

PERCORSI ALTERNATIVI ALLA PENA DETENTIVA NEL GIUDIZIO DI SORVEGLIANZA. I “LIBERI SOSPESI” E GLI EFFETTI DELLA RIFORMA CARTABIA^(*)

di Marcello Bortolato

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I percorsi alternativi alla pena detentiva: i cc.dd. ‘liberi sospesi’. – 3. Gli effetti della previsione delle pene sostitutive della riforma Cartabia sui percorsi alternativi alla pena detentiva. – 4. I ‘punti di contatto’ tra giurisdizione cognitiva e giurisdizione rieducativa nel sistema delle pene sostitutive della riforma Cartabia. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Dico subito che ho molto apprezzato da parte della Scuola l’aver previsto un corso destinato sia ai giudici di cognizione che ai giudici di sorveglianza volto ad approfondire da diverse prospettive il problema della pena sia nel momento della sua applicazione che in quello della sua esecuzione. La riforma cd ‘Cartabia’ – tanto sul versante delle pene sostitutive quanto su quello della giustizia restorativa (ma questo è un altro capitolo che oggi non affrontiamo) - rende indispensabile ricorrere allo strumento della formazione come luogo di confronto delle prassi e delle esperienze, sul piano interpretativo e su quello organizzativo. Senza alcun intento polemico, aggiungo anche che una formazione comune è tanto più necessaria quanto più sia volta a rimuovere quello che io chiamo lo ‘stigma penitenziario’, soprattutto a livello di magistratura: la differente considerazione cioè che si ha di un piano ‘superiore’, ove è situato il processo di cognizione, ‘figlio prediletto’ della giustizia, e i suoi protagonisti, rispetto ad uno ‘scantinato’ ove è collocata l’esecuzione ed i suoi umili attori. La dicotomia tra fase del giudizio e fase dell’esecuzione sta in buona parte tra la giustizia del processo ove si concentra ogni attenzione, esempio di sacralità e garantismo, e la pena eseguita che è quasi un ‘figlio illegittimo’ di cui vergognarsi e che si tenta di nascondere. Gli anni della pandemia dapprima (ricorderete le polemiche sulle ‘scarcerazioni facili’) e da ultimo la vicenda del cd ‘ergastolo ostativo’ hanno fatto emergere infatti forti contrapposizioni tra ideologie e culture magistratuali che da un lato poco giovano alla complessiva credibilità dell’ordine giudiziario e, dall’altro,

^(*) Testo della lezione tenuta al corso della Scuola Superiore della Magistratura “*Applicazione ed esecuzione della pena: giudice della cognizione e della sorveglianza*”, Napoli, Castel Capuano, 16 febbraio 2023

stimolano ricorrenti tentazioni strumentalizzatrici in sede politica. E' necessario un reale '(ri-)orientamento' (sono parole di Giovanni Fiandaca¹) della magistratura nel suo complesso verso il progressivo superamento di tale contrapposizione e su questo punto la riforma Cartabia costituisce un'occasione irripetibile.

Ho fatto per quasi metà della mia vita professionale il giudice della cognizione per poi approdare nella seconda al settore dell'esecuzione. Mi sono reso conto che la magistratura di sorveglianza costituisce un fondamentale segmento della giurisdizione penale, in capo alla quale si concentrano funzioni assai eterogenee (dalla tutela dei diritti dei detenuti alla concessione delle misure alternative), tutte volte a realizzare un non facile equilibrio tra le esigenze di tutela della collettività e l'istanza costituzionale espressa dal c.d. finalismo rieducativo.

Ma quali sono, per rimanere sul tema della pena, i postulati con i quali un magistrato di sorveglianza si confronta nell'esercizio quotidiano del suo lavoro?

Intanto la presa d'atto che il carcere per carenze di vario genere non funziona o funziona molto male, tanto da guardare alla finalità specialpreventiva della pena come a un'utopia che si è dimostrata fallimentare e alla rieducazione o come a un principio che, al di là del suo fondamento costituzionale, sottende possibili derive moralistiche ovvero pecca di un velleitarismo che serve appena a coprire con un velo la cruda realtà di esclusione sociale che è rappresentata dalla detenzione.

Al giudice di sorveglianza tuttavia è affidato proprio il compito di essere propulsore della funzione rieducativa della pena e dunque egli guarda al diritto penale concentrandosi sul suo esito finale. Il procedimento di sorveglianza infatti coglie il punto di arrivo di una concezione della pena ormai lontana dalla retribuzione: non dunque una pena 'sempre e comunque' che soddisfa esigenze di mera retribuzione ma una pena 'utile' che svolga compiti rieducativi.

Ecco, questo sforzo diventa oggi comune al giudice che irroga la pena: egli dovrà ben piantare i piedi nella concretezza di una funzione rieducativa che, se ad alcuni potrà apparire utopica, troverà invece una sua declinazione nella valutazione in fatto (che poi sarà anche la dimensione di un dialogo e di un incontro al quale non ci potrà più sottrarre) del contesto sociale, familiare ed economico del reo, di tutto ciò che lo ha condotto a delinquere.

Fedor Dostoevskij diceva che *"non c'è niente di più facile che condannare un malvagio, niente è più difficile che capirlo"*.

2. I percorsi alternativi alla pena detentiva: i cc.dd. 'liberi sospesi'.

Veniamo ora al tema che più specificamente mi è stato assegnato: che significa offrire all'imputato un percorso alternativo alla pena detentiva che, alla stregua della

¹ G. FIANDACA, [Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica](#), in questa *Rivista*, 19 maggio 2020

nuova normativa, vuol dire oggi offrirgli già nella cognizione una pena ‘sostitutiva’ di quella?

Come per le misure alternative (materia di esclusiva competenza della giurisdizione di sorveglianza) io credo che per un corretto inquadramento delle nuove pene sostitutive nell’alveo della funzione originaria delle prime, all’interno del quale possono essere ricondotte, è necessario da un lato superare l’idea premiale ad esse spesso connessa e dall’altro recuperarne la piena dimensione riabilitativa (propria delle origini)², respingerne ogni strumentalizzazione volta al contenimento quantitativo della detenzione carceraria (pena lo svilimento dei suoi contenuti risocializzanti), e infine sottrarla alla tentazione di esaltarne la componente di controllo, per intenderla piuttosto come percorso di responsabilizzazione del reo e opportunità di reinserimento “nella comunità” ripartendo però sempre dal principio rieducativo.

Anche in questo campo allora, credo che dopo la stagione del “pugno duro” che ha reso più problematico l’accesso alle misure alternative con l’enuclearsi di un *diritto speciale* per alcune categorie di persone sottratto a ogni apprezzamento discrezionale del giudice, sia necessario riportare indietro le lancette della storia, ripartendo, nei fatti, dal modello criminologico della “deprivazione sociale” secondo cui la causa della devianza non è il prodotto di una libera scelta individuale ma il frutto di dinamiche socio-ambientali fortemente condizionanti e riaffermare la centralità del trattamento rieducativo individualizzato, secondo cui è necessario muovere dalla ricognizione della personalità del condannato e del suo contesto ambientale di riferimento cercando di rafforzare le abilità soggettive e di sostenerne le risorse in ambito sociale.

Quando si concede una misura alternativa occorre infatti “*dirigere la pena sulla rotta della riabilitazione e ciò significa farla funzionare per il condannato, non contro di lui*” (Maisto).

Si deve dunque partire da alcune coordinate di base che, per chi vi parla, rappresentano il riferimento imprescindibile di quella che viene chiamata ‘giurisdizione rieducativa’: le parole chiave sono ‘trattamento individualizzato’ e ‘flessibilità della pena’, l’uno fondamento stesso dell’altro.

Ma venendo più propriamente ai cc.dd. “liberi sospesi”, vediamo innanzitutto come è congegnato oggi il sistema.

È importante capirlo e confrontarsi con la realtà dei giudizi avanti al Tribunale di sorveglianza per vedere quali potrebbero essere gli effetti diretti ed indiretti dell’impatto della riforma Cartabia sul sistema esecutivo delle pene detentive inferiori a 4 anni.

Abbiamo così intanto circoscritto l’ambito applicativo: di che cosa parliamo?

Parliamo dei soggetti che sono stati condannati ad una pena detentiva inferiore a 4 anni (o abbiano da espiare un residuo inferiore a 4 anni) e che, con alcune (importanti) esclusioni che sono grossomodo le stesse delle pene sostitutive, all’atto della definitività della sentenza non entrano in carcere e rimangono nello stato libero. Perché ‘sospesi’?

²L’opzione riabilitativa e i suoi corollari, in particolare il principio di flessibilità della pena, hanno un insuperabile fondamento costituzionale, radicato anche nel principio di uguaglianza che impone una diversificazione della risposta trattamentale in presenza di esigenze di reinserimento differenti.

perché attendono in regime di sospensione del titolo che il Tribunale di sorveglianza decida una volta per tutte il loro destino. Rimangono dunque in una specie di 'limbo' destinato a durare talvolta molto a lungo.

È il meccanismo, pensato nel 1998 dalla 'legge Simeone', dell'art. 656 co. 5 c.p.p.. L'ordine di carcerazione viene sospeso dal pubblico ministero e il condannato ha l'onere, entro 30 gg., di rivolgere tramite il PM al Tribunale di sorveglianza un'istanza di applicazione di misura alternativa che sarà, a seconda dei casi (limiti edittali, preclusioni e quant'altro) la semilibertà, la detenzione domiciliare o l'affidamento in prova al servizio sociale.

È un dato di fatto che il procedimento avanti al Tribunale di sorveglianza sconti, per difficoltà operative anche degli altri attori coinvolti ma soprattutto per carenza del personale di magistratura e amministrativo dei ritardi ormai divenuti intollerabili (si pensi che ad amministrare il settore della *probation 'in executivis'* vi è solo una sparuta compagine di poco più di 200 magistrati e 29 Tribunali su tutto il territorio nazionale). I numeri parlano chiaro: alla data del 13.12.22 (interrogazione on. Giachetti) vi erano poco più di 90.000 istanze provenienti da 'liberi sospesi' non ancora decise dai Tribunali di sorveglianza. Solo questo numero dovrebbe far riflettere sull'urgenza di adottare senza indugio soluzioni ragionevoli, col rischio di un'ormai imminente prescrizione della pena. Ci siamo concentrati in questi anni sul problema della prescrizione del reato non considerando che fra poco si porrà seriamente anche il tema della prescrizione della pena detentiva. Se anche la fase dell'esecuzione ha una durata irragionevole, il procedimento penale nel suo complesso non può dirsi certo efficiente. Misure alternative concesse a distanza di anni dall'istanza, e dalla sospensione dell'ordine di esecuzione rappresentano oggi una realtà inaccettabile, sia per ragioni di efficienza del sistema ma, ancor prima, di difesa sociale, di ragionevolezza e di rispetto dei principi costituzionali posto che lo stesso finalismo rieducativo viene compromesso quando la pena viene applicata ad una persona che, per esempio, abbia nel tempo radicalmente mutato i suoi stili di vita o il contesto familiare, sociale ed economico.

3. Gli effetti della previsione delle pene sostitutive della riforma Cartabia sui percorsi alternativi alla pena detentiva.

Scopo della legge delega era dunque quello di allineare il limite massimo della pena sostituibile con quello entro il quale in sede di esecuzione può applicarsi una misura alternativa alla detenzione, appunto i 4 anni. Questa scelta comporta tre effetti positivi sul sistema:

- a) fa venir meno l'integrale sovrapposizione dell'area della pena sospendibile ex art. 163 c.p. con quella della pena sostituibile, ai sensi della l. n. 689/1981, promettendo così di rivitalizzare nella prassi le pene sostitutive;
- b) influisce sulla sovrappopolazione carceraria se è vero che i detenuti per pene inflitte tra i due e i quattro anni – fino a ieri non sostituibili né sospendibili condizionalmente – sono il 21 % circa dei detenuti complessivi;

- c) consente al giudice di cognizione di applicare pene, diverse da quella detentiva, destinate a essere eseguite immediatamente, dopo la definitività della condanna, senza essere surrogate da misure alternative da parte del tribunale di sorveglianza, ormai quasi sempre, come abbiamo visto, a distanza di troppo tempo dalla condanna stessa.

La riforma, in altri termini, dovrebbe comportare come primo effetto l'abbattimento delle pendenze degli affari riguardanti i 'liberi sospesi' avanti ai Tribunali di sorveglianza. Non tanto dunque una deflazione carceraria (posto che si tratta di soggetti che difficilmente, tranne una quota residuale, sarebbero finiti in carcere), quanto un'anticipazione della decisione alla fase della cognizione e dunque una sicura deflazione dei procedimenti avanti al Tribunale di sorveglianza. Anzi, con la previsione della semilibertà sostitutiva, soprattutto per la fascia di pene da 3 a 4 anni, temo un aumento degli ingressi nei circuiti carcerari (il semilibero infatti, pur restando per larga parte della giornata, al massimo fino a 16 ore, fuori dell'istituto, occupa comunque un posto letto per le restanti 8 ore) -. Va peraltro ricordato che un certo numero di 'liberi sospesi' finisce in carcere non perché il 'cattivo' Tribunale di sorveglianza rigetti l'istanza di un qualunque percorso alternativo (molto raro) ma per motivi oggettivi: mancata richiesta che va obbligatoriamente presentata nei 30 gg. al pubblico ministero; mancata elezione di domicilio (che rende inammissibile l'istanza); irreperibilità; mancanza di lavoro con pene superiori a 2 anni che non consentono nemmeno la detenzione domiciliare; mancanza di un domicilio che non consente nemmeno la detenzione domiciliare (problemi questi ultimi che in ogni caso si riproporranno oggi anche davanti al giudice di cognizione) e, infine, per le preclusioni di cui all'art. 58 quater o.p. (precedenti revoche di misure alternative, evasione e reati commessi durante l'evasione, recidiva qualificata nei casi di cui al comma 7-bis).

Ma sarà veramente così?

La criticabile decisione di non prevedere tra le pene sostitutive anche l'affidamento in prova 'sostitutivo' (vizio peraltro contenuto nella legge delega che non ha recepito sul punto le indicazioni della Commissione Lattanzi e dunque scelta non attribuibile al legislatore delegato) mi induce ad un moderato scetticismo, poiché il libero, piuttosto che optare per una semilibertà sostitutiva, preferirà attendere il giudizio del Tribunale di sorveglianza per spuntare un ben più favorevole affidamento in prova che, altrimenti, sarebbe concedibile - in caso di pena sostitutiva - solo dopo l'espiazione di almeno metà della pena stessa (art. 47, *nuovo* comma 3-ter o.p.). Nella fascia dunque 3-4 anni prevedo poche concessioni di semilibertà sostitutive a meno che l'imputato, che riconosca la propria responsabilità, abbia già un'occupazione lavorativa (magari temporanea, avendo il rischio cioè di perderla in futuro) ed abbia un forte interesse ad un'espiazione anticipata della pena per motivi personali, di studio, familiari, di trasferimento all'estero (dobbiamo ricordare che i liberi sospesi non possono ottenere il passaporto o il suo rinnovo per molti anni in forza dell'art 3 lett. d l. 21.11.67 n. 1185) o per sue specifiche prospettive di vita futura.

La scelta di non includere nelle pene sostitutive l'affidamento è peraltro temperata dalla previsione della possibilità di operare la scelta discrezionale di una pena

sostitutiva sulla scorta di finalità terapeutiche, in vista cioè delle esigenze di cura e di reinserimento sociale dei condannati affetti da disturbo da uso di alcol, di sostanze o da gioco d'azzardo (previsione, quest'ultima, innovativa anche rispetto all'ordinamento penitenziario e suggerita dalle più recenti acquisizioni scientifiche; cfr. il DSM-5).

E veniamo così al tema, strettamente inerente a quello degli 'effetti' sul giudizio di sorveglianza, della "appetibilità" di queste pene sostitutive.

Quali sono cioè le convenienze per un imputato a prestare il consenso ad una pena sostitutiva (diversa dalla pena pecuniaria, per la quale non può rifiutarsi)?

L'anticipazione dell'alternativa al carcere all'esito del giudizio di cognizione consente innanzitutto di evitare il carcere per i quei reati che, pur esclusi dal catalogo dell'art. 4 bis o.p., non consentono la sospensione dell'esecuzione ex art. 656 co. 5 e cioè: artt. 572 co. 2, 612 bis, co. 3, 624 bis e 423 bis c.p.; per questi reati, soprattutto la possibilità di patteggiare una pena sostitutiva di una detentiva fino a quattro anni appare particolarmente favorevole, con la garanzia appunto di evitare la sicura carcerazione in assenza di sospensione condizionale.

Per gli altri reati invece (quelli ricompresi nel catalogo del 4 bis), sussistendo le medesime preclusioni (le pene sostitutive infatti non si applicano ai reati del catalogo del 4 bis, come previsto dall'art. 59 l. 689/81 riformato), il problema di evitare il carcere non si pone posto che l'ordine di esecuzione non è in ogni caso sospendibile. Per costoro la scelta sostitutiva non opera e, al passaggio in giudicato della condanna, si apriranno in ogni caso le porte del carcere.

La valorizzazione invece, tra le pene sostitutive, del lavoro di pubblica utilità, con il quale può essere sostituita la pena detentiva addirittura fino a tre anni, da un lato consente di convertire una pena detentiva con una misura che il Tribunale di sorveglianza non potrebbe applicare (non esiste infatti una corrispondente misura alternativa) e, dall'altro, concorre alla riduzione delle impugnazioni, essendo prevista l'inappellabilità della condanna ai lavori di pubblica utilità anche da parte del PM. Infine, ciò che dovrebbe indurre l'imputato a consentire fin da subito alla sostituzione della pena detentiva 'breve' è l'obiettivo regime di ridotta afflittività delle pene sostitutive rispetto alle omologhe misure alternative che le renderebbe oltremodo appetibili, oltre alle ragioni 'temporali'.

Rimando sul punto agli artt. 55 e ss. della l. 689/81 novellata: per la semilibertà le ore in carcere sono limitate ad otto (quando i programmi dei semiliberi *in executivis* in genere, ma non sempre, appaiono più ristretti); per la detenzione domiciliare sono previste soltanto 12 ore di permanenza obbligatoria al domicilio (il che vuol dire che si può restare fuori del domicilio per metà della giornata, quando di prassi nella corrispondente misura alternativa le ore di uscita sono generalmente limitate a 4) e comunque vi è la facoltà di uscire per non meno di 4 ore per soddisfare anche esigenze di natura lavorativa (nel qual caso questa misura si avvicina di molto ad un affidamento in prova).

La scelta di una pena sostitutiva consente (ma solo per semilibertà e detenzione domiciliare) la possibilità di accedere poi all'affidamento in prova dopo metà della pena espiata (e questo rappresenterà un grosso incentivo soprattutto per la semilibertà sostitutiva) e la concessione anche della liberazione anticipata, posto che pur

escludendosi (tranne l'affidamento a metà pena) l'applicazione di tutte le misure alternative "di cui al capo VI del titolo I" dell'ordinamento penitenziario – capo in cui è ricompresa anche la liberazione anticipata – tuttavia l'art. 76 rende applicabile l'art. 47 co. 12-bis o.p. alle pene sostitutive "in quanto compatibili". Meglio sarebbe stato un integrale richiamo all'art. 54 o.p. anziché alla disposizione che estende la liberazione anticipata all'unica misura che non è pena sostitutiva. Pacifica da sempre l'applicabilità della liberazione anticipata alla 'vecchia' semidetenzione (cfr., ad es., Cass. I, 18 novembre 1993, n. 4964) - cui oggi è parificabile la 'semilibertà sostitutiva' - essendo essa assimilabile *in toto* alla detenzione carceraria, qualche perplessità desta l'applicazione di questo beneficio alla detenzione domiciliare, alla quale non sembrerebbe riferibile il citato art. 47 co. 12-bis (è lo stesso art. 54 infatti che estende la liberazione anticipata a questa misura speciale). La relazione accompagnatoria tuttavia afferma che, pur riferendosi tale disposizione all'affidamento in prova al servizio sociale, essa, presupponendo espressamente l'osservazione del condannato in esecuzione penale esterna e non in carcere, rappresenta un modello di disciplina adattabile (oltre che alle altre misure alternative) a tutte le pene sostitutive. La riduzione di pena per la liberazione anticipata può in effetti contribuire al successo applicativo delle pene sostitutive, anche in rapporto alla possibilità di anticipare il momento in cui, ai sensi del nuovo art. 47, co. 3 ter l. n. 354/1975, è possibile per il condannato chiedere l'affidamento in prova al servizio sociale. Un'interpretazione differente, e qui mi rivolgo principalmente ai miei colleghi della sorveglianza, renderebbe molto meno appetibili le pene sostitutive.

Va osservato infine che la liberazione anticipata non è in ogni caso applicabile ai lavori di pubblica utilità posto che l'esecuzione è affidata al giudice dell'esecuzione, cui questo beneficio è sconosciuto, e non al magistrato di sorveglianza.

4. I 'punti di contatto' tra giurisdizione cognitiva e giurisdizione rieducativa nel sistema delle pene sostitutive della riforma Cartabia.

Quali *in subiecta materia* sono le interferenze ed i punti di contatto fra le due giurisdizioni?

Innanzitutto l'intera esecuzione delle pene sostitutive, una volta divenuta definitiva la condanna, è affidata alla magistratura di sorveglianza, ad eccezione dei lavori di pubblica utilità.

Non sono applicabili, come già detto, le norme sulle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario (art. 67 co. 1) ma alcune di esse vengono espressamente richiamate: l'art. 47 co. 3-ter, come già detto, e gli artt. 51-bis (sopravvenienza nuovi titoli), 51-quater (pene accessorie) e 53-bis (computo del periodo trascorso in licenza), sempre 'in quanto compatibili'.

Segnalo la particolarità della disciplina dell'art. 51 bis o.p. che consentirà l'estensione di una pena sostitutiva ad un nuovo titolo sopravvenuto senza alcun passaggio dal giudice della cognizione e, ritengo, anche prescindendo dal consenso dell'interessato: la scelta sarà dunque rimessa al pubblico ministero che trasmetterà la

richiesta al magistrato di sorveglianza e quest'ultimo provvederà nella sua piena discrezionalità con possibilità di reclamo avanti al Tribunale di sorveglianza. In questo caso è dunque palese come l'intera materia sia attratta nell'orbita della sorveglianza, anche quanto più propriamente dovrebbe spettare alla magistratura di cognizione.

Quanto invece alla sopravvenienza di una o più pene sostitutive il magistrato di sorveglianza opererà applicando i criteri dell'art. 70.

Vi sono poi norme specifiche nella legge che disciplinano nel dettaglio l'esecuzione affidata al magistrato di sorveglianza, il quale procederà a norma dell'art. 678 co. 1-bis, quindi *'de plano'* (non in udienza).

Il magistrato di sorveglianza deve infatti procedere a quello che ritengo l'atto più importante per la buona riuscita del sistema: la *'verifica'* dell'attualità delle prescrizioni che confermerà o, se necessario, modificherà con ordinanza impugnabile avanti allo stesso magistrato ai sensi dell'art. 667 co. 4 cpp.

Qui mi rivolgo ai colleghi della sorveglianza: bisognerà porre particolare attenzione a questo intervento della magistratura di sorveglianza, dovendosi essa limitare alla mera attualizzazione delle prescrizioni e non cedere alla tentazione di ricondurre queste ultime agli schemi, talvolta tralattizi, propri del suo modo di operare nel campo delle misure alternative. Sarà naturale il desiderio di governare la misura (che è e rimane una pena sostitutiva e non una misura alternativa) secondo personali parametri ma credo che qui il magistrato di sorveglianza sia *'schiavo'*, più che in altre occasioni, di quanto ha deciso il giudice della condanna alle cui statuizioni deve adeguarsi. Mi spiego meglio: un irrigidimento a priori delle prescrizioni sarebbe ad esempio irragionevole (ad es. la riduzione dell'ambito territoriale di movimento), l'aggiunta di una prescrizione non prevista in origine e non necessitata dall'attualizzazione sarebbe a mio giudizio addirittura illegittima anche perché, ad esempio, le prescrizioni cd *'comuni'* dell'art. 56-ter (tranne quella dell'obbligo di permanenza in ambito regionale) non sono in alcun modo modificabili (art.64, co. 4) anche se mutano le condizioni di fatto. Nel governo di queste pene (ripeto "pene" e non "misure") sarà necessario il rispetto della statuizione giudiziale da un lato e, dall'altro, molto buon senso.

Particolare è la revoca della pena sostitutiva (art. 66): disposta sempre dal magistrato di sorveglianza (e non dal Tribunale) per semilibertà e detenzione domiciliare, senza sospensione cautelativa (importante differenza rispetto al sistema delle misure alternative) e nei casi tassativamente previsti dall'art. 68, in udienza partecipata (art. 666 cpp), così come per il giudice dell'esecuzione quanto ai lavori di pubblica utilità. La revoca preclude per tre anni l'applicazione di altre pene sostitutive, così come la commissione di un delitto non colposo durante la loro esecuzione (è il *'nostro'* 58 quater!).

La revoca di una misura alternativa non ha dunque effetti preclusivi sull'applicazione di pene sostitutive (è questa un'ulteriore condizione di *'appetibilità'* della scelta delle pene sostitutive) mentre la revoca di una pena sostitutiva sì.

Il differimento della pena sostitutiva nei casi di cui agli artt. 146 e 147 c.p. è disposto dal Tribunale di sorveglianza (richiamo esplicito all'art. 684 c.p.) e, in prima

battuta in via cautelare ed urgente, dal magistrato di sorveglianza, ma solo per semilibertà e detenzione domiciliare.

5. Conclusioni.

Alcune osservazioni finali.

La riforma di cui si discute è certamente ispirata dall'esigenza di deflazione della popolazione detenuta, pur se accompagnata all'esigenza "minimalistica" di evitare ai condannati di non elevata pericolosità il trauma dell'esperienza penitenziaria, ma anche a prevenire il pericolo di recidiva in quanto l'opzione riabilitativa impone una diversificazione della risposta sanzionatoria in presenza di esigenze di reinserimento differenti.

Ripartire dal principio rieducativo fin dalla cognizione significa poi svincolare la concessione della pena sostitutiva dalla "premiabilità". Anche le misure alternative, infatti, talvolta vengono legate ad impropri presupposti di meritevolezza, che fanno perno cioè non tanto sull'assenza del rischio della recidiva - desunto per i detenuti dal comportamento carcerario o, per gli altri, da quello tenuto in libertà dopo il reato o da una reale presa di distanza dalle pregresse attività devianti di cui il reato è espressione - quanto piuttosto sull'ammissione di responsabilità e sulla collaborazione con l'autorità giudiziaria durante il processo. Una delle principali criticità che affliggono le misure alternative è anche, a livello di applicazione giurisprudenziale, la scarsa omogeneità di contenuto delle prescrizioni e ciò a mio parere ha ridotto non poco l'efficacia e la credibilità del sistema complessivo dell'esecuzione penale. Cerchiamo dunque di non reiterare lo stesso errore anche nel campo delle pene sostitutive. Le pene sostitutive non dovranno replicare i vizi delle misure alternative ma farne proprie tutte le virtù.

Ciò potrà avvenire solo attraverso l'instaurazione di rapporti positivi con i Servizi sociali (UEPE), al fine di assicurare la presa in carico del condannato, di guidarlo e assisterlo e di controllarlo se necessario, per favorire la riuscita del suo reinserimento sociale in un'ottica solidaristica: solo in tal modo la *probation*, entro cui a mio giudizio pacificamente si iscrive il sistema delle pene sostitutive, potrà contribuire alla sicurezza collettiva ed alla buona amministrazione della giustizia.

Anni fa ad un corso del CSM sulle misure alternative avevo espresso il mio scetticismo, sulla scorta della diversità fra il giudizio di cognizione e quello della sorveglianza, sul possibile trasferimento della competenza sulle misure alternative, fondate sul giudizio di personalità, dal magistrato di sorveglianza al giudice della cognizione. Oggi credo invece che si apra un nuovo scenario e penso sia utile qui richiamare quella corrente di pensiero che, da tempo, propugna l'opportunità di incamminarsi verso il c.d. *processo bifasico* - già *in nuce* rappresentato dall'importante innovazione dell'udienza di '*sentencing*' (art. 545 bis cpp) - che prevede appunto un giudice della responsabilità ed un giudice della pena. Ora questo giudice è ancora il medesimo, sia pure investito - anche in tempi diversi (come appunto prevede la '*sentencing*') - di due competenze differenti quando, esaurita nel processo della responsabilità la questione attinente all'attribuzione del fatto, è tenuto ad approfondire

liberamente gli aspetti personologici dell'imputato, coordinandoli con quelli deducibili dal fatto, per giungere ad una pena che abbia la capacità di assorbire, compiutamente, sia le indicazioni di personalità derivanti dal fatto, che quelle più profonde connesse ad aspetti della personalità. Questo passaggio della riforma coglie il punto di arrivo di una concezione della pena che si allontana dalla retribuzione pura e semplice: non dunque una pena 'sempre e comunque' che soddisfi esigenze di mera retribuzione (anche nel senso di quella pena 'simbolica' di cui parla Donini) ma una pena 'utile' che svolga compiti rieducativi.

Chiudo con una riflessione che ho recentemente tratto dalla lettura di un bellissimo libro di Tommaso Greco, filosofo del diritto dell'Università di Pisa ed ex magistrato, "*La legge della fiducia*"³: noi ci siamo abituati ad un'idea impoverita del diritto, ad un paradigma "sfiduciario" secondo cui vediamo nel diritto solo l'autorizzazione all'uso della forza e dimentichiamo la sua dimensione relazionale che non solo viene prima di quella coercitiva ma serve anche per giustificarla. Non si tratta affatto di un modo per 'snaturare' il diritto, nel nostro caso il processo e la sanzione - quelli che prima chiamavo i 'figli prediletti' della giustizia - bensì di riconoscere che nel diritto esiste una dimensione 'orizzontale-relazionale' che accompagna sempre quella 'verticale-sanzionatoria' e la riforma in qualche modo credo che abbia intrapreso, seppur ancora timidamente, questa strada.

³ T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Ed. Laterza, 2021