciliare e semilibertà avrebbero svolto due funzioni, distinte e parallele, tra di loro coordinate: quella di

⁴⁸ V. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, op. cit., 12, secondo cui si tratta «di punti di frizione o d'incongruenze che, dovute ad una certa complessità del sistema immaginato dal legislatore delegante, toccherà al delegato cercare di sciogliere ed eliminare».

sanzioni sostitutive, alternative *ab initio* all'esecuzione delle pene detentive brevi e quella di misure applicabili in sede di esecuzione a condannati in corso di esecuzione della pena detentiva in carcere. Tra i vantaggi che la predetta revisione del campo di applicazione di sanzioni sostitutive e di misure alternative avrebbe assicurato vi sarebbe stato quello -non indifferente- dell'eliminazione del già accennato fenomeno - ormai patologico - dei c.d. libero sospesi.

L'obbiettivo - sotteso alla l. 134/2021 - di traslare dallo stadio dell'esecuzione alla fase di cognizione il baricentro operativo della sostituzione della pena detentiva di durata medio-breve risulta, invece, gravato da non pochi ostacoli e criticità.

L'esclusione dell'affidamento in prova dal novero delle sanzioni sostitutive e la persistente previsione della possibilità che (come si è visto) detenzione domiciliare e semilibertà siano applicabili in sede di esecuzione a condannati ancora in stato di libertà, pregiudicano la razionalità e la funzionalità del nuovo "sistema" sostitutivo delineato dalla legge delega⁴⁹, mettendone a repentaglio l'effettività. Permane, infatti, il rischio che, nella prassi applicativa, si ricorra all'affidamento in prova quale *default option* in ambito sostitutivo.

4.4. Ad uno sguardo d'insieme, il dato caratterizzante l'intervento di riforma in esame è rappresentato dalla rinuncia alla «previsione di nuove tipologie sanzionatorie a livello astratto di comminatoria edittale ("pene alternative edittali")»⁵⁰ e dall'opzione a favore della sostituzione sanzionatoria da parte del giudice di cognizione. Ne consegue l'ulteriore valorizzazione e implementazione della discrezionalità giudiziale⁵¹: l'ampio ventaglio di opzioni a disposizione del giudice di cognizione si traduce nella moltiplicazione delle strategie sanzionatorie e nella crescente complessità degli adempimenti valutativi in sede di commisurazione⁵².

⁴⁹ In senso critico, è stato, ad es., rilevato il fatto che «il condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni che aspirasse ad espirla in regime di affidamento in prova (anche terapeutico) o ambisse alla sospensione esecutiva prevista per i tossicodipendenti, sussistendone i requisiti di legge, deve sperare che il giudice della cognizione non decida, *motu proprio*, di sostituire la pena con la semilibertà o con la detenzione domiciliare, sì da potere adire, da "libero sospeso", con apposita istanza, *ex art.* 656, commi 5 e 6, c.p.p., il tribunale di sorveglianza» (G. Daraio, *Le alternative al carcere*, *op. cit.*, 14); come osservato da F. Fiorentin, *Sanzioni sostitutive estese per condanne fino a 4 anni*, in *Il Sole 24 Ore* (18.10.2021), 28, trattasi di «paradosso applicativo» non esente da potenziale «frizione con i principi costituzionali [...] sotto il profilo della violazione delle garanzie difensive».

⁵⁰ V. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, *op. cit.*, 11; per ulteriori approfondimenti, dello stesso autore, v. *Quale futuro per le "pene alternative"?*, in *RIDPP* 2019, 539 ss.

⁵¹ Nel senso che «ancora una volta – secondo un modello che risale addirittura alla novella del 1974 – la mitigazione del rigore repressivo del codice Rocco e del primato del carcere viene affidata alla discrezionalità giudiziale», v. A. Cavaliere, *Considerazioni "a prima lettura"*, *op. cit.* 16, secondo il quale «anziché introdurre nuove pene non detentive, previste in astratto dalla legge per determinate fasce di reati, si insiste, ancora una volta, solo su una deflazione carceraria – o su una mitigazione sanzionatoria - discrezionale, rimessa in concreto al singolo giudice. Con esiti diversi caso per caso, che possono contribuire ad aumentare l'incertezza della pena e, dunque, il disorientamento dei consociati».

⁵² V. M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia*, *op. cit.*, 605, secondo il quale «quando il giudice può decidere in primo grado considerando a quale tipo di esecuzione destinare la persona che condanna, almeno nei

Si è ritenuto che la scelta a favore del sistema di sostituzione sanzionatoria in funzione di deflazione carceraria sia giustificata dalla peculiare situazione di necessità ed urgenza in cui è venuta maturando la riforma della giustizia penale e dalla particolare complessità che avrebbe presentato un eventuale intervento sul piano edittale, avuto riguardo all'impegnativa opera di revisione dei limiti di pena⁵³. Come è noto, l'opzione a favore della previsione edittale di pene principali diverse da quelle detentiva e pecuniaria⁵⁴, adottata dalla delega legislativa di cui all'art.1, l.67/2014, è rimasta inattuata, vuoi per la maggiore duttilità del meccanismo sostitutivo, vuoi per il timore di un'accoglienza negativa da parte dei consociati, anche - e soprattutto - sul piano elettorale⁵⁵.

In realtà, alla base della rinnovata rinuncia ad intervenire a livello di minaccia legale si pongono ragioni inesprese, che rimandano a risalenti dibattiti e impostazioni, di cui si tende a perdere la memoria⁵⁶.

Se è indiscutibile che nell'età della riforma illuministico-liberale alla pena carceraria venisse attribuito un ruolo dominante, non è men vero che -in aggiunta a tale sanzione- venissero previste pene di diversa natura (pecuniaria, deportazione, esilio, confino, misure interdittive, ecc.). In tale contesto, la scelta della sanzione, affidata al legislatore e da compiersi sul piano edittale, era determinata dalla necessità di assicurare la proporzione tra reato e sanzione e di garantire l'efficacia preventiva rispetto alla natura di ciascun illecito⁵⁷. Come è stato rilevato in dottrina, già G. Filangieri aveva osservato che è il legislatore - e non il giudice - a dover stabilire se i reati minori debbano essere sanzionati con pena detentiva di minore afflittività: il problema per i riformatori non consisteva, infatti, nella sostituzione di una pena con un'altra da parte del giudice, bensì nell'individuazione razionale della pena giusta,

limiti delle sanzioni sostitutive (fino a quattro anni di pena detentiva applicata), le strategie sanzionatorie si moltiplicano e la commisurazione diventa più seria: non può essere una generica condanna a pena detentiva. Entro i quattro anni di pena in concreto, già per il giudice di cognizione il ventaglio è dato da semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità e pena pecuniaria (lett. a, b, e, f del comma 17), oltre a sospensione condizionale, messa alla prova ecc.».

⁵³ Sulle implicazioni di un simile intervento, v. F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della "commissione Lattanzi"*, in www.la legislazione penale.eu, 7.7.2021, 5 ss.; Id., *Pena e processo*, op. cit., 5 ss.

⁵⁴ In tema, v. anche i risultati del gruppo di lavoro, coordinato da F. Palazzo ed incaricato di avanzare proposte in tema di riforma del sistema sanzionatorio, nell'ambito delle attività promosse dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale (*Linee di riforma in tema di pene alternative edittali*, in *La riforma del sistema sanzionatorio*, in www.aipdp.it).

⁵⁵ Secondo G. De Francesco, *Brevi osservazioni*, op. cit., 3, «la previsione di soluzioni all'apparenza più 'eccentriche', già a livello di minaccia legale, dal paradigma 'punitivo', finisce col sottovalutare il rischio di un'accoglienza negativa da parte della comunità sociale, come riconoscono da tempo le correnti di pensiero che, pur politicamente e culturalmente impegnate, raccomandano la necessità di 'sapersi confrontare razionalmente con l'irrazionale', mediando tra logiche innovative e sguardo rivolto alla realtà sociale su cui le scelte riformatrici dovranno andare ad incidere».

⁵⁶ Come incisivamente osservato da T. Padovani, *La pena carceraria*, op. cit., 147, «perdere la memoria è condannarsi a ripetere senza fine ciò di cui si è persa la traccia».

⁵⁷ V. T. Padovani, *La pena carceraria*, op. cit., 141.

ossia proporzionata al danno in cui il reato consiste⁵⁸.

A partire dalla seconda metà del secolo XIX si afferma, invece, l'idea di affidare al giudice la gestione del sistema sanzionatorio in crisi, delegando al medesimo il compito di scegliere -in concreto- il tipo di sanzione alternativa all'esecuzione di una pena detentiva di breve durata. Si tratta di un'impostazione volta a ribadire la centralità della pena carceraria e a preservarne la tendenziale esclusività: come incisivamente osservato da T. Padovani, «si può sostituire, si può cambiare, si può modificare, però è la sanzione detentiva che resta in termini legislativi come sanzione se non esclusiva, dominante, scaricando sul giudice la gestione differenziale dei vari strumenti sanzionatori»⁵⁹.

Ieri come oggi, la pena detentiva rimane, dunque, sullo sfondo come pena immanente a presidiare l'efficacia della pena sostitutiva. Quale pena ancillare rispetto alla pena detentiva che incombe all'orizzonte⁶⁰, anche nel quadro delineato dalla l. 134/2021 la sanzione sostitutiva è chiamata, in definitiva, a convalidare il persistente primato ideologico della pena carceraria⁶¹.

4.5. In sede conclusiva, merita di essere sottolineato il fatto che dall'introduzione del sistema di sostituzione sanzionatoria ad oggi l'irreversibile tendenza alla deflazione carceraria ha elevato il *quantum* di pena detentiva suscettibile di sostituzione dagli originari sei mesi prima a due anni e poi agli attuali quattro anni di pena detentiva.

La divaricazione quantitativa e qualitativa tra pena edittale e pena irrogata in concreto è sempre più vistosa⁶² e foriera di distorsioni e incomprensioni sul piano comunicativo.

Per quanto concerne le fasce di reati di medio-bassa gravità ad essere minacciato è, infatti, un tipo di pena - quella carceraria - che, pur non trovando più riscontro nella realtà dei modi di esecuzione, mantiene - almeno in linea di principio, se non virtualmente - una pregnante funzione simbolico-connettiva, omogenea alla dominante percezione collettiva del significato e delle forme della punizione.

La diffusa visione irrazionale e regressiva del senso della pena alimenta la venatura populistico-demagogica e, al contempo, mistificante della persistente comminatoria edittale di pene detentive di durata medio-breve, perlopiù insuscettibili di esecuzione in forma carceraria: un compromesso antistorico, dettato dalla tacita

⁵⁸ V. T. Padovani, *La pena carceraria*, op. cit., 141.

⁵⁹ T. Padovani, *La pena carceraria*, op. cit., 142.

⁶⁰ Cfr. T. Padovani, *Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale*, op. cit., 494 ss. il quale sottolinea come nella sostituzione sia implicito un aspetto di natura sospensiva (comune a tutte le sanzioni sostitutive contemplate dalla l. 689/1981).

⁶¹ In dottrina si dubita che «la introducenda disciplina - sinora, solo a livello di legge delega - segni una svolta radicale rispetto alla logica carcerocentrica, facendo dell'opzione detentiva una reale *extrema ratio*» (G. Daraio, *Le alternative al carcere*, op. cit., 15).

⁶² F. Palazzo, *Il sistema sanzionatorio*, op. cit., 1063.

esigenza di ricerca o mantenimento del consenso.

ILP