

L'APPLICAZIONE DELLE PENE SOSTITUTIVE NEL PATTEGGIAMENTO TRA INIZIATIVA DELLE PARTI E POTERI DEL GIUDICE

di Francesco Lazzarini

La riforma Cartabia ha ristrutturato dalle fondamenta il sistema delle pene sostitutive, anche nei suoi aspetti processuali, e il patteggiamento si pone quale luogo elettivo per la loro applicazione. Tuttavia, nella disciplina del rito, il legislatore si è limitato a introdurre, accanto a una generica disposizione, un rinvio all'applicazione delle disposizioni relative al c.d. sentencing nel procedimento ordinario, in quanto compatibili. Spetta così all'interprete ricostruire le prerogative delle parti e, soprattutto, i poteri del giudice, in un procedimento dominato dalla logica negoziale. In questa prospettiva, il contributo mira ad analizzare le diverse tipologie di richieste formulabili dalle parti, in relazione al loro grado di completezza, e a delimitare, per ciascuna di esse, gli eventuali spazi d'intervento del giudice nelle scelte sulla pena sostitutiva e sui suoi contenuti. Ciò, vagliando la compatibilità delle soluzioni ermeneutiche con i principi che governano il rito negoziato e con le esigenze di coerenza e di tenuta del sistema.

SOMMARIO: 1. Il patteggiamento come terreno elettivo di applicazione delle pene sostitutive. – 2. L'accordo "completo" sulla sostituzione. – 3. L'accordo "incompleto" sulla sostituzione. – 3.1. La determinazione della pena sostitutiva e/o delle sue modalità esecutive in esito all'udienza *ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.* – 3.1.1. Il completamento giurisdizionale dell'intesa. – 3.1.2. L'attività acquisitiva come mero impulso alle parti per un nuovo accordo. – 3.1.3. Il completamento giurisdizionale dell'intesa "sanato" da una nuova espressione del consenso. – 3.2. La determinazione "differita" delle modalità di esecuzione della pena sostitutiva. – 4. La sostituzione "delegata". – 5. La sostituzione officiosa. – 5.1. Il quadro giurisprudenziale precedente alla riforma Cartabia. – 5.2. La disciplina introdotta dalla riforma Cartabia. – 5.3. Gli esiti deformanti della sostituzione disposta d'ufficio. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Il patteggiamento come terreno elettivo di applicazione delle pene sostitutive.

Non è la prima volta che il tentativo di rilanciare le pene sostitutive guarda al rito contrattato quale luogo privilegiato della loro applicazione. Già vent'anni fa, con la legge 12 giugno 2003, n. 134, il legislatore, potenziando, nell'ambito di uno stesso intervento

normativo, il sistema delle sanzioni sostitutive e il patteggiamento¹, mostrava di intendere i due istituti come fortemente interconnessi².

La stessa impostazione di fondo si rinveniva nella Relazione finale della Commissione Lattanzi, che aveva suggerito al legislatore di istituire una «operatività sinergica tra le sanzioni extradetentive e i riti alternativi»³, riservando l'applicabilità della semilibertà sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva e dell'affidamento in prova sostitutivo⁴ al solo patteggiamento, per massimizzare gli obiettivi di deflazione processuale⁵. Nella proposta della Commissione, erano residuali le fattispecie in cui la

¹ L'intervento normativo, oltre ad introdurre il c.d. patteggiamento allargato, elevò a due anni la soglia della pena detentiva sostituibile, dopo che, con l'art. 5, comma 1, d.l. 14 giugno 1993, n. 187, conv. in l. 12 agosto 1993, n. 296, il limite era stato portato a un anno, raddoppiandolo rispetto a quello di sei mesi, risultante dalla versione originaria dell'art. 53, comma 1, l. 24 novembre 1981, n. 689. Peraltro, i dati hanno dato atto del fallimento delle sanzioni sostitutive, malgrado il progressivo ampliamento del loro perimetro operativo, v. Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, in *www.governo.it.*, p. 64, secondo cui, al 15 aprile 2021, i soggetti in carico all'Ufficio di esecuzione penale esterna a titolo di semidetenzione erano 2, quelli a titolo di libertà controllata erano 104. Si tratta di dati tali da avere indotto la Commissione stessa ad affermare che quelle disciplinate dalla l. n. 689/1981 fossero «sanzioni [...] esistenti solo sulla carta». Sul punto, v., *ex multis*, DOLCINI (2022), p. 4; BIANCHI (2021), p. 35; AMARELLI (2022), p. 235; GARGANI (2023), p. 18; PALAZZO (2021b), p. 12.

² VARRASO (2023), §4; GIUNTA (2004), p. 69, secondo cui, rispetto all'ampliamento del raggio operativo del patteggiamento, il potenziamento delle sanzioni sostitutive mostrava per intero la sua potenzialità, «fungendo da fattore di forte incremento dell'accesso» al rito negoziato. In verità, già la «applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato», antenata del patteggiamento, disciplinata dagli artt. 77 ss., l. n. 689/1981 istituiva una stretta correlazione tra la giustizia negoziata e l'applicazione delle sanzioni sostitutive, sull'istituto, v. VIGONI (2000), pp. 1-4.

³ ABBAGNANO TRIONE (2022a), p. 240.

⁴ L'indicazione volta all'inclusione dell'affidamento in prova nel catalogo delle pene sostitutive non è stata colta dal legislatore delegante (art. 1, comma 17, *lett. b*), l. 27 settembre 2021, n. 134). Parte della dottrina ha ritenuto che la scelta legislativa sia stata motivata dalla necessità di non disincentivare il ricorso alla sospensione del procedimento con messa alla prova, v. GATTA (2021), p. 17. Inoltre, la determinazione del legislatore è stata ricondotta all'equilibrio interno della maggioranza che sosteneva il Governo Draghi e alla preoccupazione di mantenere il connubio pena-limitazione della libertà personale, v. VARRASO (2023), §4; DOLCINI (2021), §3. Peraltro, si è evidenziato che l'esclusione dell'affidamento in prova sia suscettibile di rappresentare un freno alla sostituzione delle pene detentive, visto che, per l'imputato, potrebbe apparire più conveniente far seguire alla sentenza di condanna un'istanza volta alla concessione di questa misura alternativa, piuttosto che prestare il consenso, in sede di cognizione, alla sostituzione con pene maggiormente afflittive, quali la semilibertà sostitutiva o la detenzione domiciliare sostitutiva, v. DOLCINI (2022), p. 11. Diversi Autori hanno anche sottolineato come non si possa escludere che un imputato ritenuto inidoneo all'applicazione di una pena sostitutiva sia giudicato, in sede esecutiva, idoneo all'affidamento in prova, con la conseguenza che chi viene valutato idoneo alla sostituzione in fase di cognizione può subire un trattamento peggiore (ad es., la condanna alla semilibertà sostitutiva o alla detenzione domiciliare sostitutiva) rispetto a chi viene giudicato tale in sede esecutiva, v. BORTOLATO (2023), p. 5; BIANCHI (2021), p. 40; VARRASO (2023), §4. Infine, si è sottolineato che l'affidamento in prova sostitutivo sarebbe stata «la *species* sanzionatoria meglio idonea a fornire una risposta al reato realmente individualizzata, ovverosia ritagliata sulle specifiche esigenze di reinserimento sociale del condannato e capace di promuovere una partecipazione «attiva» e «responsabilizzante» di quest'ultimo nell'esecuzione della pena; e per altro verso avrebbe consentito di porre rimedio al fenomeno dei c.d. liberi sospesi», v. VENTUROLI (2023), pp. 5-6.

⁵ Si legge nella Relazione che «nel contesto di un progetto di riforma più ampio, volto a rendere più efficiente il processo penale riducendone i tempi, la Commissione ritiene che la proposta avanzata possa essere opportunamente riservata al rito alternativo del patteggiamento, rappresentandone un forte incentivo», v.

sostituzione con le pene sopra menzionate sarebbe potuta avvenire anche in esito al dibattimento⁶. In più, sebbene si prospettasse l'applicazione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo sia nel procedimento ordinario sia nel patteggiamento, era solo in questa seconda ipotesi che la pena avrebbe avuto una durata non superiore alla metà della pena detentiva sostituita⁷.

Peraltro, il Governo e il Parlamento hanno attenuato le interazioni tra il rito negoziato e le pene sostitutive, consentendo l'applicabilità di queste ultime a prescindere dalle forme in cui si sia svolta la fase di cognizione⁸. L'abbandono di quella «fortissima sinergia tra pena e processo», immaginata dalla Commissione Lattanzi, è stato salutato con favore da una parte della dottrina penalistica, preoccupata che l'inflizione di una pena motivata da ragioni esclusivamente processuali potesse pregiudicare la proporzionalità della stessa al disvalore del fatto commesso⁹.

In verità, l'interconnessione tra le pene sostitutive e i riti alternativi, seppur di molto depotenziata, non risulta del tutto annullata, come emerge dall'art. 56-bis, comma 4, l. 24 novembre 1981, n. 689, a norma del quale il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato al risarcimento del danno o all'eliminazione delle conseguenze dannose del reato, comporta la revoca della confisca facoltativa solo quando la pena sia stata applicata con la sentenza di patteggiamento o con il decreto penale di condanna¹⁰.

Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, cit., p. 66.

⁶ La Commissione aveva suggerito di limitare la possibilità di sostituzione in esito al giudizio ordinario solo per «specifici reati», v. Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, cit., p. 64.

⁷ Al contrario, per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo applicato in esito al giudizio ordinario, si prevedeva una durata corrispondente a quella della pena detentiva sostituita, v. Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, cit., p. 66.

⁸ GARGANI (2022), p. 10; VARRASO (2023), §4.

⁹ PALAZZO (2021b), p. 6; VENTUROLI (2023), p. 6, secondo cui «il legame tra le sanzioni sostitutive e i procedimenti speciali [...] viene a compromettere la *ratio* solidaristica idealmente assegnata alle alternative al carcere, a causa della risaputa impossibilità di riconoscere una qualsiasi giustificazione penologica ai riti premiali, e tanto meno in termini di prevenzione speciale positiva». Anche la soluzione fatta propria dalla riforma, peraltro, non ha mancato di sollevare perplessità, nella misura in cui, con l'innalzamento a quattro anni della pena detentiva sostituibile, «la divaricazione quantitativa e qualitativa tra pena edittale e pena irrogata in concreto è sempre più vistosa e foriera di distorsioni e incomprensioni sul piano comunicativo», GARGANI (2022), p. 22. Sulla stessa linea, v. AMARELLI (2022), p. 237, che sottolinea come la possibilità di sostituire pene detentive fino a quattro anni si ponga in termini problematici rispetto alla funzione general-preventiva della pena. La circostanza della divaricazione tra pena prevista e pena espiata era già stata sottolineata in occasione dell'innalzamento dei limiti edittali per la sostituzione operata con l'art. 4, comma 1, l. n. 134/2003 da VIGONI (2004), pp. 711-712.

¹⁰ Il legislatore pare essersi ispirato a quanto disposto dall'art. 186, comma 9-bis, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, c.d. Codice della strada (guida sotto effetto di alcol) e dall'art. 187, comma 8-bis, c.d.s. (guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti), a norma dei quali il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità comporta, tra le altre cose, la revoca della confisca del veicolo sequestrato. In questi casi, tuttavia, la premialità viene riconosciuta a prescindere dalle forme in cui si è svolta la fase di cognizione. Nella disciplina dell'art. 56-bis, l. n. 689/1981, invece, «la revoca della confisca è agganciata e condizionata all'accesso ai predetti riti alternativi, che il legislatore delegante ha inteso evidentemente incentivare per contribuire a ridurre i tempi medi del processo penale. La rinuncia dello Stato al bene confiscato [...] è funzionale all'anzidetto obiettivo. D'altra parte, l'accesso ai riti alternativi, con l'applicazione del LPU, è

Comunque, se è vero che, in linea di principio, l'applicazione di una pena sostitutiva non rappresenta più la contropartita di una rinuncia alla piena cognizione¹¹, è altrettanto vero, come si è affermato, che il patteggiamento «sembra rimanere la sede privilegiata»¹² della sostituzione. Si è sostenuto, infatti, che, nel rito negoziato, l'operazione sarà correlata spesso a veri e propri “saldi”, come avviene già oggi, e che le parti potranno concordare l'applicazione di una pena sostitutiva senza doversi affidare alla discrezionalità sanzionatoria del giudice nel procedimento ordinario¹³.

Venendo ora alle modifiche apportate dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, tre sono gli interventi che hanno inciso in modo più significativo sulla disciplina delle pene sostitutive nel patteggiamento.

Innanzitutto, il legislatore ha riscritto l'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981 e ha disposto che il giudice possa sostituire la pena detentiva con una delle pene *ex art. 20-bis* c.p. «nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti», introducendo così il riferimento al patteggiamento, non presente nel testo previgente della disposizione.

In secondo luogo, è stata apportata una modifica meramente formale all'art. 444, comma 1, c.p.p.: il legislatore delegato ha confermato la possibilità, già contemplata dalla disposizione¹⁴, che l'accordo delle parti preveda la sostituzione della pena detentiva, limitandosi ad adeguare al rinnovato *nomen iuris*¹⁵ la terminologia impiegata dalla norma, che prima faceva riferimento alle «sanzioni sostitutive»¹⁶.

Infine, la riforma ha introdotto un nuovo comma *1-bis* all'art. 448 c.p.p., volto a disciplinare le fattispecie in cui le parti concordano l'applicazione di una pena sostitutiva e non è possibile decidere immediatamente¹⁷. In questi casi, si prevede che il giudice

sempre subordinato alla valutazione del pubblico ministero, prima, e del giudice, poi, che potranno tenere adeguatamente in considerazione la possibilità della revoca della confisca», *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, in *G.U., Serie generale n. 245 del 19 ottobre 2022 – Suppl. straordinario n. 5*, p. 201.

¹¹ PALAZZO (2021a), p. 3.

¹² VARRASO (2023), §4.

¹³ VARRASO (2023), §4. Anche ABBAGNANO TRIONE (2023), p. 758, nota 7, evidenzia che la riforma, con l'innalzamento a quattro anni della pena detentiva sostituibile, incentiverà il ricorso ai riti alternativi. Nello stesso senso, v. GUIDI (2023), p. 12.

¹⁴ Già nella sua versione originaria, entrata in vigore nel 1989, l'art. 444 c.p.p. prevedeva che «l'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva [...]».

¹⁵ Come si legge nella Relazione illustrativa, «la scelta del legislatore delegato, in linea con lo spirito della legge delega, è di adottare senza indugi la nuova denominazione, più coerente col sistema sanzionatorio e, per quanto si è detto, con la Costituzione. Si tratta di pene, diverse da quelle edittali (detentive e pecuniarie), irrogabili dal giudice penale in sostituzione di pene detentive, funzionali alla rieducazione del condannato, così come a obiettivi di prevenzione generale e speciale», v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 185.

¹⁶ Nell'ambito del rito negoziato, il legislatore non ha fatto mostra della stessa diligenza nell'art. 445, comma 2, c.p.p., in cui ancora compare la locuzione «sanzione sostitutiva».

¹⁷ La disposizione è parallela a quella dell'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., la cui operatività sarebbe limitata, secondo la Relazione illustrativa, al giudizio ordinario e al giudizio abbreviato, v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 241. Sul punto, v., *infra*, §5.2.

sospenda il processo, rinviandolo ad altra udienza a non oltre sessanta giorni, e che trovi applicazione, in quanto compatibile, l'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p.¹⁸. Si tratta della disposizione che, ai fini della decisione del giudice sulla sostituzione, sulla scelta della pena sostitutiva e delle relative prescrizioni, gli consente di acquisire informazioni, tra gli altri, dall'Ufficio di esecuzione penale esterna e dalla polizia giudiziaria¹⁹ e di richiedere al primo la predisposizione del programma di trattamento.

Va ora compreso come la disciplina appena richiamata si atteggi rispetto alle situazioni che potranno verificarsi nella prassi giudiziaria, in relazione alle diverse tipologie di richieste formulabili dalle parti e ai poteri esercitabili dal giudice. In particolare, va verificata la tenuta dei principi che governano il procedimento speciale alle innovazioni introdotte dalla riforma.

2. L'accordo "completo" sulla sostituzione.

La prima ipotesi, che la Relazione illustrativa definisce «fisiologica», è quella in cui le parti sottopongono al giudice un accordo «solo da deliberare»²⁰. Si tratta, cioè, del caso in cui l'imputato e il pubblico ministero abbiano concordato la pena sostitutiva da applicare e le sue modalità esecutive.

Il problema relativo alla determinazione del contenuto del trattamento sanzionatorio si pone, in particolare, per le c.d. «pene-programma»²¹, imperniate su flessibili obblighi di astensione, divieti e prescrizioni positive. Nella semilibertà sostitutiva (art. 55, l. n. 689/1981) e nella detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56, l. n. 689/1981), ad esempio, vanno quantificate le ore che il condannato deve trascorrere presso l'istituto di pena o presso il domicilio, così come l'attività che gli è consentito svolgere all'esterno e le modalità della stessa. Anche nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo (art. 56-*bis*, l. n. 689/1981) vanno individuate la frequenza e la modalità della prestazione. Nel caso della detenzione domiciliare sostitutiva, inoltre, si prevede che possano essere prescritte modalità di controllo, pure mediante mezzi elettronici (art. 56, comma 4, l. n. 689/1981). Tra le prescrizioni comuni che è possibile disporre, inoltre, compaiono divieti quali quello di avvicinamento alla persona offesa (art. 56-*ter*, comma 2, l. n. 689/1981).

Nel senso di una predeterminazione di tutti questi aspetti nella richiesta di applicazione della pena, spinge la *soft law* di recentissima elaborazione: ad esempio, lo «Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi», sottoscritto il 13 febbraio scorso dai Presidenti delle sedi giudiziarie di Milano,

¹⁸ Una disposizione analoga è prevista all'art. 554-*ter*, comma 2, c.p.p., per il caso in cui le parti concordino l'applicazione di una pena sostitutiva e ne facciano richiesta nell'udienza di comparizione predibattimentale in seguito a citazione diretta.

¹⁹ Si prevede inoltre che il giudice possa acquisire dai soggetti indicati dall'art. 94, T.U. Stupefacenti la certificazione di disturbo da uso di sostanze o di alcol, da gioco d'azzardo e il programma terapeutico.

²⁰ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 241.

²¹ DE VITO (2023), p. 10.

dell'Ordine degli Avvocati, della Camera Penale e dal dirigente dell'Ufficio di esecuzione penale esterna, prescrive ai difensori «in caso di applicazione pena su richiesta delle parti, [di] depositare la documentazione necessaria e *concordare con il pubblico ministero anche la pena sostitutiva e le condizioni della stessa*». Il protocollo, inoltre, specifica che «si applica l'art. 448 comma 1 *bis* solo nei casi strettamente necessari»²². Dunque, nell'ipotesi in cui le parti abbiano già definito i “contenuti” della pena da sostituire, l'udienza *ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.* è destinata a svolgere un ruolo meramente residuale.

Pare infatti che la sospensione del processo possa essere disposta solo ai fini della verifica sul ricorrere dei requisiti di legge per la sostituzione della pena, che, in quanto riconducibile, in definitiva, al vaglio sulla congruità della stessa *ex art. 444, comma 2, c.p.p.*, rimane di stretta pertinenza del giudice. Sebbene la Relazione illustrativa non riconduca il rinvio ad altra udienza a questa finalità²³, la sospensione del processo potrebbe rendersi necessaria per reperire dall'Ufficio di esecuzione penale esterna e dalla polizia giudiziaria la documentazione utile all'effettuazione del predetto vaglio, nei casi in cui le parti non l'abbiano allegata alla richiesta. Si potrebbe trattare, ad esempio, dell'ipotesi in cui l'imputato e il pubblico ministero concordino l'applicazione della pena pecuniaria sostitutiva, determinando il tasso giornaliero, senza mettere a disposizione del giudice gli elementi posti a fondamento della quantificazione, che va operata con riguardo alle complessive condizioni patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare (art. 56-*quater*, l. n. 689/1981)²⁴.

Sarebbero casi come questi, dunque, quelli in cui «non è possibile decidere immediatamente».

Del resto, l'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p., a cui fa rinvio, in quanto compatibile, l'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p., individua tra le finalità della sospensione quella «di decidere sulla sostituzione della pena detentiva». La locuzione, nel contesto di un accordo che già individui la pena e ne definisca le modalità esecutive, pare riconducibile unicamente alla necessità di assicurare al giudice una base conoscitiva adeguata alle verifiche che è chiamato a svolgere sulla sussistenza dei presupposti per la sostituzione.

Al contrario, non paiono superare il vaglio di compatibilità *ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.* le altre funzioni del rinvio menzionate dall'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p.: in

²² Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, in www.sistemapenale.it, 14 febbraio 2023, p. 3. Recano formulazioni testualmente analoghe anche altri Protocolli, siglati nelle scorse settimane, sul modello di quello milanese, v., per es., Protocollo operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, sottoscritto a Prato il 27 aprile 2023, in www.tribunale.prato.it, p. 3; Schema operativo in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi, sottoscritto a Trieste il 5 maggio 2023, in www.tribunale.trieste.it, p. 2; Protocollo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, sottoscritto a Lecco il 12 maggio 2023, in www.tribunale.lecco.it, p. 2. Nello stesso senso si orientano anche le Linee guida per l'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi, sottoscritte a Torino il 16 aprile 2023, in www.ordineavvocatitorino.it, p. 2.

²³ Per le funzioni dell'udienza *ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.*, v., *infra*, §3.1.

²⁴ Con riferimento a questa ipotesi, ad esempio, il Protocollo milanese prescrive ai difensori di «produrre documentazione inerente al reddito e al patrimonio e ogni altro documento» finalizzato alla determinazione del tasso giornaliero e all'eventuale concessione della rateizzazione, v. Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, cit., p. 3.

particolare, quando le parti hanno già concordato la pena sostitutiva e il suo contenuto, non sembra che il giudice possa disporre le acquisizioni documentali ai fini della «scelta della pena sostitutiva [...] nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni relative». In questo caso, infatti, ogni aspetto dell'applicazione della pena sostitutiva forma oggetto dell'accordo, sul quale il giudice, come di regola avviene nel rito negoziato, può esprimersi unicamente nel senso dell'accoglimento o del rigetto, non essendogli consentito di incidere sulle determinazioni discrezionali delle parti (sul punto, v., *amplius, infra*, §3.1).

3. L'accordo "incompleto" sulla sostituzione.

Certamente più problematica è invece l'ipotesi in cui l'accordo delle parti abbia un contenuto più ridotto, limitato alla sostituzione della pena detentiva o all'individuazione della stessa, senza che però ne siano determinate le modalità di esecuzione e le prescrizioni. Ciò, in particolare, per la semilibertà sostitutiva, per la detenzione domiciliare sostitutiva e per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, che prevedono la definizione di un programma adeguato al caso concreto²⁵.

3.1. La determinazione della pena sostitutiva e/o delle sue modalità esecutive in esito all'udienza ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.

L'udienza ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p. sembra potere svolgere un ruolo ben più pregnante nelle ipotesi in cui l'accordo delle parti non sia completo al punto da consentire al giudice di pronunciarsi immediatamente sulla richiesta.

Come si desume dal tenore testuale della disposizione, il giudice può disporre il rinvio nel caso in cui l'imputato e il pubblico ministero «concordano» l'applicazione di

²⁵ Ai fini che qui interessano, importa unicamente che si tratti di "pene-programma", come tali impiegate su flessibili obblighi di astensione, divieti e prescrizioni positive (v., *supra*, §2). Non rileva, invece, la questione se l'Ufficio di esecuzione penale esterna debba o no predisporre il "programma di trattamento". Sul punto, infatti, si discute se quest'ultimo debba essere redatto per ciascuna delle tre pene sostitutive che si sono menzionate. Pare militare in senso negativo il fatto che soltanto l'art. 55, l. n. 689/1981, in materia di semilibertà sostitutiva, lo menziona espressamente. Non vi fanno riferimento, invece, né l'art. 56, l. n. 689/1981, in materia di detenzione domiciliare sostitutiva, né l'art. 56-bis, l. n. 689/1981, in materia di lavoro di pubblica utilità sostitutivo. In questo senso, con l'evidente intento di alleggerire il carico sull'Ufficio di esecuzione penale esterna, v., per es., *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Milano, p. 3; *Protocollo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Lecco, cit., p. 3; *Schema operativo in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Trieste, cit., p. 5; *Protocollo con vademecum sulle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Napoli (sede di Napoli Nord), in *www.sistemapenale.it*, 1 giugno 2023, pp. 2 ss. In senso contrario, tuttavia, pare deporre, ad esempio, l'art. 459, comma 1-ter, c.p.p., che, in materia di conversione della pena pecuniaria nella pena del lavoro di pubblica utilità dispone che «con l'istanza, l'imputato può chiedere un termine di sessanta giorni per depositare la disponibilità dell'ente o dell'associazione di cui all'articolo 56-bis, primo comma, e il programma dell'ufficio di esecuzione penale esterna».

una pena sostitutiva. Sul punto, la Relazione illustrativa esplicita che «l'accordo almeno generale deve essere già raggiunto e deve precedere la richiesta di differimento dell'udienza»²⁶. La finalità è quella di evitare istanze esplorative o dilatorie, che impegnino l'Ufficio di esecuzione penale esterna in attività preparatorie cui non segua un esito concreto²⁷.

Stando alla Relazione illustrativa, le situazioni in cui pare possibile il rinvio sarebbero allora (i) quella in cui le parti abbiano concordato la sostituzione, ma non abbiano ancora individuato quale delle pene sostitutive di cui all'art. 20-bis c.p. applicare²⁸, (ii) quella in cui le parti, raggiunto l'accordo sulla pena sostitutiva, non abbiano definito le sue modalità esecutive²⁹. In altri termini, si tratterebbe delle ipotesi diverse da quella «fisiologica» su cui ci si è diffusi in precedenza (v., *supra*, §2), che ricorrerebbe «quando l'iniziativa diligente della difesa e la disponibilità del pubblico ministero si incontrano tempestivamente»³⁰.

Nei casi menzionati, dunque, va indagato quale significato assuma il rinvio all'art. 545-bis, comma 2, c.p.p. In effetti, la disposizione indica quali finalità della sospensione proprio la scelta della pena sostitutiva e la determinazione degli obblighi e delle prescrizioni relative, nonché la predisposizione del programma di trattamento. Nella scarsa chiarezza del dato normativo, resta da capire come salvaguardare, in queste ipotesi, il vincolo di compatibilità *ex art.* 448, comma 1-bis, c.p.p.

Iniziano qui a profilarsi, infatti, alcune possibili tensioni tra la disciplina della sostituzione e la fisionomia del patteggiamento. A entrare in gioco sono sia il rapporto fra l'accordo delle parti e le attribuzioni del giudice, sia il problema dei limiti che l'organo giurisdizionale incontra nell'integrare l'accordo e nel sostituire la propria volontà a quella delle parti. La questione riveste primaria rilevanza, se si considera che, come sostenuto dalle Sezioni unite, l'equilibrio del patteggiamento consiste proprio nella necessaria corrispondenza tra la base negoziale del procedimento e il potere decisionale del giudice³¹.

²⁶ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.*

²⁷ Sono state sempre ragioni di economia, anche se parzialmente differenti, a guidare il legislatore nel congegnare l'art. 545-bis c.p.p., sul presupposto che, all'esito del dibattimento, l'attività dell'Ufficio di esecuzione penale esterna potrebbe risultare vana, ad esempio, per via della pronuncia di una sentenza di assoluzione o della pronuncia di una sentenza di condanna a pena superiore ai quattro anni o dell'eventuale opposizione dell'imputato alla sostituzione o, infine, dell'eventuale valutazione di non meritevolezza espressa dal giudice all'esito del processo, v. CHELO (2023), p. 178. Nel dibattimento, peraltro, il rinvio dell'intervento dell'Ufficio di esecuzione penale esterna è parso necessario in quanto un suo preventivo coinvolgimento sarebbe potuto apparire come un'anticipazione di giudizio, v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., pp. 246-247; CHELO (2023), p. 178.*

²⁸ A questa eventualità parrebbe fare riferimento la Relazione illustrativa laddove individua quale presupposto del rinvio «che le parti si trovino già davanti al giudice e non abbiano potuto o voluto per qualsiasi causa raggiungere un consenso sull'applicazione di una pena sostitutiva», v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.*

²⁹ A questa eventualità parrebbe fare riferimento la Relazione illustrativa laddove individua quale presupposto del rinvio «che sia raggiunto almeno un accordo sulla pena e sulla sua applicazione ai sensi dell'articolo 444 c.p.p.», v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.*

³⁰ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.*

³¹ Cass., Sez. un., 27 gennaio 2022, n. 23400, Boccardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 283191.

Centro dell'elaborazione in materia è il principio di intangibilità dell'accordo, secondo cui «il giudice può accogliere o rigettare “in blocco” l'intesa, senza possibilità di modifica [e di] aggiunta»³². Come ha affermato la Cassazione, «stante la struttura in larga parte negoziale che domina il procedimento di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., al giudice, il quale è terzo rispetto al negozio bilaterale posto a fondamento del procedimento, è consentito unicamente di ratificare ovvero di negare la propria ratifica ai termini concordati tra le parti»³³.

Le eccezioni a questo assetto sono tassative e riguardano unicamente le materie insuscettibili di formare oggetto dell'accordo e le fattispecie in cui le parti non abbiano predeterminato aspetti che conseguono necessariamente e per legge all'applicazione della pena, con l'esclusione di qualsiasi decisione che sia il risultato di apprezzamenti discrezionali³⁴.

In materia di pene accessorie, ad esempio, la Cassazione, prima della riforma, aveva pacificamente ammesso l'applicazione di quelle obbligatorie e predefinite *ex lege* per specie e durata³⁵, ritenendo che l'eliminazione dell'omissione «non produce[ss]e] modificazioni della sentenza, ma ne completa[ss]e] il contenuto, in armonia con la statuizione fondamentale già attuata»³⁶. Nello stesso senso si era espressa in materia di confisca³⁷. Andrà ora compreso se questi indirizzi potranno sopravvivere alle novità introdotte dal d.lgs. n. 150/2022, con cui si consente all'imputato e al pubblico ministero di chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata predeterminata, come anche di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con

³² VIGONI (2000), p. 279.

³³ Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 13719, S. G., in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 253 ss., con nota di CECCHI (2017).

³⁴ In questi termini, le Sezioni Unite si sono univocamente espresse sin dagli anni Novanta, v., per es., Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, n. 10, Zanlorenzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 194064, secondo cui «quando la legge preveda un data determinazione quale conseguenza di una decisione giurisdizionale senza lasciare al giudice facoltà di diversamente deliberare, anche se quella determinazione non sia compresa nei termini dell'accordo, deve essere adottata dal decidente in conformità alla volontà della legge, essendo implicito che le parti ne abbiano fatto oggetto di previsione, proprio per l'ineludibilità della conseguenza; né alle parti potrebbe ritenersi consentito (come non lo è per il giudice) pretermettere la legge [...]. Al contrario, quando la determinazione sia considerata dalla legge quale esercizio di una facoltà del giudice, se, sempre in tema di procedimento alternativo pattiziamente definibile, nessuna previsione sia stata formulata con la proposta (a maggior ragione nell'ipotesi di esclusione), al decidente non rimane altra opzione tra quelle di aderire al patto, per ritenere la determinazione di cui si discute superabile per effetto della buona volontà manifestata dalle parti o altra positiva considerazione secondo giustizia, ovvero, nell'ipotesi contraria, respingere il patto per procedere al giudizio ordinario, all'esito del quale sarà adottata decisione coerente allo schema previsto dalla legge».

³⁵ Tipico esempio è la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque, che segue di diritto all'applicazione di una pena detentiva non inferiore a tre anni (art. 29 c.p.), v. Cass., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 16034, Binaj, in *C.E.D. Cass.*, n. 243527; Cass., sez. II, 24 giugno 2015, n. 38713, Manzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 264801.

³⁶ Cass., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 16034, cit.

³⁷ Cass., sez. III, 27 settembre 2016, n. 6047, Zaini, in *C.E.D. Cass.*, n. 268829; Cass., sez. III, 9 ottobre 2013, n. 44445, Cruciani, in *C.E.D. Cass.*, n. 257616. Sulla possibilità che la confisca facoltativa sia ricompresa nell'accordo, v., *infra*, §3.1 in relazione alle innovazioni introdotte dalla riforma.

riferimento a specifici beni o a un importo determinato (art. 444, comma 1, secondo periodo, c.p.p.).

In ogni caso, orientamenti analoghi si sono consolidati, ad esempio, in materia di sanzioni amministrative accessorie³⁸ e di condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile³⁹.

Al contrario, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente escluso l'intervento modificativo o integrativo del giudice, quando incide su materie che possono legittimamente costituire oggetto di negoziazione e la relativa pronuncia comporta l'esercizio di un potere discrezionale.

Quanto alla determinazione della misura della diminuzione, ad esempio, la Cassazione ha affermato che «il giudice ha l'obbligo di rigettare la richiesta di patteggiamento mancante del computo della diminuzione "fino a un terzo" della pena»⁴⁰, non potendosi sostituire alla discrezionalità commisurativa delle parti.

Ancora più significativi paiono i trentennali orientamenti sulla sospensione condizionale della pena, fatti propri dalle Sezioni Unite fin dalla sentenza nel caso Iovine del 1993⁴¹ e dalle stesse ribaditi, appena lo scorso anno, nella decisione del caso Boccardo⁴². Laddove le parti non abbiano concordato l'applicazione della sospensione condizionale della pena, è escluso che il giudice possa concedere il beneficio: in caso contrario, infatti, «verrebbero travalicati i limiti della negoziazione»⁴³. All'opposto, la sospensione deve essere concessa qualora le parti abbiano subordinato l'accoglimento della richiesta al suo riconoscimento: se il giudice ritiene di non poterla accordare, non gli resta che rigettare l'accordo (art. 444, comma 3, c.p.p.). Diversamente, la pena può (ma non deve necessariamente) essere sospesa dal giudice, laddove le parti l'abbiano concordemente richiesto, senza tuttavia subordinare l'accordo alla concessione del beneficio⁴⁴, così che «la questione relativa sia devoluta, esplicitamente e specificamente, da entrambe le parti al potere discrezionale del giudice»⁴⁵.

³⁸ Cass., sez. IV, 15 settembre 2021, n. 36557, P. A., M. M., in *DeJure*, Cass., sez. IV, 5 aprile 2013, n. 50612, P. G., in *Dir. e giust. online*, 2013; Cass., sez. II, 26 novembre 2013, n. 49461, C., in *C.E.D. Cass.*, n. 257871; Cass., sez. IV, 26 febbraio 2016, n. 39075, F., in *C.E.D. Cass.*, n. 267978.

³⁹ Cass., sez. II, 13 gennaio 2009, n. 6809, Gottuso, in *C.E.D. Cass.*, n. 243422; Cass., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 4300, Grossi, in *C.E.D. Cass.*, n. 254486.

⁴⁰ Cass., sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9888, P. M., in *C.E.D. Cass.*, n. 243097; nello stesso senso, v. Cass., sez. IV, 31 gennaio 2013, n. 18669, Pacitto, in *C.E.D. Cass.*, n. 255926; Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 13719, cit.

⁴¹ Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, n. 5882, Iovine, in *C.E.D. Cass.*, n. 193417.

⁴² Cass., Sez. un., 27 gennaio 2022, n. 23400, cit.

⁴³ Cass., sez. I, 29 aprile 2019, n. 25384, L. G., in *DeJure*; nello stesso senso, v. Cass., sez. III, 7 aprile 2015, n. 31633, Macrì, in *C.E.D. Cass.*, n. 264426; Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, Zinno, in *C.E.D. Cass.*, n. 250172; Cass., sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 40950, C. F., in *C.E.D. Cass.*, n. 241371; Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, n. 10, cit., Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, n. 5882, cit., secondo cui « il tema dell'accordo delle parti assume valore pregiudiziale ed assorbente nel giudizio in esame, devesi, necessariamente escludere che il giudice possa, di sua iniziativa concedere il beneficio, apparendo evidente che - com'è stato sottolineato anche in dottrina - l'insistenza legislativa sulla essenzialità dei termini dell'accordo tra imputato e P.M. fa ritenere "assurdo giuridico" la possibilità di una pronuncia "ultra petita" ».

⁴⁴ Cass., sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 40950, cit.

⁴⁵ Cass., sez. II, 13 giugno 2019, n. 42973, Val, in *C.E.D. Cass.*, n. 277610.

Fatte tali premesse, per le ipotesi in cui, a fronte di una richiesta “incompleta”, sia stata disposta la sospensione del processo *ex art. 448*, comma 1-*bis*, c.p.p. e sia stata acquisita la documentazione dall’Ufficio di esecuzione penale esterna e dalla polizia giudiziaria, incluso eventualmente il programma di trattamento, va chiarito (i) se il giudice possa in autonomia scegliere la pena sostitutiva da applicare e il suo contenuto, senza che sia necessario un nuovo intervento delle parti (v., *infra*, §3.1.1), (ii) se, all’opposto, il reperimento della documentazione sia solo funzionale a consentire alle parti di formulare nuove richieste, su cui il giudice potrà esprimersi a ragion veduta (v., *infra*, §3.1.2) o, infine, (iii) se sia ammissibile una soluzione intermedia, secondo il cui il giudice potrebbe individuare la pena sostitutiva e/o le sue modalità esecutive e, tuttavia, a tali determinazioni dovrebbe seguire una nuova espressione del consenso ad opera dell’imputato e del pubblico ministero (v., *infra*, §3.1.3).

3.1.1. Il completamento giurisdizionale dell’intesa.

L’ipotesi in cui, a seguito di una richiesta “incompleta”, il giudice accolga l’accordo e lo completi unilateralmente, definendo in modo analitico il contenuto della pena sostitutiva e imponendo eventualmente nuove prescrizioni, non pare conforme al sistema.

È la base negoziale del rito a inibire al giudice l’integrazione dei termini dell’accordo, se non per gli aspetti del *decisum* che conseguano necessariamente e per legge alla decisione, tra i quali, pacificamente, non rientrano gli aspetti relativi alla sostituzione della pena detentiva⁴⁶.

Tanto la scelta della pena sostitutiva, quanto la definizione del suo contenuto in concreto rappresentano tutt’altro che scelte normativamente vincolate, come reso esplicito dall’art. 58, l. n. 689/1981. La disposizione, rubricata «potere discrezionale del giudice nell’applicazione e nella scelta delle pene sostitutive», evoca criteri elastici quali l’idoneità alla rieducazione del condannato, la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati, anche attraverso opportune prescrizioni, il minimo sacrificio della libertà personale. Non a caso, la dottrina ha letto nei nuovi parametri un’esaltazione della discrezionalità giudiziale in materia sanzionatoria⁴⁷.

L’esclusione di un potere d’ufficio sul punto sembra potersi affermare anche sulla base di quanto hanno efficacemente sostenuto le Sezioni unite nella già richiamata sentenza nel caso Boccardo, secondo cui «attraverso l’evoluzione normativa dell’istituto e la sua elaborazione giurisprudenziale, deve [...] ritenersi sia emerso nel tempo, con sempre maggiore nitidezza, come l’essenza del patteggiamento non si esaurisca nella

⁴⁶ Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 13719, cit.

⁴⁷ Per ampie considerazioni sulla discrezionalità giudiziale nell’applicazione delle nuove pene *ex art. 20-bis* c.p., v. GARGANI (2023), pp. 25 ss.; ABBAGNANO TRIONE (2022b), pp. 7 ss.; AMARELLI (2022), p. 236; VARRASO (2023), §3; PISANI (2023), pp. 944 ss. Sottolinea il rischio che l’ampliamento dei margini della discrezionalità giudiziale possa contribuire ad aumentare la c.d. incertezza della pena e il disorientamento dei consociati CAVALIERE (2021), p. 16.

retribuzione premiale della rinuncia dell'imputato a contestare l'accusa ed al contraddittorio sulla prova, ma sia definita altresì dalla prevedibilità in concreto della decisione, ossia dalla possibilità offerta allo stesso imputato di avere il controllo sul contenuto della sentenza». La Suprema Corte, inoltre, ha sottolineato che la necessità che l'imputato, «nel disporre dei propri diritti costituzionalmente garantiti, possa determinarsi nella piena consapevolezza delle conseguenze della rinuncia». Consapevolezza che non può sussistere se la decisione, anziché limitarsi a recepire l'accordo intervenuto con la parte pubblica, è suscettibile di assumere «contenuti che trascendono quelli concordati o predeterminati dalla legge»⁴⁸.

Tali conclusioni paiono in linea anche con le altre innovazioni apportate dalla riforma Cartabia, che ha ampliato il perimetro possibile dell'accordo, ricomprendendovi le pene accessorie e la confisca facoltativa (art. 444, comma 1, secondo periodo, c.p.p.). La direzione intrapresa dal legislatore è quella della negoziabilità del trattamento sanzionatorio nel suo complesso⁴⁹, con la correlativa compressione degli spazi di intervento officioso del giudice e l'effetto non secondario di consentire una maggiore prevedibilità della risposta sanzionatoria al reato.

3.1.2. L'attività acquisitiva come mero impulso alle parti per un nuovo accordo.

Esclusa la possibilità di un completamento giurisdizionale dell'intesa, l'acquisizione della documentazione può allora intendersi quale impulso alle parti per il raggiungimento di un accordo "completo" sulla sostituzione della pena detentiva.

La Relazione illustrativa parrebbe deporre per questa alternativa, laddove spiega che «la norma contiene il rinvio all'applicazione del comma 2 dell'art. 545-*bis* c.p.p., che disciplina le attività e i poteri del giudice, delle parti e dell'Ufficio di esecuzione penale esterna, allo scopo di determinare i contenuti e la fisionomia della pena sostitutiva *da sottoporre al giudice stesso*»⁵⁰. Quest'ultima espressione lascerebbe intendere che, una volta definite le modalità esecutive della pena, l'imputato e il pubblico ministero debbano portarle all'attenzione del giudice, così presupponendo che, sulle stesse, debba preventivamente intervenire un accordo tra le parti.

La soluzione ermeneutica fatta implicitamente propria dalla Relazione, che pare voler salvare la tenuta del sistema, è senz'altro coerente con la base negoziale del patteggiamento, che può costituire, ancora una volta, il dato fondamentale di riferimento per la soluzione di problematiche interpretative quali quelle prospettate in questa sede. Pare infatti opportuno che scelte discrezionali quali la definizione dei contenuti del

⁴⁸ Cass., Sez. un., 27 gennaio 2022, n. 23400, cit.

⁴⁹ Anche la giurisprudenza ha assecondato questa tendenza, rilevando che dalla successione delle riforme emerge una più ampia valorizzazione della logica negoziale del rito, tesa a riconoscere all'accordo la possibilità di assumere contenuti che trascendono quello necessario definito dall'art. 444 c.p.p., sul punto, v. Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 21368, Savin, in *C.E.D. Cass.*, n. 279348.

⁵⁰ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 241.

trattamento sanzionatorio rimangano nella sfera della negoziabilità e, dunque, prerogativa delle parti.

Tuttavia, la limitazione delle funzioni dell'acquisizione a quelle di mero impulso potrebbe non essere immune da obiezioni. Secondo questa prospettazione, infatti, il rinvio ad altra udienza servirebbe unicamente a procurare elementi utili alle parti e a concedere loro più tempo per la conclusione di un accordo che contempri tutti gli aspetti della sostituzione. Se così fosse, peraltro, non si spiegherebbe l'attribuzione al giudice di un potere di acquisizione di documenti che le parti possono già ottenere in autonomia, in particolare interloquendo con l'Ufficio di esecuzione penale esterna: nel nuovo modello bifasico, l'acquisizione *ex art. 545-bis*, comma 2, c.p.p., infatti, è più funzionale all'attività del giudice che a quella delle parti.

Del resto, in un contesto in cui l'accordo tra l'imputato e il pubblico ministero sia limitato alla sostituzione, ma non alle modalità della stessa, il rinvio a una disposizione che attribuisce al giudice penetranti poteri officiosi, incluso quello di affidare all'Ufficio di esecuzione penale esterna la predisposizione del programma di trattamento, non sembra mettere al riparo dalla possibilità che i confini tra i poteri delle parti e quelli del giudice siano flessibili⁵¹. Che la linea di demarcazione possa sfumare emerge anche dai primi protocolli elaborati in materia: nello Schema operativo "milanese", ad esempio, anche con riferimento al rito contrattato, si prescrive ai difensori di «depositare tempestivamente la documentazione necessaria a sostegno dell'istanza e *per fornire gli elementi per la definizione della pena sostitutiva*»⁵².

3.1.3. Il completamento giurisdizionale dell'intesa "sanato" da una nuova espressione del consenso.

Ritenuto che il rinvio all'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p. non pare potersi interpretare quale fondamento per una definizione unilaterale, ad opera del giudice, dei contenuti dell'accordo e che, ad apparire conforme al sistema, sembra la soluzione opposta, che individua nell'attività di acquisizione documentale un impulso alle parti per il completamento dell'intesa, occorre verificare se sia percorribile una strada intermedia

⁵¹ Parlano dell'acquisizione quale attività strumentale alla determinazione degli obblighi e delle relative prescrizioni, anche nel patteggiamento, CHELO e DEMARTIS (2022), p. 412; CORVI (2023), p. 760.

⁵² *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Milano, cit., p. 3. Recano la stessa formulazione i già citati *Protocollo operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Prato, cit., p. 3; *Schema operativo in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Trieste, cit., p. 2; *Protocollo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Lecco, cit., p. 2. Anche la Circolare della Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Bologna del 3 gennaio scorso afferma che «l'art. 448 co. 1 *bis* c.p.p. [...] prevede questa possibilità di accordo, che, se non accompagnato da tutte le informazioni necessarie per la decisione, *vedrà anche in questo caso una sospensione del processo per la predisposizione a cura dell'UEPE del programma di trattamento individualizzato del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, della detenzione domiciliare sostitutiva e della semilibertà sostitutiva*», non chiarendo il rapporto tra la predisposizione del programma di trattamento e l'accordo delle parti, v. *Breve lettura delle pene sostitutive di pene detentive brevi*, in www.pg.bologna.giustizia.it, p. 4.

tra quelle esaminate. In particolare, occorre muovere dalle considerazioni che si sono appena svolte circa il fatto che i poteri di acquisizione *ex art. 545-bis*, comma 2, c.p.p. paiono congegnati per essere strumentali più all'operato del giudice che a quello delle parti.

In sintesi, va trovato il modo di conciliare l'anima negoziale del patteggiamento con la presenza di una disposizione che potrebbe essere letta quale apertura all'intervento officioso nelle scelte inerenti alla sostituzione.

Pur ribadendo che determinazioni di questo tipo costituiscono pur sempre apprezzamenti discrezionali e che, come tali, dovrebbero rimanere appannaggio delle parti, nell'ipotesi in cui il giudice esercitasse tali poteri integrativi, lo "strappo" all'ordinaria ripartizione tra le prerogative delle parti e quelle dell'organo giurisdizionale pare potersi ricucire solo condizionando la pronuncia della sentenza di patteggiamento a una nuova espressione del consenso, tanto da parte dell'imputato, quanto da parte del pubblico ministero, che riguardi, innanzitutto, la pena sostitutiva da applicare, le relative prescrizioni e il programma di trattamento fatto predisporre dall'Ufficio di esecuzione penale esterna.

Ne consegue che, laddove le parti abbiano sottoposto al giudice un accordo non esaustivo e questi l'abbia completato, la richiesta debba essere rigettata se sulla stessa, come integrata dalle determinazioni dell'organo giurisdizionale, l'imputato e il pubblico ministero non abbiano prestato nuovamente l'assenso. Le modalità esecutive devono infatti ritenersi un elemento necessario dell'accordo, in quanto indispensabili per determinare la fisionomia della pena da applicare. Come si è visto, la giurisprudenza della Cassazione si è già orientata nel senso del rigetto, in relazione a richieste che omettono di disciplinare aspetti riconducibili all'oggetto necessario dell'accordo, come la misura della diminuzione per la scelta del rito (v., *supra*, §3.1).

3.2. La determinazione "differita" delle modalità di esecuzione della pena sostitutiva.

Nell'eventualità che le parti abbiano individuato la pena sostitutiva da applicare, ma non abbiano determinato il suo "contenuto", non si deve escludere che, nella prassi, il giudice decida comunque di pronunciare sentenza, rinviando a un momento successivo la definizione delle modalità di esecuzione della pena. Del resto, l'art. 61, l. n. 689/1981 si limita a stabilire che il dispositivo della sentenza indichi «la specie, la durata ovvero l'ammontare della pena sostitutiva» e non menziona espressamente la necessità di esplicitarne le modalità esecutive⁵³. La specificazione "differita" delle stesse potrebbe considerarsi possibile alla luce dell'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p., a norma del quale «il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti [...] all'esecuzione delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare e delle pene conseguenti alla conversione della pena pecuniaria [...] proced[e] a norma dell'articolo 667, comma 4».

⁵³ Nel senso della determinazione del contenuto della pena nel dispositivo, si orientano i Modelli di sentenze di condanna a pena sostitutiva, allegati allo *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Milano, cit.

Peraltro, la disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 62, l. n. 689/1981, che disciplina l'esecuzione delle sentenze che applichino la semilibertà sostitutiva o la detenzione domiciliare sostitutiva. La norma prevede che il pubblico ministero trasmetta la sentenza al magistrato di sorveglianza competente, che, procedendo ai sensi dell'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p., «previa verifica dell'attualità delle prescrizioni [...], provvede con ordinanza con cui conferma e, ove necessario, modifica le modalità di esecuzione e le prescrizioni della pena». La disposizione, affidando al magistrato di sorveglianza la sola funzione di verifica sull'attualità delle prescrizioni, presuppone che le stesse siano già state determinate in sede di cognizione e non pare consentire l'integrazione della sentenza che sia carente in punto di modalità di esecuzione della pena sostitutiva. All'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p. fa rinvio anche l'art. 64, comma 1, l. n. 689/1981, in materia di modifica delle prescrizioni imposte con l'ordinanza *ex art. 62*, laddove ricorrano «comprovati motivi»: anche in questo caso, la disposizione non è certo congegnata per consentire al magistrato di sorveglianza di supplire alle mancanze imputabili alla sentenza di cognizione.

L'impossibilità di integrare una pronuncia deficitaria risulta ancora più chiaramente dalla disciplina dell'esecuzione della pena del lavoro di pubblica utilità sostitutivo. In questo caso, l'art. 63, l. n. 689/1981 non prevede nemmeno che intervenga il magistrato di sorveglianza, onerando semplicemente l'imputato di presentarsi all'Ufficio dell'esecuzione penale esterna, una volta ricevuto il provvedimento del giudice della cognizione che ordina l'esecuzione della pena *ex art. 661*, comma 1-*bis*, c.p.p. La magistratura di sorveglianza non è competente nemmeno per le modifiche alle prescrizioni, che spettano al giudice che ha applicato la pena sostitutiva (art. 64, comma 2, l. n. 689/1981).

Il quadro normativo non sembra dunque consentire una determinazione "differita" delle modalità di esecuzione delle pene *ex art. 20-bis* c.p.⁵⁴. Del resto, si tratterebbe di una soluzione radicalmente incompatibile con le finalità acceleratorie della riforma, che ha voluto anticipare alla cognizione l'applicazione delle pene sostitutive proprio per evitare il coinvolgimento della magistratura di sorveglianza in valutazioni complesse anche inerenti al loro contenuto. Infine, la definizione di questi aspetti in sede esecutiva esporrebbe l'imputato a un esercizio di discrezionalità giudiziale, che lo stesso avrebbe verosimilmente voluto evitare con la scelta del patteggiamento⁵⁵.

⁵⁴ Si tratta di una lettura che pare assecondata anche dalla Relazione illustrativa, secondo cui «i poteri di intervento del magistrato di sorveglianza sono limitati ai profili esecutivi e alle eventuali modifiche delle condizioni di fatto delle prescrizioni, *dettate dall'evoluzione degli eventi*, ma non potranno estendersi a mutare il volto della pena sostitutiva, né meno ancora ad applicarne una diversa anche se meno incisiva sulla libertà personale o ritenuta più rieducativa. La pena sostitutiva, infatti, è stabilita dal giudice, non è alternativa all'esecuzione di una pena principale ed è quindi coperta dal giudicato», *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 220.

⁵⁵ A questo profilo, sebbene in relazione ad altre riflessioni, parrebbe fare riferimento VARRASO (2023), §4, laddove afferma che, attraverso un patteggiamento a pena sostitutiva, le parti possono «*ab initio* fissarne modalità esecutive [...] non rimesse alla valutazione, pur sempre discrezionale, della magistratura di sorveglianza».

In ogni caso, per quanto vada evitata la pronuncia di sentenze “incomplete”, l’eventualità non può essere esclusa e, anzi, pare considerata anche dai primi protocolli in materia⁵⁶. In questi casi, non è difficile ipotizzare che alle carenze si possa supplire in un momento successivo con le modalità dell’art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p., sebbene la disposizione sia stata concepita con tutt’altra finalità. Ciò, senza considerare che la definizione dei contenuti della pena in sede esecutiva, quando avvenga in esito al rito contrattato, acuirebbe in modo significativo la tensione tra la sua base negoziale e i poteri esercitabili dal giudice a prescindere dall’accordo delle parti.

Va poi sottolineato che, se l’art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p. potrebbe costituire la base normativa per “aggiustare” le carenze occorse in sede di cognizione in ragione della sua ampia formulazione, che fa generico riferimento alle «materie attinenti [...] all’esecuzione delle pene sostitutive», la sua operatività risulta comunque testualmente circoscritta alle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare. Per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, invece, è consentito l’intervento successivo del solo giudice che ha pronunciato la sentenza, nell’ambito di norme che, tuttavia, presentano un tenore letterale più stringente, espressamente limitato alla sola modifica delle prescrizioni per comprovate ragioni. Per questa pena sostitutiva, dunque, l’integrazione della sentenza “incompleta” risulterebbe ancora più problematica, in mancanza di una disposizione legislativa analoga all’art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p., da “piegare” a questa finalità.

4. La sostituzione “delegata”.

Diversa dalle ipotesi appena esaminate è quella in cui le parti, concordata l’applicazione di una pena detentiva, rimettano espressamente al giudice le scelte in ordine alla sostituzione.

L’art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. chiarisce che il giudice può disporre il rinvio ad altra udienza quando «le parti concordano l’applicazione di una pena sostitutiva». La Relazione illustrativa individua, tra i presupposti per l’operatività della disposizione, «che le parti si trovino già davanti al giudice e non abbiano potuto o voluto per qualsiasi causa raggiungere un consenso sull’applicazione di una pena sostitutiva»⁵⁷. La Relazione, se rapportata al dato normativo, sembra riferirsi all’ipotesi in cui le parti

⁵⁶ Il Protocollo milanese, ad esempio, con riguardo alla detenzione domiciliare sostitutiva, afferma che «se la documentazione prodotta è sufficiente a determinare i contenuti e le condizioni della detenzione, [il giudice] può pronunciare immediatamente il dispositivo con le relative prescrizioni generali, gli orari nei limiti previsti dalla legge e le condizioni di fatto specifiche, la pena sostitutiva dovrà essere comunque dichiarata efficace ed eseguita dal *magistrato di sorveglianza*, che potrà chiedere successivamente il programma specifico all’UEPE, a cui il giudice può rinviare in termini generici», v. *Schema operativo per l’applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Milano, cit., pp. 4-5. In senso testualmente analogo si esprimono anche i già citati *Protocollo operativo per l’applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Prato, cit., p. 5; *Schema operativo in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Trieste, cit., p. 5.

⁵⁷ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 241.

abbiano raggiunto un accordo sulla sola sostituzione, senza tuttavia individuare la pena da applicare, o, pur avendola indicata, senza definire le sue modalità di esecuzione.

Come si è detto in precedenza, deve ritenersi che, di regola, il rinvio possa essere disposto per consentire alle parti di formulare nuove proposte o, al più, per definire il contenuto della pena, su cui le parti debbano poi esprimere nuovamente il consenso (v., *supra*, §3.1).

Tali conclusioni possono reputarsi valide per l'ipotesi in cui l'imputato e il pubblico ministero si siano limitati a formulare una richiesta "incompleta", ma forse non per il caso in cui le parti abbiano espressamente attribuito al giudice la facoltà di procedere discrezionalmente alla sostituzione.

La sostituzione "delegata", infatti, non pare una soluzione avulsa dall'ordinamento processuale, se si ha riguardo, ad esempio, alla consolidata giurisprudenza in materia di sospensione condizionale della pena⁵⁸, che consente la concessione del beneficio laddove «la questione relativa sia devoluta, esplicitamente e specificamente, da entrambe le parti al potere discrezionale del giudice»⁵⁹ (v., *supra*, §3.1).

Nel caso in cui l'imputato e il pubblico ministero si determinino in questo senso, potrebbe dunque ammettersi che gli aspetti inerenti alla sostituzione siano unilateralmente determinati dall'organo giurisdizionale, senza che ricorra la necessità di una nuova manifestazione del consenso. Ciò, in ragione del fatto che le parti hanno concordemente attribuito la decisione della questione al suo potere discrezionale, legittimandone in via preventiva l'operato. Peraltro, è opportuno ribadire che la scelta della devoluzione debba essere manifestata «esplicitamente e specificamente», non potendosi certo desumere da una richiesta "incompleta" di applicazione di una pena sostitutiva una delega implicita al giudice per l'individuazione della pena e/o per la determinazione del suo contenuto.

5. La sostituzione officiosa.

Si è finora proposta una lettura particolarmente restrittiva dei poteri del giudice in punto di applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento, ritenendola

⁵⁸ È la stessa giurisprudenza della Suprema Corte ad avere istituito un parallelismo tra le due fattispecie, laddove ha affermato che «il giudice non può sostituire di ufficio la pena detentiva con una sanzione sostitutiva, in mancanza di un'esplicita richiesta delle parti, poiché altrimenti quella del giudice sarebbe una decisione difforme dalla richiesta [...]. In tema poi di concessione del beneficio della sospensione condizionale nello speciale rito, la maggioranza delle decisioni è nel senso che, la sospensione condizionale della pena può essere concessa soltanto se faccia parte integrante dell'accordo o se la questione relativa sia devoluta, esplicitamente e specificamente, da entrambe le parti al potere discrezionale del giudice. Al di fuori di queste ipotesi, la mancata richiesta e la mancata devoluzione hanno significazione escludente, nel senso che, nel rispetto del principio dispositivo, la pronuncia del giudice non può travalicare i termini del patto», v. Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, cit.; Cass., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 28154, B. W., in *DeJure*.

⁵⁹ Cass., sez. II, 13 giugno 2019, n. 42973, cit.

conforme alla fisionomia del rito e alla consolidata elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in materia.

Peraltro, gli esiti a cui si è pervenuti vanno raffrontati alla più problematica delle disposizioni introdotte dalla riforma, l'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, che non pare testualmente escludere la possibilità di una sostituzione officiosa operata dal giudice «nel pronunciare sentenza [...] di applicazione della pena su richiesta delle parti». La questione si pone per le ipotesi in cui l'imputato e il pubblico ministero sottopongono al decidente un accordo che preveda l'applicazione di una pena detentiva inferiore a quattro anni, senza devolvere espressamente al suo apprezzamento discrezionale la scelta in ordine alla sostituzione.

5.1. Il quadro giurisprudenziale precedente alla riforma Cartabia.

Nella giurisprudenza precedente alla riforma, era pacifico che, nel patteggiamento, la sostituzione officiosa con una delle sanzioni *ex art.* 53, comma 1, l. n. 689/1981 non fosse ammessa.

Innanzitutto, la disposizione consentiva al giudice la sostituzione della pena detentiva, quando questi avesse pronunciato «sentenza di condanna», senza fare alcun cenno alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti⁶⁰. Da un lato, è vero che la disposizione, risalente al 1981, non avrebbe comunque potuto contenere un riferimento al rito negoziato, disciplinato dal Codice del 1988. Dall'altro lato, però, è altrettanto vero che il legislatore non aveva mai modificato il riferimento, nonostante i plurimi interventi sulla disposizione⁶¹.

Ancora sul piano testuale, l'art. 444, comma 1, c.p.p. prevedeva (e continua a prevedere) che «l'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva» (oggi «pena sostitutiva»), riconducendo questo esito a una conforme richiesta avanzata dalle parti, senza prefigurare in alcun modo l'eventualità di una decisione autonoma dell'organo giurisdizionale sulla sostituzione.

Peraltro, al di là del dato letterale, l'inammissibilità dell'intervento sostitutivo del giudice nel rito contrattato era stata ricondotta alla natura stessa del procedimento speciale.

La Suprema Corte, in più occasioni, aveva ritenuto che l'operazione non fosse consentita «in mancanza di un'esplicita richiesta delle parti, poiché altrimenti quella del

⁶⁰ La disposizione, nella sua versione originaria, disponeva che «il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di sei mesi può sostituire tale pena con la semidetenzione; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di tre mesi può sostituirla anche con la libertà controllata; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un mese può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente». Gli interventi normativi successivi hanno innalzato le soglie edittali (v., *supra*, §1, nota 1), senza tuttavia mutare il riferimento alla sola sentenza di condanna.

⁶¹ Sul punto, v., *supra*, §1, nota 1.

giudice sarebbe una decisione difforme dalla richiesta»⁶². La Cassazione aveva ricondotto la soluzione al «generale principio [...] che la struttura in larga parte negoziale che domina il procedimento di applicazione di pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. consente al giudice, il quale è terzo rispetto al negozio bilaterale posto a fondamento del procedimento, esclusivamente di ratificare ovvero di negare la propria ratifica ai termini concordati tra le parti, mentre è inibito di modificarli *motu proprio*»⁶³. Il giudice di legittimità, inoltre, aveva sottolineato che, ragionando diversamente, «verrebbe meno la base consensuale su cui [il patteggiamento] si fonda»⁶⁴, affermando che «la mancata richiesta e la mancata devoluzione hanno significazione escludente, nel senso che, nel rispetto del principio dispositivo, il giudice non può travalicare i termini del patto»⁶⁵. Sempre la Cassazione aveva chiarito che, laddove le parti avessero concordato la pena detentiva da applicare e la richiesta di sostituzione fosse pervenuta dal solo imputato, il giudice non avrebbe comunque potuto procedere in questo senso, mancando il consenso della parte pubblica⁶⁶.

Anche la dottrina escludeva la possibilità della sostituzione d'ufficio, riconducendo la soluzione al principio di non addizione rispetto alle determinazioni delle parti⁶⁷.

5.2. La disciplina introdotta dalla riforma Cartabia.

Il quadro si fa meno limpido, se si ha riguardo alle innovazioni del d.lgs. n. 150/2022.

La Commissione Lattanzi aveva invitato il legislatore a «prevedere che il giudice, con la sentenza pronunciata ai sensi dell'articolo 444, comma 1, del codice di procedura penale, quando la pena detentiva irrogata non è superiore a quattro anni» potesse applicare una pena sostitutiva⁶⁸. Peraltro, la proposta non pare si riferisse a fattispecie di sostituzione officiosa della pena detentiva: la Commissione, infatti, ne aveva concepito l'applicabilità nell'ambito del patteggiamento per incentivare l'accesso al rito deflattivo e, nella sua Relazione, non aveva mai fatto riferimento a un potere sostitutivo del giudice.

⁶² Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, cit.; Cass., sez. V, 20 settembre 2017, n. 49227, D. I. R., in *DeJure*; Cass., sez. V, 18 maggio 2017, n. 33023, N. C., in *DeJure*; Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 13719, cit.; Cass., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 28154, cit.; Cass., sez. I, 26 giugno 1996, n. 4370, D'Errico, in *C.E.D. Cass.*, n. 205502; Cass., sez. V, 24 aprile 1992, n. 7254, Mocellini, in *C.E.D. Cass.*, n. 190993; Cass., sez. V, 17 marzo 1992, n. 5550, Vitali, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 387 ss.

⁶³ Cass., sez. V, 20 settembre 2017, n. 49227, cit., in termini più generali, v. Cass., Sez. un., 12 ottobre 1993, n. 295, Scopel, in *C.E.D. Cass.*, n. 195617, che, esprimendosi sull'applicazione della diminuzione fino a un terzo, aveva sottolineato come «la richiesta [...] di applicazione di una pena detentiva da sostituirsi con una sanzione non dà luogo ad una duplicità di richieste, alternative tra loro».

⁶⁴ Cass., sez. V, 18 maggio 2017, n. 33023, cit.

⁶⁵ Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, cit.

⁶⁶ Cass., sez. V, 11 novembre 1999, n. 5377, Fertitta, in *C.E.D. Cass.*, n. 215565.

⁶⁷ VIGONI (2004), p. 711; VIGONI (1997), p. 143.

⁶⁸ Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, cit., p. 63.

Tuttavia, i limiti all'operatività delle pene sostitutive nel procedimento ordinario sono venuti meno in sede parlamentare (v., *supra*, §1), laddove, con l'art. 1, comma 17, lett. e), l. 27 settembre 2021, n. 134, si è delegato il governo a prevedere che il giudice potesse procedere alla sostituzione della pena detentiva «nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti».

In senso conforme si è determinato il legislatore delegato, che ha deciso di attuare il criterio direttivo appena menzionato riscrivendo l'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, il cui testo novellato prevede che il giudice, «nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale [...], può sostituire» la pena detentiva con una delle pene *ex art. 20-bis c.p.* (sul punto, v., *supra*, §1).

Si tratta ora di capire se tale disposizione possa essere letta nel senso che il giudice del patteggiamento, recepito l'accordo che preveda l'applicazione della pena detentiva, possa d'ufficio sostituirla oppure se si tratti della mera ricognizione della facoltà delle parti di concordare l'applicazione di una pena sostitutiva, come già previsto dall'art. 444, comma 1, c.p.p.

Il tenore testuale della disposizione parrebbe deporre nel primo senso, laddove dispone che il giudice, «nel pronunciare» sentenza di patteggiamento, possa sostituire la pena detentiva. Il riferimento all'emissione della sentenza, quale atto del giudice, potrebbe indurre a ritenere che l'intervento sostitutivo si possa verificare a prescindere dall'accordo delle parti, che si colloca in un momento logicamente e cronologicamente precedente alla pronuncia della decisione sull'applicazione della pena.

Anche l'espressa menzione della sentenza di patteggiamento nella disposizione potrebbe essere intesa come volta ad attestare il cambio di passo rispetto al passato, considerando che la modifica non avrebbe senso, se letta come mero riconoscimento della possibilità, per le parti, di concordare l'applicazione di una pena sostitutiva, poiché tale facoltà è da sempre consentita dall'art. 444, comma 1, c.p.p.

Peraltro, numerosi argomenti militano in senso contrario, a dispetto della *littera legis*.

In primo luogo, la Relazione illustrativa spiega la novella con la necessità di «aggiornare la disciplina dell'art. 53, l. n. 689/1981, che nella sua versione originaria precede l'introduzione del rito speciale nel codice di procedura penale del 1988»⁶⁹. Tali affermazioni avvalorano l'ipotesi che il riferimento alla sentenza patteggiata sia semplicemente ricognitivo di una possibilità già contemplata dalla legge, dal nullo valore innovativo. Del resto, riconoscere un potere di sostituzione officiosa nel rito negoziato travalicherebbe il fisiologico aggiornamento della disposizione.

Inoltre, la Relazione non fa alcun cenno alla possibilità di una sostituzione disposta dal giudice a prescindere dalla richiesta delle parti, a dimostrazione che una svolta di questo tipo non fosse nelle intenzioni del legislatore.

Tra l'altro, la riforma provvede ad adeguare la disciplina del patteggiamento al nuovo procedimento di applicazione delle pene sostitutive unicamente introducendo il

⁶⁹ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 190.

comma 1-*bis* all'art. 448 c.p.p., la cui operatività è espressamente limitata ai casi in cui le parti «concordano» l'applicazione di una delle pene *ex art. 20-bis* c.p. (v., *supra*, §3.1). Nulla viene disposto, invece, con riguardo all'eventualità di una sostituzione officiosa, così che non è dato rinvenire a quale procedimento, in tal caso, il giudice dovrebbe fare ricorso. Sul punto, una suggestione parrebbe venire dal nuovo art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., che, a dispetto della rubrica «Condanna a pena sostitutiva», nel testo fa generico riferimento all'ipotesi in cui sia stata «applicata una pena detentiva», così che la disposizione potrebbe ritenersi idonea ricomprendere anche l'epilogo del rito speciale. La *sedes materiae*, tuttavia, induce a ritenere che l'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., nemmeno richiamato dalle norme sul patteggiamento, sia riferito soltanto al procedimento ordinario e al giudizio abbreviato⁷⁰.

Infine, a conferma della natura meramente ricognitiva della novella, vi è la considerazione che la sostituzione d'ufficio si porrebbe in contrasto con il principio di intangibilità dell'accordo. A venire in rilievo, infatti, sarebbe la fisionomia stessa del procedimento speciale, quale rito dominato dal consenso, che vede il giudice intervenire unicamente nel senso dell'accoglimento o del rigetto della richiesta⁷¹, eccezion fatta per le statuizioni dovute *ex lege*, a cui non sono certamente riconducibili le determinazioni discrezionali in ordine alla sostituzione (v., *supra*, §3.1). Oltretutto, la possibilità di applicare una pena diversa da quella richiesta si porrebbe in aperto contrasto pure con le esigenze di prevedibilità della decisione, che costituiscono, a detta anche delle Sezioni unite, uno dei profili qualificanti del rito contrattato (v., *supra*, §3.1.1).

Sul punto, va dato atto che, in alcune recentissime pronunce, la Suprema Corte si è espressa su ricorsi delle difese con cui si denunciava l'omessa applicazione, ad opera del giudice del patteggiamento, di una delle nuove pene *ex art. 20-bis* c.p., richiesta unilateralmente dall'imputato, o l'omesso avviso *ex art. 545-bis*, comma 1, c.p.p. Pur trattandosi di casi in cui ad essere censurata era la mancata sostituzione della pena detentiva e non l'applicazione officiosa di una pena sostitutiva, da tali sentenze paiono emergere le prime risposte, non del tutto univoche, alla domanda se sia possibile un intervento del giudice che prescindendo dal consenso di entrambe le parti.

La maggior parte delle pronunce sembra orientarsi negativamente. Pur non considerando, nella propria argomentazione, il testo del novellato art. 53, comma 1, l. n.

⁷⁰ In questo senso si esprime anche la Relazione illustrativa, secondo cui l'art. 545-*bis* c.p.p. è applicabile «per il giudizio ordinario e il giudizio abbreviato», v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, cit., p. 241. Del resto, come è naturale che sia, la disciplina del patteggiamento non contiene un rinvio alla disciplina della decisione dibattimentale analogo a quello dell'art. 442, comma 1, c.p.p. in materia di giudizio abbreviato, a norma del quale «terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli articoli 529 e seguenti».

⁷¹ In questo senso, le Sezioni Unite si esprimono senza soluzione di continuità fin dalla risalente sentenza nel caso Iovine del 1993, in cui si sottolineava che «il cosiddetto accordo tra le parti, indispensabile perché il giudice possa operare ai sensi dell'art. 444 c.p.p. costituisce un limite invalicabile al potere giurisprudenziale, nel senso che la relativa sentenza non può che rispecchiare il contenuto e solamente il contenuto dell'accordo medesimo, sicché al giudice non è consentito che accogliere in pieno quanto emerge dall'accordo delle parti, ovvero rigettarlo a procedere oltre, magari, con rito ordinario. È evidente lo stretto legame di dipendenza logico-funzionale che avvince i termini dell'accordo al contenuto decisionale del giudice che opera ai sensi dell'art. 444 c.p.p.», v. Cass., Sez. Un., 11 maggio 1993, n. 5882, cit.

689/1981, la Cassazione ha affermato che “il giudice del patteggiamento può disporre la sostituzione delle pene detentive brevi [...] solo nel caso in cui tale sostituzione costituisca oggetto dell’accordo processuale, non avendo, in caso contrario, altra alternativa tra l’accoglimento e il rigetto della richiesta”⁷².

Peraltro, accanto a provvedimenti di questo tenore, ve ne sono altri che hanno ritenuto infondate le doglianze delle difese non tanto perché, sulla sostituzione, non vi era stato il consenso anche del pubblico ministero, quanto perché si è considerata immune da vizi la motivazione del giudice di merito sull’insussistenza dei presupposti per l’applicazione di una pena sostitutiva (ad esempio, per via del superamento dei limiti di pena previsti dalla l. n. 689/1981), senza dare rilevanza alla mancanza di accordo tra le parti sulla sostituzione⁷³.

In attesa di capire in quale direzione si consolideranno gli indirizzi della Suprema Corte, pare utile indagare come vengano interpretate disposizioni speciali, recanti formulazioni assimilabili a quella del novellato art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, in punto di ammissibilità della sostituzione d’ufficio.

In primo luogo, l’art. 73, comma 5-*bis*, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (c.d. T.U. Stupefacenti) prevede espressamente che il giudice «con la sentenza di condanna o *di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale*, su richiesta dell’imputato e sentito il pubblico ministero [...] può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità».

La Cassazione, in un recente *obiter dictum*, ha sottolineato che «la sostituzione della pena inflitta o applicata in sede di patteggiamento con il lavoro di pubblica utilità, ai sensi del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5 *bis* è atto discrezionale del giudice»⁷⁴. Tuttavia, a differenza dell’art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, si richiede espressamente l’istanza dell’imputato e (soltanto) il parere del pubblico ministero, rendendo chiaro che l’operazione di sostituzione possa porsi al di fuori dell’accordo delle parti.

Più rilevante è invece la fattispecie dell’art. 16, comma 1, D.P.R. 15 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U. Immigrazione), a norma del quale «il giudice, nel pronunciare la condanna o *nell’applicare la pena su richiesta*» nei confronti dello straniero che versi in determinate condizioni, «quando ritiene di dover irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni [...] può sostituire la medesima pena con la misura dell’espulsione»⁷⁵.

⁷² Cass., sez. VI, 28 aprile 2023, n. 30767, F. L. A., in *DeJure*; in senso analogo, v. Cass., sez. V, 16 maggio 2023, n. 32302, R. R., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 6 giugno 2023, n. 30211, Z. A. R., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 11 luglio 2023, n. 31255, S. A., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 23 giugno 2023, n. 32694, M. N., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 9 maggio 2023, n. 32357, D. A., in *DeJure*. In particolare, le pronunce richiamate fanno leva sul fatto che l’art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p., oltre a presupporre espressamente, per la sua operatività, l’accordo delle parti sulla sostituzione, non richiama l’art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., così che tale disposizione potrebbe operare solo nel giudizio ordinario e in quello abbreviato.

⁷³ Cass., sez. V, 5 giugno 2023, n. 31761, D. L. A., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 16 maggio 2023, n. 24218, V. A., in *DeJure*.

⁷⁴ Cass., sez. IV, 18 gennaio 2022, n. 13225, S. D., in *DeJure*.

⁷⁵ La sanzione sostitutiva ex art. 16, comma 1, D.P.R. 15 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U. Immigrazione), va tenuta distinta dall’espulsione applicata a titolo di misura alternativa alla detenzione ex art. 16, comma 5, dall’espulsione applicata a titolo di misura di sicurezza ex art. 15, comma 1, e anche dall’espulsione applicata a titolo di misura amministrativa ex art. 13. Sulla sanzione sostitutiva in questione, v. LOCATELLI (1999), p.

Sull'interpretazione della disposizione, vi è contrasto nella stessa giurisprudenza della Suprema Corte⁷⁶.

Un primo indirizzo afferma che l'espulsione «esula dall'accordo delle parti sull'applicazione della pena [...] e può essere disposta direttamente dal giudice, all'esito di una valutazione discrezionale dei parametri normativi», escludendo addirittura che, in questo caso, sussista un interesse concreto e attuale dell'imputato a far valere l'illegittimità di una statuizione «per lui favorevole»⁷⁷.

Un secondo indirizzo, invece, sostiene che l'esclusione del potere officioso di sostituzione «si fonda sulla constatazione che si tratti di un potere discrezionale del giudice, rispetto al quale è ragionevole che operi il limite dell'accordo delle parti, vista la struttura dell'istituto di cui all'art. 444 c.p.p., e valorizza l'interesse dell'imputato a non vedersi comminata una sanzione (che può anche essere sentita come maggiormente afflittiva rispetto alla detenzione) estranea all'accordo concluso con il pubblico ministero»⁷⁸.

Il quadro giurisprudenziale che si è tratteggiato, da un lato, non fornisce risposte univoche, dall'altro lato, non esclude la possibilità che l'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981 possa essere interpretato dalla prassi nel senso di consentire la sostituzione d'ufficio, come già avvenuto per l'analogo art. 16, comma 1, T.U. Immigrazione.

Si tratterebbe di un esito conforme a quello caldeggiato, già prima della riforma Cartabia, da quanti hanno ritenuto che la sostituzione officiosa dovrebbe essere consentita in conformità dei principi del *favor rei* e del *favor libertatis*, che dovrebbero guidare il giudizio di congruità del trattamento sanzionatorio. In altri termini, si è reputato che il giudice, in una prospettiva di garanzia, a fronte di una richiesta di applicazione della pena della pena detentiva, mantenga il pieno potere di sostituirla. Inoltre, si è affermato che l'operazione costituirebbe l'esito di una mera valutazione ricognitiva sui presupposti della sostituzione, risolvendosi in una sorta di automatismo applicativo, senza implicare l'esercizio di una discrezionalità giudiziale in senso proprio⁷⁹.

È una visione che pare emergere anche in alcuni degli arresti giurisprudenziali che hanno ammesso la sostituzione della pena detentiva con l'espulsione *ex* art. 16, comma 1, T.U. Immigrazione. Si è sostenuto che, a fronte della sostituzione officiosa

1035, secondo cui si tratta di una disciplina che si espone a forti dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza.

⁷⁶ Nel 2019, soluzioni opposte sono state fatte proprie da due pronunce del giudice nomofilattico, emesse a distanza di due settimane l'una dall'altra: Cass., sez. V, 11 giugno 2019, n. 29396, Outmane, in *C.E.D. Cass.*, n. 276911; Cass., sez. IV, 25 giugno 2019, n. 29561, B. A., in *DeJure*.

⁷⁷ Cass., sez. I, 9 maggio 2014, n. 33799, Nonaj, in *C.E.D. Cass.*, n. 261467; Cass., sez. IV, 26 aprile 2017, n. 27563, E. F. A., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 25 giugno 2019, n. 29561, cit.

⁷⁸ Cass., sez. V, 11 giugno 2019, n. 29396, cit.; Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, cit.; Cass., sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 7906, K. M., in *C.E.D. Cass.*, n. 233491.

⁷⁹ CECCHI (2017), pp. 258-261; nello stesso senso v. CORVI (2017), pp. 827-828, secondo cui «anche nel contesto negoziale del patteggiamento, i poteri delle parti limitano quelli del giudice in un'unica direzione - quella della pena concordata -, ma non li escludono; il giudice di fronte ad una pena richiesta dalle parti mantiene quindi il potere di applicare una sanzione sostitutiva, ove vi siano i presupposti, senza per questo modificare i termini del patto o alterarlo nella sostanza».

della reclusione con una pena che incide in misura inferiore sulla libertà personale, non sussisterebbe nemmeno un interesse concreto e attuale dell'imputato a far valere l'illegittimità della statuizione, in quanto a lui favorevole⁸⁰.

Si tratta, in ogni caso, di un'impostazione che non pare condivisibile.

In primo luogo, nel patteggiamento, «il giudice può accogliere o rigettare “in blocco” l'intesa, senza possibilità [...] di proporre direttamente una diversa soluzione, anche più favorevole»⁸¹. Se il giudice ritiene che l'applicazione della pena detentiva in luogo della pena sostitutiva non sia congrua perché eccessivamente limitativa della libertà personale, nulla gli impone di accogliere la richiesta, anzi, è tenuto a rigettarla. Nessuna lesione viene così arrecata né al principio del *favor rei*, né ai principi che governano il procedimento speciale.

In secondo luogo, la tesi secondo cui la sostituzione della pena detentiva costituirebbe l'esito di un automatismo applicativo si scontra con gli ampi spazi di discrezionalità riconosciuti espressamente al giudice nella scelta della pena sostitutiva e nella determinazione delle sue modalità esecutive ai sensi dell'art. 58, l. n. 689/1981⁸² (v., *supra*, §3.1.1).

Inoltre, il ragionamento sopra riportato muove dall'assunto che, per l'imputato, sia sempre preferibile la pena astrattamente meno limitativa della libertà personale, non tenendo conto che, ad esempio, una pena pecuniaria di rilevante entità potrebbe risultare più afflittiva di una pena detentiva espiata con una misura alternativa in un contesto extramurario.

Ciò, a maggior ragione, se si considera che il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva ne comporta la revoca e la conversione nella semilibertà sostitutiva o nella detenzione domiciliare sostitutiva (art. 71, comma 1, l. n. 689/1981) e, nel caso di insolvibilità, nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o nella detenzione domiciliare sostitutiva (art. 71, comma 2, l. n. 689/1981). Inoltre, il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva, salvi i casi di insolvibilità, costituisce motivo ostativo ad una futura eventuale sostituzione (art. 59, comma 1, *lett. b*), l. n. 689/1981⁸³.

Del resto, i presupposti delle riflessioni cui si è fatto riferimento paiono superati dallo stesso legislatore. L'art. 459, comma 1-*ter*, c.p.p. dispone che, quando è stato emesso un decreto penale di condanna a pena pecuniaria sostitutiva di pena detentiva, l'imputato possa chiedere la sostituzione con il lavoro di pubblica utilità *ex art. 56-bis*, l. n. 689/1981⁸⁴. La disposizione ammette che il condannato possa chiedere l'applicazione di una pena che incide sulla libertà personale in misura maggiore della pena pecuniaria,

⁸⁰ Cass., sez. I, 9 maggio 2014, n. 33799, cit.; Cass., sez. IV, 25 giugno 2019, n. 29561, cit.

⁸¹ VIGONI (2000), p. 279.

⁸² In realtà, già prima della riforma, l'art. 58, l. n. 689/1981 richiamava criteri elastici quali quelli indicati nell'art. 133 c.p., che costituiscono l'emblema della discrezionalità giudiziale, oltre all'idoneità al reinserimento sociale del condannato e alla prognosi di adempimento delle prescrizioni.

⁸³ Le disposizioni ricordate si pongono nel solco di un complesso di interventi volti a restituire effettività alla pena pecuniaria, su cui v. GARGANI (2023), pp. 28 ss.; sulle questioni inerenti all'esecuzione della pena pecuniaria, v. MIEDICO (2023), pp. 36 ss.; GIOVINAZZO (2023), pp. 1 ss.; GOISIS (2023), pp. 950 ss.

⁸⁴ Lo stesso meccanismo era già previsto, ad esempio, dall'art. 186, comma 9-*bis*, c.d.s., che già consentiva di sostituire anche la pena pecuniaria con il lavoro di pubblica utilità.

evidentemente perché ritiene opportuno rimettere allo stesso la valutazione in ordine all'afflittività in concreto della risposta sanzionatoria al reato, evitando di fare operare meccanismi presuntivi⁸⁵.

5.3. *Gli esiti deformanti della sostituzione disposta d'ufficio.*

L'inammissibilità dell'intervento sostitutivo officioso può apprezzarsi anche avendo riguardo ai suoi possibili esiti applicativi.

Sul punto, va premesso che il problema potrebbe risultare di contenuto rilievo con riferimento alla semilibertà sostituiva e alla detenzione domiciliare sostitutiva, in ragione della loro assimilabilità alle omologhe misure alternative alla detenzione, cui l'imputato può avere accesso, senza necessità del consenso del pubblico ministero, in sede esecutiva. A tali osservazioni, tuttavia, si può obiettare che, in verità, non si tratterebbe semplicemente di anticipare alla cognizione un risultato comunque conseguibile, sulla base della richiesta del solo imputato, anche a valle del rito negoziato, in ragione del fatto che le menzionate pene sostitutive non ricalcano esattamente nel contenuto le analoghe misure alternative, sussistendo alcuni non irrilevanti elementi di diversità⁸⁶.

In ogni caso, più importanti questioni si pongono per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo e per la pena pecuniaria sostitutiva. Qui non si tratta di perseguire fini acceleratori: a una situazione analoga o comunque assimilabile non è infatti consentito pervenire nella fase esecutiva, visto che, nel catalogo delle misure alternative alla detenzione, il legislatore non prevede istituti omologhi.

⁸⁵ In questo stesso senso si è espressa, proprio con riguardo all'art. 16, comma 1, T.U. Immigrazione, Cass., sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 7906, cit., secondo cui «né può essere posto in discussione l'interesse dell'imputato a far valere l'illegittimità della statuizione, non essendo dato escludere che un trattamento in apparenza più favorevole sia suscettibile di produrre in concreto un pregiudizio più intenso di quello determinato dalla pena sostituita».

⁸⁶ Ad esempio, la semilibertà sostitutiva, rispetto all'omologa misura alternativa, inverte il rapporto tra il tempo da trascorrere in istituto e quello da trascorrere all'esterno: quanto alla prima, infatti, l'art. 55, comma 1, l. n. 689/1981 determina in otto ore il tempo della permanenza in istituto, consentendo di trascorrere il resto della giornata all'esterno, quanto alla seconda, invece, l'art. 48, comma 1, ord. penit. configura la permanenza in istituto come regola e quella all'esterno come eccezione. Anche la detenzione domiciliare sostitutiva presenta alcune divergenze rispetto alla misura alternativa, comportando una minore compressione della libertà personale del condannato: l'art. 56, l. n. 689/1981 determina il tempo minimo di permanenza nel domicilio in dodici ore, con la possibilità di allontanarsi per la restante parte della giornata per le finalità indicate nel programma di trattamento, l'art. 47-ter ord. penit., invece, consente l'allontanamento dal domicilio per un tempo strettamente necessario alle indispensabili esigenze di vita o per l'esercizio di un'attività lavorativa. Diversa risulta anche la disciplina delle licenze (art. 69, comma 1, l. n. 689/1981). Sul punto, v. DOLCINI (2022), pp. 4-5. VARRASO (2023), §2.1, sottolinea che «si capovolge, in questo modo, la regola oggi esistente, nelle misure omologhe disciplinate dagli artt. 47 ter e 48 ord. penit., restrizione – libertà. La componente detentiva delle misure *de quibus* diventa “recessiva” al fine di salvaguardare l'utilità delle misure stesse a fini rieducativi e di reinserimento sociale, aprendo “finestre” più ampie per il condannato con il mondo esterno».

Il nuovo assetto pare generare criticità tanto per la posizione del pubblico ministero, quanto per quella dell'imputato, introducendo nel rito negoziato, dominato dal profilo dell'accordo, un elemento di incontrollabilità proprio con riferimento alla pena.

Alcuni esempi possono chiarire il punto.

Ammettendo la sostituzione d'ufficio, quando la parte pubblica prestasse il proprio consenso all'applicazione di una pena detentiva di un anno, in ragione del fatto che la ritiene congrua, il giudice potrebbe sostituirla con una pena pecuniaria di 1.825 euro, qualora applicasse il minimo giornaliero, che è stato ridotto a 5 euro⁸⁷ (art. 56-*quater*, l. n. 689/1981). Lo stesso vale per le pene detentive inferiori ai tre anni, sostituibili con il lavoro di pubblica utilità.

Parimenti, l'esercizio del potere sostitutivo officioso del giudice può rivelarsi problematico anche per l'imputato. Ciò non tanto nel caso in cui la pena sostitutiva applicata sia il lavoro di pubblica utilità, che presuppone sempre il suo consenso, quanto piuttosto nell'ipotesi in cui il giudice decida di sostituire la pena detentiva con la pena pecuniaria, potendosi prescindere, in questa ipotesi, dall'assenso della parte (art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p.)⁸⁸. L'accordo relativo all'applicazione di una pena detentiva per la durata di un anno potrebbe subire un drastico mutamento, visto che il giudice potrebbe sostituirla con pena pecuniaria fino a 912.500, qualora applicasse il massimo giornaliero, oggi pari a 2.500 euro (art. 56-*quater*, l. n. 689/1981). Questo sviluppo appare difficilmente conciliabile con le finalità perseguite con la scelta del rito negoziato, se si considera che l'imputato, concordando l'applicazione della pena detentiva di un anno, potrebbe coltivare l'aspettativa di espierla con la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali.

Oltretutto, al di là delle obiezioni sopra richiamate, riconoscere al giudice la possibilità di sostituire d'ufficio la pena concordata tra le parti rischia di sortire un effetto contrario alle logiche di deflazione processuale che hanno animato la riforma: se il patteggiamento si aprisse a sviluppi incontrollabili di questo tipo, l'effetto della novella sarebbe probabilmente quello di frenare tanto l'imputato quanto il pubblico ministero alla prestazione del consenso, con il rischio che una parte significativa di procedimenti, prima definiti secondo il rito negoziato, verrà celebrata nelle forme ordinarie. Per una particolare eterogenesi dei fini, un intervento ispirato a obiettivi di deflazione assumerebbe i connotati di un disincentivo all'accesso a uno dei riti in grado di assicurare i risultati più evidenti in termini di economia processuale e riduzione dei tempi di definizione dei procedimenti.

⁸⁷ Sulle vicende che hanno interessato il minimo giornaliero prima della Riforma Cartabia, per effetto degli interventi del legislatore (in particolare, art. 32, comma 62, l. 15 luglio 2009, n. 92) e della Corte costituzionale (in particolare, Corte cost., 11 febbraio 2020, n. 15), v. MIEDICO (2022), pp. 910 ss.

⁸⁸ La disposizione prevede che l'imputato debba acconsentire alla sostituzione della pena detentiva quando la pena sostitutiva sia «diversa dalla pena pecuniaria».

6. Osservazioni conclusive.

A valle della rassegna che si è svolta, pare emergere la discrasia tra l'intenzione del legislatore di fare del patteggiamento la sede naturale di applicazione delle pene sostitutive e la mancanza di una disciplina chiara e idonea a delineare con sufficiente certezza le prerogative delle parti e le attribuzioni giudiziali circa l'applicazione delle medesime.

A sembrare esente dai problemi ermeneutici più significativi è unicamente il caso nel quale l'imputato e il pubblico ministero raggiungano un accordo "completo", che involga tutti gli aspetti della sostituzione. Si tratta anche dell'ipotesi che richiede il maggiore impegno all'imputato e al pubblico ministero e che, stando almeno ai primi protocolli intervenuti in materia, "impone" alla difesa un onere di produzione documentale. Sarà il tempo a rivelare quanto frequentemente un simile impegno potrà essere profuso dalle parti.

D'altro canto, le questioni interpretative si infittiscono, a mano a mano che l'accordo si fa meno esaustivo. In questo caso, a porre gli interrogativi più complessi è il rinvio operato dall'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. all'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p. «in quanto compatibile». È alla luce di questo criptico vaglio di compatibilità che vanno letti i poteri del giudice, nel contesto di un procedimento che, in quanto dominato dalla logica negoziale, non ammette interventi additivi o integrativi dell'organo giurisdizionale rispetto al contenuto dell'accordo, quando comportino, come è nel caso della sostituzione della pena detentiva, apprezzamenti di natura discrezionale.

Il sistema, in questo caso, pare poter tenere solo sostenendo che, se anche si ammettesse l'esercizio di un potere determinativo del giudice sul contenuto della pena sostitutiva, la pronuncia della sentenza *ex art. 444 c.p.p.* dovrebbe essere comunque preceduta da una nuova manifestazione del consenso.

Ciò, sempre che le parti non si siano orientate espressamente in senso diverso, come è loro facoltà fare, devolvendo alla discrezionalità del giudice la decisione sulle questioni inerenti alla sostituzione.

Ancora meno governabile, sotto il profilo degli effetti di sistema, è la fattispecie della sostituzione officiosa, ipotizzabile sulla base del nuovo art. 53, comma 1, l. n. 689/1981. Le prime pronunce intervenute sulla questione e quelle stratificatesi su disposizioni analoghe sul piano testuale non consentono di fare previsioni né di escludere la possibilità di una lettura che ammetta l'intervento d'ufficio. Certo è che, qualora questo venisse consentito, si produrrebbero effetti a cascata difficilmente controllabili anche sulle fattispecie prima esaminate e, in particolare, sui rapporti tra l'iniziativa delle parti e i poteri del giudice nei casi di richiesta "incompleta". La suggestione della sostituzione officiosa, alimentata, in verità, dal solo tenore letterale della norma, va tuttavia respinta nel nome della coerenza del sistema, dei principi informativi del procedimento e della predicibilità della sentenza, quale tratto ormai caratterizzante il rito negoziato.

Bibliografia

- ABBAGNANO TRIONE, Andrea (2022a): “Una semantica persuasiva nel disegno di revisione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Dalle parole ai fatti”, *Processo penale e giustizia*, pp. 238-248.
- ABBAGNANO TRIONE, Andrea (2022b): “Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive”, *Legislazione penale*, pp. 1-19.
- ABBAGNANO TRIONE, Andrea (2023): “Il sistema delle pene sostitutive e il *favor libertatis*”, *Processo penale e giustizia*, 2023, pp. 757-776.
- AMARELLI, Giuseppe (2022): “L’ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre”, *Processo penale e giustizia*, pp. 234-237.
- BIANCHI, Davide (2021): “Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 33-49.
- BORTOLATO, Marcello (2023): “Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I “liberi sospesi” e gli effetti della riforma Cartabia”, *Sistema penale online*, pp. 1-10.
- CAVALIERE, Antonio (2021): “Considerazioni ‘a prima lettura’ su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia”, *www.penedp.it*, pp. 1-36.
- CECCHI, Marco (2017): “Patteggiamento: poteri del giudice in relazione alle sanzioni sostitutive”, *Diritto penale e processo*, pp. 253-261.
- CHELO, Andrea (2023): “Saldi intenti di razionalizzazione e timidi tentativi di recupero delle garanzie nel giudizio “secondo Cartabia””, *Diritto penale e processo*, pp. 170-179.
- CORVI, Paola (2017): “I poteri del giudice di appello in materia di sostituzione delle pene detentive brevi”, *Processo penale e giustizia*, pp. 822-828.
- CORVI, Paola (2023): “La nuova fisionomia dell’applicazione della pena su richiesta di parte”, in CASTRONUOVO, DONINI, MANCUSO, VARRASO (eds.): *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* (Padova, Cedam), pp. 743-762.
- DE VITO, Riccardo (2023): “Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere”, *www.questionegiustizia.it*, pp. 1-23.
- CHELO e DEMARTIS (2022): “Il patteggiamento secondo Cartabia”, in SPANGHER (editor): *La riforma Cartabia* (Pisa, Pacini Giuridica), pp. 392-423.
- DOLCINI, Emilio (2021): “Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia”, *Sistema penale online*.
- DOLCINI, Emilio (2022): “Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive”, *Sistema penale online*, pp. 1-26.
- DONINI, Massimo (2021): “Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a

- scuola di realismo e cultura della discrezionalità”, *Politica del diritto*, pp. 591-608.
- GARGANI, Alberto (2022): “La riforma in materia di sanzioni sostitutive”, *Legislazione penale*, pp. 1-18.
- GARGANI, Alberto (2023): “Le “nuove” pene sostitutive”, *Diritto penale e processo*, pp. 17-35.
- GATTA, Gian Luigi (2021): “Riforma della giustizia penale: contesto obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia””, *Sistema penale online*, pp. 1-30.
- GIOVINAZZO, Angela Anna Antonia (2023): “La pena pecuniaria tra modifiche normative e realismo operativo: alcune osservazioni critiche”, *Sistema penale online*, pp. 1-29.
- GIUNTA, Fausto (2004): “Le novità in materia di sanzioni sostitutive”, in PERONI (editor): *Patteggiamento “allargato” e giustizia penale* (Torino, Giappichelli), pp. 65-72.
- GOISIS, Luciana (2023): “Pena pecuniaria e “riforma Cartabia”. Un primo passo nel segno dell’effettività”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 950-955.
- GUIDI, Dario (2023): “La riforma delle “pene” sostitutive”, *Legislazione penale*, pp. 1-42.
- LOCATELLI, Giuseppe (1999): “Osservazioni sull’espulsione sostitutiva della detenzione”, *Diritto penale e processo*, pp. 1035-1036.
- MIEDICO, Melissa (2022): “La conversione delle pene pecuniarie: tra maldestri interventi legislativi e correttivi della Corte costituzionale, nell’attesa di una riforma complessiva”, *Diritto penale e processo*, pp. 910-918.
- MIEDICO, Melissa (2023): “La pena pecuniaria: alla ricerca dell’effettività”, *Diritto penale e processo*, pp. 36-44.
- PALAZZO, Francesco (2021a): “Pena e processo nelle proposte della “Commissione Lattanzi””, *Legislazione penale*, pp. 1-8.
- PALAZZO, Francesco (2021b): “I profili di diritto sostanziale della riforma penale”, *Sistema penale online*, pp. 1-18.
- PISANI, Nicola (2023): “Le pene sostitutive”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 942-950.
- VARRASO, Gianluca (2023): “Riforma Cartabia e pene sostitutive: la rottura “definitiva” della sequenza cognizione-esecuzione”, *Giustizia insieme online*.
- VENTUROLI, Marco (2023): “Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150”, *Sistema penale online*, pp. 1-23.
- VIGONI, Daniela (1997): “L’applicazione della pena su richiesta delle parti”, in PISANI (editor): *I procedimenti speciali in materia penale* (Milano, Giuffrè), pp. 116-241.
- VIGONI, Daniela (2000): *L’applicazione della pena su richiesta delle parti* (Milano, Giuffrè).
- VIGONI, Daniela (2004): “Patteggiamento “allargato”: riflessi sul sistema e sull’identità della sentenza”, *Cassazione penale*, pp. 710-716.