

LA RIFORMA DELLE SANZIONI SOSTITUTIVE E LE POTENZIALITÀ ATTUABILI DEL LAVORO DI PUBBLICA UTILITÀ

di Teresa Travaglia Cicirello

(*Docente di Diritto Penale e Diritto Penale 2*)

SOMMARIO: 1. Proposte di riforma e volontà legislativa: una sintesi complessa. – 2. La valorizzazione delle sanzioni sostitutive. – 3. Sanzioni sostitutive e finalità rieducativa della pena. – 4. Le capacità rieducative delle singole sanzioni sostitutive. – 5. Il lavoro di pubblica utilità: strumento “bidirezionale” di rieducazione. – 5.1. L'utilità del lavoro alla luce delle altre funzioni della pena. – 6. Il limite all'applicazione del lavoro di pubblica utilità. – 7. Il ruolo amplificato del consenso nello schema di riforma. – 7.1. La diversa prospettiva valorizzabile. – 8. La portata del consenso e della “non opposizione” nelle più recenti applicazioni giurisprudenziali. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Nessuna riforma della giustizia penale può ambire a traguardi di solidità ed efficacia se non incide significativamente sull'apparato sanzionatorio, momento terminale ma al tempo stesso “interruttore” di validità dell'intero *iter* punitivo.

L'intervento sulle sanzioni deve, però, avere la forza del coraggio perché – individuate ormai pacificamente le incrinature dell'impianto attuale dovute alla sua stabile gravitazione intorno alla reclusione carceraria – bisognerebbe affrancare *ex ante* il giudice dalla sottomissione alla punizione regina in nome di una utile e concreta incarnazione dei principi di effettività della pena e della sua doverosa funzione rieducativa.

Il coraggio, tuttavia, non ha sinora mai valicato la soglia dei lavori di molte Commissioni di riforma del codice penale che, nella piena consapevolezza della necessità di superare la perdurante ineffettività della pena a fronte di un rigore solo astratto e di recuperare il rispetto della funzione rieducativa, hanno ritenuto di dover ampliare il catalogo delle sanzioni penali, conferendo dignità di pena principale a strumenti ordinariamente collocati in pieghe secondarie dell'apparato punitivo¹.

¹ Tra le proposte più significative si ricordi quella presentata dalla Commissione Grosso (d.m. 1 ottobre 1998) che annoverava tra le pene principali per i delitti sia la detenzione domiciliare, sia numerose sanzioni a contenuto interdittivo e prescrittivo (si veda il testo dell'Articolato finale presentato dalla Commissione in www.giustizia.it); quella della Commissione Nordio (d.m. del 23 novembre 2001) che introduceva quattro categorie di pene principali: detentive, interdittive, prescrittive e ablativo e, anche qui, tra le pene detentive entrava la detenzione domiciliare insieme alla variante *leggera* della permanenza domiciliare (v. *Il Progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *CP*, 2005, I, 244 ss.); il progetto della Commissione Pisapia (d.m. 27 luglio 2006) che mutuava i risultati delle commissioni precedenti, superava la bipartizione tra pene principali e pene accessorie e forniva al giudice della cognizione un largo novero di strumenti punitivi (testo in www.giustizia.it); il lavoro della Commissione Palazzo (d.m. 10 giugno 2013) che proponeva un significativo arricchimento del catalogo delle pene principali, introducendovi sia la detenzione domiciliare sia la pena prescrittiva (i testi dell'articolato e della Relazione sono consultabili in www.penalecontemporaneo.it).

Il legislatore, però, pur non potendo ignorare i difetti del sistema, non si è mai assunto il rischio politico di riscrivere limpidamente l'elenco delle pene principali, lasciando tali le buone proposte degli studiosi e preferendo mantenere intatto un sistema carcerocentrico, difettoso nella sostanza ma indubbiamente rassicurante nella forma. I riferimenti normativi più recenti, contenuti nella Legge delega n. 134 del 2021², nel relativo Decreto Legislativo delegato³ e parzialmente mutuati dalla proposta di riforma formulata dalla Commissione Lattanzi⁴, non si muovono sulla prima linea della modifica al catalogo delle pene edittali ma, pur rappresentando un notevole progresso nella lotta alla congestione carceraria e nella restituzione di validità alla pena, operano nelle retrovie delle sanzioni sostitutive delle quali mirano ad allargare l'area applicativa potenziandone l'efficacia.

Sembra prevalere una logica di certezza della punizione del reato e non di inutile

² Legge 27 settembre 2021, n. 134, "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari". Si vedano G. Amarelli, *L'ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre*, in *PPG* 2022, fasc. 1, 234 ss.; R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *DPP* 2021, 1167 ss.; R. Bartoli, R. Guerrini (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio. Atti dell'incontro di studio (Siena, 10 dicembre 2021)*, Napoli 2022; D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it, 21 febbraio 2022; E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 02 settembre 2021; M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 591 ss.; L. Eusebi, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *RIDPP* 2021, 823 ss.; G. L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021. Ancora, O. Calavita, *La riforma delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 febbraio 2022; R. De Vito, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *QuestG*, n. 4/2021, 28 ss.

³ Lo Schema recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari è stato approvato, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 4 agosto 2022. Il decreto dovrà essere esaminato dalle Commissioni Giustizia di Camera e Senato per poi essere approvato in via definitiva entro il 19 ottobre 2022. Il testo è consultabile sul Quotidiano del Ministero della Giustizia, <https://www.gnewsonline.it/riforma-penale-ecco-i-testi-bollinati/>. In argomento, E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in www.sistemapenale.it, 30 agosto 2022.

⁴ Si tratta della Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, istituita con d.m. 16 marzo 2021. I testi della Relazione e dell'Articolato da essa presentati sono consultabili in www.giustizia.it. Sui lavori della Commissione, tra le altre, si vedano le opinioni di G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23 agosto 2021; di A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20 gennaio 2022; dello stesso G. Lattanzi, *A margine della "Riforma Cartabia"*, in *RIDPP*, Speciale "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", n. 1, 2022, 435 ss.; di F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7 luglio 2021; F. Palazzo, *I profili sostanziali della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8 settembre 2021; di D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15 giugno 2021; e di B. Romano, *La riforma del sistema penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23 giugno 2021.

Rispetto ai risultati della Commissione emergono, però, alcune significative differenze: si pensi alla estromissione dalle sanzioni sostitutive dell'affidamento in prova al servizio sociale ed alla disciplina complessiva della pena pecuniaria.

rigidità della pena (destinata peraltro a infrangersi contro gli intrecci di meccanismi sospensivi ed esecutivi) e sembra potersi intraprendere un processo “pedagogico” nei confronti della collettività, affrancando l’idea di sicurezza dalla necessità di carcere⁵ che sinora ha fatto da base ad un sistema astrattamente punitivo ma nei fatti debole e scarsamente temibile.

Vero è che ognuna di queste “speranze” potrebbe verosimilmente essere spenta dalla crisi di Governo aperta a pochi mesi dalla scadenza del termine per la approvazione definitiva dei decreti legislativi delegati. Tuttavia, al di là del dato politico, la strada intrapresa sembra comunque un avvicinamento accettabile verso la soluzione decisiva, fermo restando che l’*optimum* rimane sempre la riformulazione dell’art. 17 del Codice penale, con la consegna al giudice, in prima battuta, di una gamma variegata di strumenti che gli consentano di “comporre” rapidamente ed efficacemente la pena, adattandola al reato e al condannato, e di avviare, senza tempi morti né inevitabili vanificazioni, l’opera di rieducazione che – inflessibile - veglia dalle righe dell’art. 27 della Costituzione⁶.

2. Nella legge delega emergono, tra le altre, due direzioni significative⁷: oltre all’irrobustimento delle sanzioni sostitutive, figura la messa a regime degli strumenti di giustizia riparativa⁸, presenti già nell’ordinamento sebbene in forma ancora sperimentale e disorganica⁹.

⁵ Emerge stabilmente dalle dichiarazioni del Ministro della Giustizia, Cartabia, la profonda consapevolezza che si debba superare l’equazione pena-carcere. Come si legge, ad esempio, nella memoria consegnata dal Ministro alla Commissione Giustizia in occasione della sua audizione del 15 febbraio 2022, «la riforma [...] prosegue lungo una linea già presente nel nostro ordinamento volta a radicare l’idea, costituzionalmente orientata, che la “certezza della pena” non è la “certezza del carcere”: l’art. 27 della Costituzione, infatti, parla di “pena” non di “carcere”», in www.archiviopenale.it. Altrettanto nette sono state le posizioni espresse riguardo alla necessità di promuovere forme alternative di risposta al reato, come la sospensione del processo con messa alla prova e i meccanismi di giustizia riparativa (si veda quanto dichiarato durante l’audizione alla Commissione Giustizia del 15 marzo 2021, <https://webtv.camera.it/evento/17725>).

⁶ Come osserva F. Palazzo, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *RIDPP*, Speciale “Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma”, n. 1, 2022, 468, il ritorno alle pene sostitutive «dimostra che non siamo ancora maturi per compiere l’ultima tappa del processo di erosione della pena carceraria [...] L’opzione legislativa a favore delle pene alternative *edittali* comporterebbe delle difficoltà di natura tecnica e sistematica di non poco momento poiché si tratterebbe [...] di disciplinare l’“innesto” – per così dire - delle nuove pene sull’intera trama del sistema complessivo cui esse sono totalmente sconosciute». In argomento, anche C. Perini, *Le pene alternative edittali: il progetto e la politica criminale*, in *RIDPP*, Speciale “Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma”, n. 1, 2022, 279 ss.

⁷ Art. 1, commi 17 e 18, della legge n. 134 del 2021.

⁸ In argomento, tra gli altri, V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *PPG*, fasc. 1, 2022, 111 ss.; F. Helferich, *Le condotte riparatorie tra immanicabile afflittività e potenzialità preventive. Un’indagine comparata*, in *RIDPP*, Speciale “Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma”, n. 1, 2022, 321 ss.; A. Presutti, *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 20 luglio 2022.

⁹ Strumenti riparativi sono presenti, con fortune alterne, nel processo penale minorile (sul punto, si vedano anche le *Linee di indirizzo del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità in materia di Giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato* - maggio 2019, in www.giustizia.it.; nel procedimento penale davanti al giudice di pace; nella sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato (art. 168 bis Cp); nella estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter Cp).

Si tratta di due posizioni nette a favore del superamento non solo della risposta carceraria al reato ma, ancora prima, della stessa risposta penale¹⁰. Dal canto loro, infatti, gli istituti di riparazione sono in grado di farsi interamente carico delle conseguenze derivanti dal reato e muovono da un presupposto diverso rispetto alla istanza afflittiva connaturata alla pena, ossia dalla possibilità dinamica di recupero e rigenerazione del tessuto relazionale lacerato dal fatto criminoso, evitando l'irrigidimento e l'amplificazione del solo momento della frattura prodotta dall'illecito, carichi di una staticità che mal si adatta alla naturale evoluzione dei rapporti umani. Sul versante delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, la legge delega parte dai risultati della Commissione Lattanzi¹¹ che propone una revisione organica della loro disciplina alla luce di un bilancio decisamente fallimentare dei quarant'anni trascorsi dalla entrata in vigore della legge n. 689 del 1981 nei quali le pene sostitutive non hanno saputo concretamente incarnare la dichiarata finalità di contrasto all'effetto desocializzante delle pene detentive di breve durata¹². Il dato impietoso sul quale decretare l'insuccesso è quello statistico che restituisce numeri decisamente imbarazzanti: nel 2021, due sole persone ammesse alla semidetenzione e solo 104 in esecuzione della libertà controllata su un totale di oltre 64.000 soggetti complessivamente ammessi a forme di esecuzione penale esterna¹³.

Un destino altrettanto infelice è quello toccato alla pena pecuniaria sostitutiva, accessibile a pochi dopo la modifica del criterio di ragguaglio che, nel 2009, ha aumentato di oltre sei volte la quota giornaliera¹⁴, e colpita dal recentissimo giudizio di illegittimità costituzionale per violazione dei principi di eguaglianza e di finalismo rieducativo della pena¹⁵.

L'obiettivo che la legge si prefigge è, dunque, una rivalutazione degli strumenti sostitutivi, attraverso modifiche sia strutturali che applicative al fine di assegnare loro un'area autonoma di operatività (non sovrapposta a quella già occupata da altri istituti

¹⁰ La legge delega non solo intende garantire la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena ma richiede che questa possibilità operi senza preclusioni relative alla fattispecie di reato o alla sua gravità, dovendo invece essere legata solo al consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e alla positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma (art. 1 co. 18 lett. c Legge n. 134 del 2021).

¹¹ Si veda il testo della *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, 63 ss., in www.giustizia.it.

¹² T. Padovani, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Milano 2002, 73 ss.

¹³ A distanza di un anno, la situazione è rimasta inalterata: 5 soggetti in semidetenzione, 98 in libertà controllata: statistiche relative agli adulti in area penale esterna al 15 maggio 2022, in www.giustizia.it. In argomento, si veda A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., 3 s.

¹⁴ Si tratta della legge n. 94 del 15 luglio 2009 che ha modificato la disposizione dell'art. 135 Cp portando la quota giornaliera da € 38 a € 250. Le conseguenze critiche di questa riforma sono state sottolineate anche da C. cost., 11.2.2020 n. 15, in www.giurcost.it, che ha affermato come l'aumento della quota rende «eccessivamente onerosa per molti condannati la sostituzione della pena [...] con il conseguente rischio di trasformare la sostituzione della pena pecuniaria in un privilegio per i soli condannati abbienti».

¹⁵ C. cost., 12.1.2022 n. 28, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 53, comma 2, l. 689/1981, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost, nella parte in cui prevede che «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare», anziché «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 del codice penale».

sospensivi o alternativi più vantaggiosi per il condannato) e di dotarle di una sostanza “positiva” ed effettiva, così da rappresentare una alternativa reale ed utile al carcere evitando il rischio sempre più concreto di totale vanificazione della condanna.

Difatti, la “Riforma Cartabia” stravolge l’assetto delle sanzioni sostitutive lasciando in piedi il contenitore ed intervenendo profondamente sul contenuto. Degli istituti previsti dalla legge n. 689 del 1981 rimane solo la pena pecuniaria mentre scompaiono le evidentemente inservibili semidetenzione e libertà controllata. Nel catalogo entrano, invece, strumenti già noti ma inquadrati in altre aree dell’apparato sanzionatorio dove hanno dato prova di migliore riuscita: la detenzione domiciliare, la semilibertà e il lavoro di pubblica utilità¹⁶.

Al contempo, si alza sino a quattro anni il limite di pena entro il quale si potrà operare la sostituzione, si elimina ogni preclusione connessa alla tipologia di reato; si esclude l’applicazione della sospensione condizionale alle sanzioni sostitutive, così da garantire loro effettività e certezza¹⁷; si incentiva il loro utilizzo per i casi di definizione del processo con il rito del patteggiamento, con evidente scopo di deflazione del carico giudiziario.

Infine, ma non per ultimo poiché il ruolo delle parole è tutt’altro che marginale in un’opera come quella della revisione del sistema sanzionatorio penale¹⁸ in cui deve principalmente essere veicolato un messaggio culturale di superamento della centralità del carcere, nello schema di decreto figura un importante dato lessicale che spinge verso l’allargamento effettivo del catalogo delle pene: sebbene intervengano in funzione sostitutiva, i nuovi strumenti previsti sono denominati “pene”¹⁹ ed il loro elenco viene inserito immediatamente nella parte generale del codice penale, a chiusura del Capo dedicato alle “specie di pene” (art. 20 *bis* Cp). Un segnale netto che senz’altro manifesta la volontà (seppur non supportata da sufficiente coraggio) di avvicinarsi verso il riconoscimento e l’accettazione sociale di pene diverse della reclusione carceraria, presupposti di una rieducazione autentica e della effettività della risposta al reato.

3. Il ricorso alle sanzioni sostitutive è legato a doppio filo alla necessità di

¹⁶ Critico rispetto al risicato spazio destinato alle sanzioni sostitutive, G. Amarelli, *L’ampliamento delle sanzioni sostitutive*, cit., secondo cui si tratta di «uno spazio ricavato pur sempre sul fronte secondario della ‘degradazione giudiziaria’ o ‘secondaria’ della risposta punitiva edittale, piuttosto che su quello principale della degradazione legislativa o ‘primaria’ tramite scelte generali ed astratte connesse al disvalore ridotto di taluni reati».

¹⁷ La inapplicabilità della sospensione condizionale alle sanzioni sostitutive è salutata con favore in dottrina, dal momento che proprio al meccanismo sospensivo si attribuiva la principale ragione di vanificazione dei meccanismi sostitutivi. In argomento, si veda E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 5: «La riforma Cartabia libera dunque le pene sostitutive dal mortale abbraccio della sospensione condizionale della pena: la sovrapposizione delle aree applicative della sospensione condizionale e della sostituzione della pena detentiva aveva infatti portato al fallimento applicativo delle sanzioni sostitutive quali previste dalla legge n. 689/1981».

¹⁸ Sulla portata e sul significato della locuzione “sistema sanzionatorio penale”, v. E. Dolcini, *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, in *RIDPP*, Speciale “Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma”, n. 1, 2022, 441. Lo ritiene un “sistema disintegrato”, G. Lattanzi, *A margine della “Riforma Cartabia*, cit., 435.

¹⁹ Di “pene sostitutive” parla anche la C. cost., 12.1.2022 n. 28, cit.

perseguimento della finalità rieducativa della pena, sia in una prospettiva astratta che in una dimensione di fatto.

Gli istituti sostitutivi, già nella loro impronta genetica, sono contraddistinti dalla istanza di evitare l'effetto deleterio prodotto dalle pene detentive di breve durata: la loro introduzione nell'ordinamento italiano si colloca, infatti, in quello stesso solco già segnato dalla legge sull'Ordinamento Penitenziario del 1975 e si nutre delle medesime istanze che stimolarono, a partire dagli anni Settanta, i processi di riforma di molti sistemi sanzionatori europei, tra le quali la consapevolezza dei rischi di una pena che per breve tempo impone il contatto tra il condannato e la realtà carceraria²⁰.

Il generale orientamento di sfiducia verso la pena detentiva breve era corroborato dalla tendenza, emersa nitidamente nelle moderne società liberali, ad attribuire natura di *extrema ratio* alla pena carceraria e a ricercare strumenti punitivi in grado di evitare l'alterazione del rapporto tra il soggetto e la comunità e capaci di recuperare il legame quando la rottura si era già verificata.

Si può affermare che la disciplina delle sanzioni sostitutive contenuta nella legge n. 689 costituì il primo vero tentativo di arricchire e rinvigorire il sistema sanzionatorio, attraverso la previsione di misure *effettivamente* diverse dalla carcerazione breve, di strumenti, cioè, forniti al giudice di cognizione proprio nella fase della scelta applicativa della pena e tali da estendere il catalogo a sua disposizione nella individuazione della sanzione più adeguata da applicare al reo²¹. La previsione delle pene sostitutive non già nella fase edittale ma in quella della applicazione giudiziale comportò la necessaria attribuzione di un notevole potere al giudice la cui centralità è riconosciuta anche dalla Riforma Cartabia che, a maggior ragione alla luce del nuovo assetto, espressamente richiede di "disciplinare conseguentemente il potere discrezionale del giudice nella scelta tra le pene sostitutive" (art. 1 co. 17 lett. c).

Proprio all'organo giudicante è infatti attribuita, secondo il testo del decreto, la responsabilità principale nell'attuazione del nuovo sistema, ovvero la valutazione della efficacia specialpreventiva della sanzione sostitutiva rispetto al singolo condannato, da compiersi sotto la duplice prospettiva della prevenzione della recidiva e della capacità di rieducazione.

Come è evidente, in questa previsione è contenuta, altresì, l'esplicita

²⁰ In materia di sanzioni sostitutive, v., tra gli altri, E. Dolcini, C.E. Paliero, *Sanzioni sostitutive*, in *ED*, XLI, Milano 1989, 523 ss.; E. Dolcini, C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano 1989; F. Giunta, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi*, in *RIDPP* 1985, 481 ss.; G. Grasso, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *RIDPP* 1981, 1416 ss.; F.C. Palazzo, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, in *RIDPP* 1983, 826 ss.; T. Padovani, *Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena*, in *RIDPP* 1982, 445 ss.

²¹ Qualche dubbio venne avanzato sulla natura giuridica delle sanzioni sostitutive. L'orientamento prevalente propendeva per l'attribuzione a tali strumenti di una natura strettamente penale, posto il loro autentico contenuto sanzionatorio e la loro autonomia logica e normativa rispetto alla classica pena detentiva (per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale, Appendice di aggiornamento*, Padova 1983, 25; P. Nuvolone, *Pena (dir. pen.)*, in *ED*, XXXII, 1982, 797 ss.). Non mancarono opinioni che ritennero le pene sostitutive riconducibili al più ampio contesto degli istituti sospensivi, poiché l'applicazione della sanzione sostitutiva determinerebbe una sospensione della pena detentiva breve, caratterizzata dalla possibile reviviscenza della sanzione originariamente irrogata (ad esempio, T. PADOVANI, *Sanzioni sostitutive*, cit., 445).

attribuzione di una funzione rieducativa alle sanzioni sostitutive, addirittura quale condizione di legittimazione per la loro applicazione. Il progetto di riforma appare quindi piuttosto ambizioso se, a maggior ragione, si tiene conto delle critiche mosse al vecchio impianto delle sanzioni sostitutive ritenute, a causa del loro contenuto piuttosto rigido, non pienamente funzionali ad ambire alla rieducazione del reo. La prevenzione speciale perseguita dalle sanzioni sostitutive, infatti, finiva per esplicitarsi più in termini ‘negativi’ di intimidazione-ammonimento e ‘neutri’ di semplice *non desocializzazione*, piuttosto che ‘positivi’ di autentica *rieducazione*.

Pertanto, sterile sarebbe una riforma che subordina la sostituzione della pena al vaglio della potenzialità rieducativa se non prevedesse un arricchimento dei contenuti qualificanti delle singole sanzioni così da consentire al giudice di calibrare la pena alla complessiva situazione personale del colpevole. La rieducazione, nella sua più autentica e profonda dimensione che responsabilizza l’ordinamento insieme al reo, non è né può essere soltanto un dovere morale dello Stato che, immobile, attende il condannato alla fine di un percorso che gli si lascia compiere in solitudine. Essa, piuttosto, deve essere una destinazione che gli viene incontro, frutto di una offerta capace di attivare la “rieducabilità” del soggetto.

4. Se le sanzioni sostitutive possono essere applicate solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato (art. 1 co. 17 lett. c l. 134/2021), esse stesse per prime devono possedere una ontologica potenzialità rieducativa, per struttura e funzionamento, e tanto più saranno utilizzabili quanto più la loro natura contenga i presupposti per poter condurre al positivo recupero sociale del reo, non potendosi pretendere che l’effetto rieducativo derivi *sic et simpliciter* dal mancato ingresso del soggetto nell’istituto penitenziario.

Non può negarsi però che, nel novero delle sanzioni sostitutive previste dalla riforma, non tutte possiedono la stessa attitudine alla rieducazione²²: si pensi alla pena pecuniaria, della quale è stata a più riprese messa in dubbio la stessa compatibilità con il concetto di “pena” costituzionale, data la sua pretesa incapacità ontologica di assolvere alla funzione rieducativa²³, oltre alla coerenza rispetto al principio di eguaglianza²⁴ dal momento che gli aumenti delle quote giornaliere la rendono un

²² In argomento, C. F. Grosso, *Funzione rieducativa della pena e pene pecuniarie*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, vol. II, 779 ss. Più ampiamente, si veda L. Goisis, *La pena pecuniaria. Un’indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano 2008; più recentemente, in prospettiva di riforma, L. Goisis, *La pena pecuniaria nella recente riforma della giustizia penale: una valorizzazione da perfezionare*, in *RIDPP*, Speciale “*Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma*”, n. 1, 2022, 297 ss.

²³ La questione venne presentata già negli anni Sessanta davanti alla Consulta e allora risolta da una pronuncia che salvò la compatibilità della pena pecuniaria con l’art. 27 Cost. pur lasciando trasparire una obiettiva difficoltà a riconoscerle una finalità rieducativa ma argomentando a favore di una concezione polifunzionale della pena che non rendeva incompatibili con il dettato costituzionale quelle sanzioni che non possedevano una connotazione marcatamente rieducativa (C. cost., 12.2.1966 n. 12, in *GiurCos* 1966, 151).

²⁴ Recentemente, la Corte costituzionale è tornata sulla compatibilità della pena pecuniaria sostitutiva con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. a causa dell’innalzamento della soglia minima della quota di conversione che, nei fatti ha trasformato «la sostituzione della pena pecuniaria in un privilegio per i soli condannati abbienti» (così, C. cost., 16.1.2020 n. 15, in www.giurcost.it) ed ha dichiarato parzialmente illegittimo l’art. 53, comma 2, della

“privilegio” per pochi²⁵.

La prospettiva certamente muta in relazione ad uno dei nuovi strumenti sostitutivi, la detenzione domiciliare, mutuata dall'area delle misure alternative alla detenzione. Tuttavia, anche in questo caso prevale una dimensione statica della sanzione, il cui contenuto “positivo” coincide con il mantenimento delle dinamiche relazionali e delle principali componenti di affettività. Nella disciplina dell'istituto contenuta nella legge sull'Ordinamento Penitenziario, non compaiono infatti elementi di effettiva rieducazione del condannato e, sebbene siano contemplati interventi del servizio sociale (art. 47-ter co. 4 Op), non si rintraccia alcun trattamento rieducativo²⁶. Diverso è il discorso relativo alla semilibertà. Qui la connotazione rieducativa è marcata poiché, secondo la norma che la regola (art. 48 Op), elemento imprescindibile per l'ammissione del condannato al regime è lo svolgimento di attività comunque utili al reinserimento sociale. La disposizione si riferisce in primo luogo alle attività “lavorative ed istruttive” (ritenendo, dunque, queste intrinsecamente idonee a consentire al soggetto il ristabilimento di una ordinaria ed accettabile convivenza sociale), tuttavia non ha preteso di compiere una elencazione tassativa ed ha altresì introdotto un richiamo generico a tutte quelle altre attività che possano, in qualsiasi modo, condurre il soggetto sottoposto alla misura ad un recupero della sua dimensione sociale.

Deve trattarsi di “attività con finalità altruistiche o, comunque, idonee a dimostrare il superamento delle pulsioni personali, di solito egoistiche, che hanno determinato il soggetto a delinquere”²⁷ e capaci di assorbire, per il tempo di dimissione dall'istituto, “la sfera comportamentale del condannato in senso utile e conferente al riadattamento alla normale e corretta vita di relazione”²⁸.

La valutazione in termini di potenzialità rieducative raggiunge il suo apice rispetto all'ultima delle ‘nuove’ sanzioni sostitutive previste dalla Riforma Cartabia: il lavoro di pubblica utilità. Si tratta di uno strumento estremamente poliedrico e versatile che, nel tempo, si è prestato ad una utilizzazione trasversale, assumendo tra l'altro nature giuridiche molto diverse a seconda del suo ambito applicativo²⁹.

legge n. 689 del 1981 (C. cost., 1.2.2022 n. 28, in www.giurcost.it).

²⁵ Le proposte della Commissione Lattanzi, recepite dalla Legge n. 134 del 2021, sono, infatti, tese a superare questa disegualianza attraverso una rideterminazione del valore giornaliero minimo «in modo tale da evitare che la sostituzione della pena risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, consentendo al giudice di adeguare la sanzione sostitutiva alle condizioni economiche e di vita del condannato».

²⁶ Recentemente, sul tema, v. A. Costantini, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale superamento del paradigma carcerocentrico?*, in *RIDPP*, Speciale “Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma”, n. 1, 2022, 309 ss.

²⁷ In questo senso, Cass. 3.10.1997, in *CP* 1997, 256.

²⁸ Così M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 2010, 320.

²⁹ Per un riepilogo dell'evoluzione del lavoro di pubblica utilità, sia consentito il rinvio a T. Travaglia Cicirello, *La ‘nuova’ frontiera del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria*, in *RIDPP*, 2006, fasc. 4, 1335 ss. L'istituto è attualmente: *sanzione di conversione* di una pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato (l. 689 del 1981); *sanzione accessoria* per alcune fattispecie incriminatrici tema di discriminazioni razziali etniche o religiose (l. 205 del 1993); *pena principale* per i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace (d. lgs n. 274 del 2000); *obbligo* che accompagna la sospensione condizionale della pena (art. 165 Cp); *sanzione sostitutiva* della pena detentiva prevista per alcuni reati in materia di stupefacenti (l. 49 del 2006);

L'attitudine fortemente rieducativa del lavoro di pubblica utilità è *in re ipsa* oltre ad essere esplicitamente testimoniata, se mai ve ne fosse stato bisogno, dalla più recente scelta legislativa che lo ha riguardato, ovvero il suo espresso inserimento, ad opera della legge n. 124 del 2018 tra gli elementi principali del trattamento rieducativo del detenuto.

5. L'impiego del lavoro di pubblica utilità quale sanzione sostitutiva "ad ampio spettro" risale già ai lavori della Commissione Pagliaro che, nei primissimi anni Novanta, aveva proposto che il giudice potesse sostituire la condanna a una pena detentiva breve anche con il lavoro di utilità sociale³⁰. L'istituto fece stabilmente parte anche dei successivi progetti di riforma, ora in veste di sanzione sostitutiva, ora in quella di pena principale "prescrittiva"³¹.

Proprio la prova della sua efficacia e certezza, soprattutto con riferimento alle violazioni del codice della strada e alla sospensione del procedimento con messa alla prova³², ha condotto il legislatore della riforma a volerlo prevedere come sanzione sostitutiva *tout court*.

I pregi del lavoro come sanzione penale sono senz'altro evidenti e vanno ricondotti alla sua genetica predisposizione a incarnare, meglio di ogni altro strumento punitivo, le più autentiche istanze di rieducazione, intesa come sintesi tra il percorso di recupero compiuto dal condannato e la sua ri-accettazione "a pieno titolo" nel tessuto sociale, come nuovo incontro tra la collettività e l'autore del reato, entrambi modificati dall'esperienza del fatto illecito ma capaci di trovare un nuovo equilibrio su istanze comuni.

Del resto, il valore intrinseco che il lavoro, come entità, possiede nel nostro ordinamento è di palmare evidenza, dal momento che esso è collocato addirittura a fondamento della Repubblica, trovando posto nel primo comma del primo articolo della Costituzione. È, dunque, sul lavoro che si regge l'intero sistema costituzionale ed è il lavoro che qualifica i tratti fisionomici della Repubblica democratica italiana.

Basterebbe questa semplice constatazione per dimostrare la centralità positiva che l'impiego di energie umane destinato alla produzione di risultati utili possiede per la comunità, corroborata dall'impegno imperativo che lo Stato espressamente si impone di tutelare il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35 Cost.).

sanzione amministrativa accessoria per alcune fattispecie in materia di circolazione stradale (l. 102 del 2006); di nuovo, *sanzione sostitutiva* della pena detentiva o pecuniaria per i reati stradali previsti dagli artt. 186, comma 9 *bis*, e 187, comma 8 *bis*, del Codice della Strada (l. 120 del 2010); *obbligo* al quale subordinare la concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168 *bis* Cp, inserito dalla l. 67 del 2014) e, infine, *elemento del trattamento rieducativo* del detenuto (art. 20 *ter* Op., introdotto dal d. lgs. 124 del 2018).

³⁰ Art. 43 della proposta di articolato presentata dalla Commissione per la riforma del Codice penale presieduta da Antonio Pagliaro (d.m. 8 febbraio 1988). Il testo della relazione e della proposta di articolato può essere consultato in www.giustizia.it.

³¹ Sulla stessa scia della sanzione sostitutiva proseguì, dieci anni dopo, la Commissione Grosso (art. 61 dell'Articolato). Natura di pena principale prescrittiva venne invece attribuita dalle Commissioni Nordio, Pisapia e Palazzo (v., *supra*, nota 1).

³² I dati sono quelli forniti dal Ministero della Giustizia, nelle statistiche relative agli adulti in area penale esterna al 15 aprile 2021, in www.giustizia.it.

Emerge evidentemente una qualificazione positiva e nobilitata del lavoro che, a partire dal 1948, ha intriso tutta la cultura giuridica e sociale e ha conferito allo svolgimento di un'attività lavorativa pregio, rispettabilità, valenza simbolica e dignità pubblica.

È sotto questa luce che va inquadrata la pena-lavoro per poterne cogliere le enormi potenzialità rieducative “a doppio senso”: sia come strumento che consente al condannato di rendersi utile a quella società i cui equilibri ha violato con la commissione del reato, mettendosi al servizio di tutti; sia come chiave capace di attivare la predisposizione positiva della comunità ad accogliere nuovamente l'autore del fatto criminoso che - con i fatti - le ha dimostrato la sua volontà di recuperare il rispetto dei valori fondamentali e dei doveri di solidarietà sociale³³ nonché di ricomporre il conflitto³⁴.

Può ben dirsi che si è del tutto e definitivamente ribaltato lo spirito del regolamento penitenziario di Rocco³⁵, in cui il lavoro era considerato una modalità per aggiungere afflizione alla espiazione carceraria. Lo svolgimento di una attività di pubblica utilità, in aggiunta o sostituzione alla pena detentiva, è ormai una delle colonne della rieducazione³⁶, una modalità ‘gradita’ anche alla popolazione detenuta la cui domanda, però, non riesce ad essere coperta dalla offerta³⁷.

5.1. Se si è finora posto l'accento sulla idoneità del lavoro a rispondere alla finalità costituzionale espressa della pena, quella rieducativa, ciò non implica però la sua neutralità rispetto alle altre componenti della complessiva funzione della sanzione penale. Anzi, nella struttura della pena-lavoro possono agevolmente rintracciarsi elementi funzionali sia alle restanti istanze della prevenzione speciale, sia agli obiettivi della prevenzione generale e della retribuzione.

La imposizione di una prestazione lavorativa contiene, senz'altro, una dimensione afflittiva derivante dalla limitazione della libertà personale del condannato, tenuto a subire un condizionamento nelle sue libere scelte di impiego del tempo.

Sebbene si tratti di una sofferenza meno marcata rispetto alla privazione di libertà da scontare in un istituto penitenziario, l'obbligo di lavoro è tuttavia una costrizione che può sufficientemente sostanziare quella dimensione retributiva

³³ La solidarietà sociale che trova direttamente posto in Costituzione si compendia nel principale dei doveri del cittadino, ovvero quello di non commettere reati. Si veda, in argomento, quanto osservato da G. De Vero, *Corso di diritto penale*, Torino 2020, 182: «L'autentica e primaria relazione ravvisabile da un punto di vista costituzionale tra il reato ed il suo (potenziale) autore è che il primo costituisca oggetto di un *dovere inderogabile di astensione* da parte del secondo. Tale dovere è a sua volta agevolmente riconducibile all'ambito dell'art. 2 Cost., risultando sovraordinato ai (o riassuntivo dei) particolari doveri di solidarietà qui richiamati».

³⁴ Su questa fruttuosa biunivoca corrispondenza, v. anche A. Di Martino, *D. lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace. Commento agli artt. 52-59*, in *LP* 2001, parte II, 262;

³⁵ R. D. n. 787 del 1931, “Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena”.

³⁶ Il d. lgs. n. 124 del 2 ottobre 2018 ha introdotto l'art. 20 *ter* nella legge n. 354 del 26 luglio 1975, disciplinando il lavoro di pubblica utilità per i detenuti e gli internati

³⁷ È quanto emerge dal XVIII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione: *Il carcere visto da dentro*, in www.antigone.it.

(purtroppo) necessaria alla collettività per sentire appagata quella esigenza di punizione di ancestrale ma inestirpabile radice.

La capacità del lavoro di pubblica utilità di declinarsi fruttuosamente sotto le desinenze delle altre funzioni della pena deriva dalla tangibilità della sua applicazione che gli permette di sortire l'effetto di intimidazione sia speciale che generale. Il condannato fa esperienza di una afflizione, sia pur di contenuto positivo, e la collettività percepisce la effettività della sanzione, quella certezza della risposta punitiva che, sola, può tranquillizzare i bisogni collettivi di sicurezza e di presenza dello Stato e al contempo distogliere dalla commissione del reato.

Il lavoro diventa dunque un mezzo affidabile e valido di controllo sociale, capace di rispondere ai bisogni punitivi e, al contempo, di condurre verso un punto di sintesi le esigenze di certezza della pena e le istanze rieducative; potrebbe rappresentare la sanzione ideale per larghe fasce di criminalità, soprattutto se l'attività lavorativa viene strutturata in correlazione con la tipologia di illecito commessa dal condannato.

6. Il limite all'applicazione della pena-lavoro discende da una condizione imposta dalla legge: il consenso del condannato.

Si tratta di vincolo "naturale" perché inevitabilmente nessuno può essere materialmente obbligato a compiere un'attività se non decide autonomamente di svolgerla, a meno che non si tratti di "lavori forzati"³⁸. Ben si può, infatti, condannare il soggetto a una condizione passiva, come la detenzione, a prescindere dal suo consenso ma non è possibile condannarlo alla prestazione di una opera attiva. Del resto, se si forzasse l'esecuzione del lavoro, verrebbero meno tutti i benefici appena passati in rassegna dal momento che si introdurrebbe nella sanzione un elemento di inaccettabile violenza contrario sia ai principi costituzionali e a quelli di ogni Stato moderno.

Ci si trova di fronte a due esigenze contrastanti: l'opportunità di estendere l'area applicativa del lavoro di pubblica utilità e, al tempo stesso, la necessità di lasciarne inalterate le potenzialità autenticamente rieducative. Pertanto, nonostante le molte considerazioni che possono essere compiute in ordine alla previsione del consenso, rispetto alla cui obbligatorietà notevoli riserve possono legittimamente avanzarsi, non si ritiene attualmente percorribile la via della eliminazione *tout court* di un riferimento ad esso nella disciplina dell'istituto³⁹.

Le motivazioni più plausibili a favore della necessità del consenso si sganciano, però, dagli aspetti formali - data la non disagevole superabilità logico-normativa del

³⁸ L'art. 1.1 della Convenzione sul lavoro forzato, n. 29 del 1930, del *Bureau International du Travail* stabilisce che gli Stati membri si impegnano «ad abolire nel più breve termine possibile l'impiego del lavoro forzato o obbligatorio in tutte le sue forme», in *www.ilo.org*. All'art. 2.1 si precisa, poi, che: «il termine lavoro forzato o obbligatorio indica ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente». Dal canto suo, l'art. 4.2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 stabilisce che «Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio».

³⁹ Ciò trova piena conferma nella linea seguita dal Governo per la redazione dello Schema di decreto attuativo della legge delega n. 134/2021: v. *infra*, par. 7

divieto di lavoro forzato⁴⁰ - per attenersi a quelli sostanziali direttamente connessi alla funzione rieducativa della pena che non può essere imposta ma solo offerta al condannato che liberamente ne accetterà il percorso. Pertanto, ogni elemento di forzatura minerebbe il potenziale rieducativo della pena/lavoro.

Nemmeno questa considerazione risulta, in verità, insuperabile se si pone l'accento su un aspetto probabilmente più paternalistico ma certo non trascurabile del complessivo assetto operativo della sanzione penale. Se è vero che il processo rieducativo richiede la partecipazione attiva e disponibile del condannato, la mancata accettazione di una sanzione "attiva" determinerebbe un'amplificazione del rifiuto (poiché non si tratterebbe solo di un rifiuto a un *patis* - quale la "semplice" detenzione - bensì di un rifiuto a un *patis-facere* - ossia la sopportazione dello svolgimento di un'attività - quindi, in definitiva, un doppio e più resistente rifiuto), tuttavia il rapporto con una pena intrinsecamente rieducativa (quale si è dimostrato essere il lavoro di pubblica utilità), il contatto con uno strumento che contiene un potenziale alto di recupero per il condannato determina, si potrebbe dire, una relazione forzata con la rieducazione che - conducendo a farne concreta esperienza - potrebbe spingere il condannato a lasciarsi permeare dalla sua efficacia e dal suo obiettivo valore educativo, incomparabilmente superiore a quello di una sanzione carceraria intrinsecamente desocializzante (che, invece, viene ordinariamente imposta senza necessità di previo consenso).

7. Le considerazioni appena condotte relative alla "ridimensionabilità" del ruolo del consenso nella applicazione del lavoro di pubblica utilità sembrano, però, scontrarsi frontalmente con l'assetto tracciato nello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri e che - in materia di consenso - pare addirittura eccedere i limiti della delega, dirigendosi nettamente verso una soluzione ipergarantista ed in parziale controtendenza rispetto al dichiarato obiettivo di "diversificare e rendere più effettive e tempestive le pene"⁴¹.

Invero, anziché minimizzarne l'impatto con riferimento al lavoro di pubblica utilità (la sola sanzione sostitutiva per la quale la legge delega, e prima la Commissione Lattanzi, avesse espressamente previsto l'adesione del condannato), il Governo decide invece di richiedere il consenso anche per le altre sanzioni sostitutive ad esclusione

⁴⁰ Va notato, infatti, che nemmeno i testi convenzionali prima richiamati possono costituire un divieto "assoluto" di prestazione di lavoro senza consenso da parte del condannato, dal momento che si afferma chiaramente in entrambi che non rientra nel concetto di lavoro forzato quel lavoro o servizio richiesto a persona legittimamente condannata, per i quali dunque non è richiesto il consenso (Art. 2.2. Convenzione n. 29/1930; art. 4.3. Convenzione EDU). Ancora, lo stesso art. 23 della Costituzione vieta le prestazioni non imposte dalla legge, confermando di conseguenza che la legge possa invece imporre la prestazione. Da ciò può, argomentarsi che se la prestazione di un *facere* può essere disposta dalla "semplice" legge, *a fortiori* essa possa essere disposta dalla legge penale che, per natura, è abilitata a incidere in maniera profonda sulla libertà personale del soggetto. Infine, basti guardare all'esperienza connessa alla legge n. 102 del 2006, nella quale per i delitti colposi commessi con violazione delle norme del codice della strada il giudice può disporre la sanzione del lavoro di pubblica utilità, in veste di "sanzione amministrativa accessoria, senza bisogno di consenso del condannato.

⁴¹ Così si legge nella *Relazione Illustrativa* allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, 8, in www.gnewsonline.it.

della pena pecuniaria.

Sebbene, infatti, nelle norme principali di modifica al Codice penale e alla legge n. 689 del 1981 (art. 20 *bis* Cp. e art. 53 l. 689/1981) sembri non essere prevista alcuna condizione per l'applicazione delle "pene sostitutive delle pene detentive brevi", la loro disciplina – contenuta nelle nuove norme del codice di rito – rivela, invece, una realtà del tutto differente, caratterizzata da formalità e vincoli stringenti al giudice nell'esercizio del suo potere sostitutivo.

Il nuovo art. 545 *bis* Cpp, nel regolare l'attività di sostituzione della pena ad opera del giudice della cognizione, ne subordina l'esercizio ad una insuperabile condizione che non investe solo il lavoro di pubblica utilità ma si estende anche alle due pene sostitutive più significative (la detenzione domiciliare e la semilibertà): ossia, che l'imputato vi acconsenta personalmente o a mezzo di procuratore speciale⁴².

La previsione normativa lascia quantomeno sorpresi se si tiene conto del fatto che in nessuna parte della delega, né nei lavori della Commissione di studio, né ancora nella pregressa esperienza maturata nel campo delle sanzioni sostitutive o nelle elaborazioni dottrinali in argomento, si rinviene un riferimento all'ampliamento dell'area del consenso quale presupposto della applicazione di sanzioni diverse dal lavoro di pubblica utilità (a sua volta, fondato sulle già esposte esigenze di divieto di lavoro forzato).

Pertanto, dalla espressa indicazione contenuta nella legge delega nella quale si parlava *solo* di "non opposizione"⁴³ del condannato e *solo* in relazione al lavoro-pena, si passa inaspettatamente alla necessità di preventivo, formale e discrezionale consenso del condannato per ciascuna delle sanzioni sostitutive che implicano una immediata incidenza sulla libertà personale.

In più, dalla lettura della relazione di accompagnamento al decreto, emerge una concezione particolarmente rigida del consenso, che oltrepassa evidentemente l'area di significato della mera "non opposizione"⁴⁴ (potendo a questa ben riconoscersi una portata "minima", soddisfatta anche dalla inerzia del condannato) e arriva a diventare equivalente di una rigorosa autorizzazione, un "atto personalissimo dell'imputato, da manifestare in modo esplicito"⁴⁵.

Addirittura, con riferimento all'assenso al lavoro di pubblica utilità, il legislatore delegato si spinge ancora oltre, ritenendo "necessario" che esso assuma delle forme

⁴² Art. 545 *bis* Cpp nel testo provvisoriamente approvato: "Quando è stata applicata una pena detentiva non superiore a quattro anni e non è stata ordinata la sospensione condizionale, subito dopo la lettura del dispositivo ai sensi dell'articolo 545, il giudice, se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva con una o più delle pene sostitutive di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ne dà avviso alle parti. Se l'imputato, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, acconsente alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria, ovvero se può aver luogo la sostituzione con detta pena, il giudice, sentito il pubblico ministero, se non è possibile decidere immediatamente, sospende il processo e i termini fissati per il deposito della motivazione e fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente".

⁴³ Art. 1 co. 17, lett. e della l. 27 settembre 2021, n. 134.

⁴⁴ Si veda, *infra*, par. 8.

⁴⁵ *Relazione Illustrativa*, cit., 255. Espressamente, infatti, qui si afferma che «non è sufficiente un consenso o una "non opposizione" desunta dalla mera inerzia dell'imputato o del suo difensore, in ragione della rilevanza delle conseguenze che gravano sul condannato».

vincolate, “coerenti” a quelle previste per la rinuncia all’impugnazione, facendo leva sul fatto che la condanna al lavoro sostitutivo implica la inappellabilità della sentenza di primo grado. Pertanto, oltre a non bastare la mera inattività dell’imputato, dovrebbero essere necessari la forma scritta, l’indicazione di elementi univoci, particolari modalità di presentazione e trasmissione⁴⁶.

Ancora, la inedita previsione del consenso esplicito anche per l’applicazione delle altre pene sostitutive viene giustificata alla luce di una presunta coerenza sistematica e del rischio di possibili eventuali disparità di trattamento tra chi, condannato a pena non sostituita, potrà presentare istanza di affidamento in prova al servizio sociale e chi, condannato a pena sostituita - data la nuova immediata esecutività della sentenza dovuta alle ricordate ragioni di celerità ed effettività della pena - si vedrebbe privato della stessa possibilità di accesso immediato alla sanzione alternativa.

E non è finita. Secondo la visione del legislatore delegato, all’imputato sarebbe riconosciuta una piena e discrezionale libertà di selezione tra le pene sostitutive alle quali acconsentire, potendo scegliere dal *menu* quelle che preferisce e rifiutare quelle meno apprezzate, così da presentare al giudice una lista di gradimento dalla quale quest’ultimo potrà attingere, se le istanze di rieducazione lo consentono, la pena definitiva da applicare.

Ne viene fuori un sistema sanzionatorio sostitutivo anomalo o quantomeno singolare, che perde i caratteri tradizionali sia delle pene edittali che delle sanzioni sostitutive per acquisire quelli delle misure alternative con le quali è chiaramente ibridato e delle quali costituisce una anticipazione alla fase della cognizione⁴⁷, condizionando in primo luogo l’applicazione della sanzione diversa da quella carceraria alla richiesta (perché in definitiva di richiesta si tratta) del condannato (così come accade per le alternative alla detenzione che partono dalla istanza dell’interessato, poi sottoposta alla valutazione del giudice).

In buona sostanza, emerge un sistema che, più che essere fruttuosamente incentrato sul condannato, appare quasi a lui *assoggettato*, modellato da un legislatore troppo preoccupato di compiacerne ogni sfumatura di volontà, tanto da concepire l’imposizione di vincoli non richiesti al potere sostitutivo del giudice e la sua subalternità rispetto alla volontà dell’imputato. Una sorta di sistematico “patteggiamento” delle sanzioni sostitutive...

Un tale assetto, tuttavia, depotenzia gli obiettivi dichiarati e ribaditi di diversificazione delle pene⁴⁸ restituendo l’immagine di un riformatore timido che, pur

⁴⁶ Si veda l’art. 589 Cpp che, a sua volta, rinvia agli artt. 581, 582 e 583 Cpp per forme e modalità della presentazione della impugnazione.

⁴⁷ Nella *Relazione Illustrativa*, cit., è pacifica la considerazione per cui la riforma realizza una anticipazione dell’alternativa al carcere all’esito del giudizio di cognizione.

⁴⁸ Lo stesso Ministro della Giustizia, aprendo i lavori del IX Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Roma, 19/20 novembre 2021), aveva chiaramente affermato che «l’intervento riformatore delegato al Governo, che ritengo di importanza fondamentale per il sistema sanzionatorio, è quello in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi. [...] È un’importante svolta: pene diverse dal carcere fanno ingresso nel *set* degli strumenti sanzionatori del giudice di cognizione sotto forma di pene sostitutive»: M. Cartabia, *Apertura dei lavori*, in *RIDPP*, Speciale “*Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma*”, n. 1, [La legislazione penale](#)

trovandosi tra le mani un'occasione formidabile di cambiamento, non trova la forza di osare e imporsi (anzi, addirittura, arretra ulteriormente rispetto alle prescrizioni della delega) e perde la *chance* di arricchire autenticamente il catalogo delle pene a disposizione del giudice della cognizione, declinando ancora una volta il sistema delle sanzioni in chiave carcerocentrica.

Difatti, la sanzione carceraria resta l'unica tra quelle direttamente limitative della libertà personale a poter essere disposta al di fuori di schemi consensuali, reiterando così nuovamente le logiche di primazia della prigione nella percezione culturale della risposta al reato.

Le sanzioni sostitutive, quindi, da un punto di vista sistematico non sembrano ricoprire un ruolo migliore e maggiore di quello svolto sinora e la loro più frequente applicazione potrà discendere solo da una positiva volontà di collaborazione dell'imputato, disposto a rispondere favorevolmente all'avviso che il giudice darà alle parti, a seguito della lettura del dispositivo, circa la presenza delle condizioni per sostituire la pena (nuovo art. 545 bis Cpp).

7.1. Pur apprezzando tutte le esigenze di garanzia elencate dal legislatore delegato, si fatica a comprendere l'eccesso di cautela, quasi timoroso, nei confronti del condannato, alla cui volontà il giudice deve sottostare prima di poter decidere circa la sostituzione della pena. Al contrario, si sarebbe potuta condurre una migliore e più convinta "campagna" promozionale dei nuovi strumenti punitivi strettamente agganciata al comando dell'art. 27 co. 3 Cost.

Vero è che l'obiettivo primario dell'attribuzione del potere sostitutivo è il conseguimento della rieducazione, che va rapportato sia all'*an* sia al *quomodo* della sostituzione⁴⁹, e vero è che la finalità rieducativa richiede una partecipazione volontaria e consapevole del condannato, nondimeno sembra che imbrigliare tanto l'esercizio del sostitutivo, "chiedendone il permesso" al condannato, non sia neppure funzionale al raggiungimento dell'obiettivo.

Pertanto, una soluzione differente poteva essere proposta dal legislatore operando su due fronti: uno quantitativo e uno qualitativo. In primo luogo, si sarebbe potuto sfruttare il dato formale della legge delega, non estendendo il consenso alle sanzioni sostitutive diverse dal lavoro di pubblica utilità; in seconda battuta, anche sul fronte della pena-lavoro, se ne sarebbe potuta rivedere l'impostazione, restringendo il più possibile la sua incidenza.

Partendo dalle considerazioni svolte in ordine all'intrinseco valore rieducativo

2022, 202 S.

⁴⁹ La finalità rieducativa quale filo conduttore della sostituzione della pena è chiaramente espressa nel nuovo art. 58 della legge n. 689 del 1981, "Potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive" che, appunto, chiede al giudice di decidere su un duplice fronte: se, in base alla concreta situazione del reo, la pena sostitutiva risulta più idonea alla rieducazione del condannato e alla prevenzione della recidiva rispetto alla pena carceraria classica e quale pena sostitutiva, tra quelle possibili, appare più adatta alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato. In argomento, v. E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 15.

del lavoro di pubblica utilità⁵⁰ e, pur ammettendo che materialmente non possa prescindere dall'adesione del condannato quantomeno nella fase "operativa", una soluzione praticabile per depotenziare la centralità del consenso poteva essere trovata mutandone la collocazione e il ruolo, nella valorizzazione del testo normativo che richiedeva semplicemente la "non opposizione" del condannato.

Di conseguenza, sarebbe potuta mutare la prospettiva per tutte le sanzioni sostitutive e per il lavoro in particolare: prevederle come paradigma generale e di immediata risposta al reato, qualora dall'analisi della situazione concreta il giudice avesse ritenuto utile la loro applicazione in funzione rieducativa, senza previa acquisizione di assenso (o, peggio, di permesso) da parte del condannato.

L'intervento del condannato, senza pregiudizio alcuno per le sue garanzie, si sarebbe potuto collocare in una fase successiva e declinare in una modalità differente, ovvero come non opposizione o, specularmente, dissenso espresso ad una sanzione (soprattutto se si tratta di lavoro) che lo Stato, sulla base di elementi obiettivi e convergenti, ritiene come particolarmente idonea alla rieducazione, contribuendo così a realizzare quel condizionamento *culturale* indispensabile per orientare l'opinione sociale in materia di sanzioni e superare autenticamente la centralità carceraria.

In altri termini, anziché attribuire rilievo dirimente al consenso preventivo del condannato, eccessivamente tutelato nella forma e nel contenuto, si sarebbe potuto senza danno ribaltare la prospettiva: spostare l'attenzione sullo speculare profilo del dissenso e della opposizione e assegnare valore e significato a queste manifestazioni di volontà del reo nella complessiva valutazione della sua rieducabilità.

Impostando lo schema sul rapporto regola (sanzione sostitutiva e, in prima battuta, lavoro di pubblica utilità) – eccezione (dissenso del condannato), si sarebbe fatta comunque salva la volontà del condannato di non subire l'imposizione coatta di una prestazione di *facere* e, al contempo, sarebbe stata evidente la posizione dell'ordinamento, finalmente promotrice di un modello di sanzione davvero alternativa al carcere che - ancorandosi direttamente al dettato dell'art. 27 co. 3 Cost. - mostrasse fondata diffidenza rispetto a chi non volesse accettare l'imposizione di una sanzione intrinsecamente connotata da alto potenziale rieducativo.

Pur nel rispetto delle garanzie, anziché spianare la strada al condannato perché si opponga alla sanzione sostitutiva (e al lavoro in primo luogo), si sarebbe così resa *legittimamente* meno agevole una scelta contraria alla sostituzione, facendo gravare sul reo la responsabilità - quantomeno morale - di un rifiuto esplicito e immotivato (perché non sorretto da valide motivazioni giustificanti) all'applicazione di una sanzione diversa da quella carceraria (e del lavoro in primo luogo).

Una volontà legislativa coraggiosa si sarebbe potuta spingere fino alla inclusione del rifiuto tra gli indici valutabili ai fini della prognosi rieducativa del condannato. Quantomeno avrebbe dovuto avere una conseguenza in termini di positiva valutazione della rieducazione. In altre parole, anziché caricare di formalità il consenso, si sarebbe dovuto caricare di formalità il dissenso, così da sostenere anche simbolicamente, senza nulla stigmatizzare, che va espressa una volontà contraria forte per opporsi

⁵⁰ V. *supra*, parr. 5 e 5.1.

(soprattutto) al lavoro ed (anche) alle altre pene sostitutive.

Con la scelta del legislatore delegato, invece, l'ordinamento rischia di veicolare un messaggio fuorviante, avallando – a dispetto delle intenzioni apparentemente ribadite – la convinzione che la sanzione sostitutiva non sia la via maestra bensì l'*extrema ratio*, da attivare qualora si acquisisca la concessione da parte del condannato, dettagliatamente ed esplicitamente formalizzata.

8. Qualche elemento di riflessione sulla portata e sulla prospettiva del consenso nella prestazione del lavoro di pubblica utilità può essere fornito dalla giurisprudenza formatasi sulla questione relativa alla possibilità per il giudice, nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, di subordinare d'ufficio, in mancanza di esplicito assenso dell'imputato, la sospensione condizionale della pena ad uno degli obblighi previsti dall'art. 165 co. 1 Cp.⁵¹ e, in particolare, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività⁵².

Le pronunce non riguardano direttamente l'imposizione del lavoro di pubblica utilità, bensì la necessità del consenso come presupposto generale del patteggiamento che non può prescindere dall'accordo delle parti, nondimeno le posizioni che emergono nella giurisprudenza di legittimità consentono di trovare spunti utili alla dimostrazione della non imprescindibilità del consenso esplicito e formale per l'applicazione del lavoro-pena e alla valorizzazione di un mutamento di prospettiva rispetto al ruolo dell'adesione del condannato ancorato al concetto di "non opposizione" (il medesimo vincolo che figura nella legge delega).

Si tratta di una questione che, recentemente, ha comportato l'intervento delle Sezioni Unite⁵³, tuttavia, a prescindere dalla soluzione offerta dai giudici che hanno avallato una posizione più restrittiva, quanto è emerso nella elaborazione giurisprudenziale dell'ultimo decennio dimostra che il confinamento del consenso nei suoi limiti minimi della non opposizione presunta è tutt'altro che peregrino.

Sono, infatti, numerose le sentenze nelle quali alla necessità di manifestazione personale ed espressa del consenso da parte del condannato si è preferita una versione "minore" ma non meno garantista, soddisfatta dalla semplice non opposizione desunta implicitamente da fatti concludenti del soggetto⁵⁴.

⁵¹ Sul contenuto della sospensione, A. Della Bella, *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione del sistema delle misure sospensivo-probatorie*, in *RIDPP*, Speciale "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", n. 1, 2022, 205 ss.

⁵² Sul lavoro nell'ambito dell'art. 165 Cp, v. G.L. Gatta, *L'obbligo del lavoro nella sospensione condizionale della pena*, in *CMer* 2006, 329 ss

⁵³ Cass. S.U. 15.6.2022, n. 23400, in www.iusexplorer.it e Cass. 7.10.2021, n. 37698, in www.iusexplorer.it. La questione riguarda la possibilità di ritenere implicito il consenso al lavoro di pubblica utilità nella richiesta di sospensione condizionale della pena avanzata dall'imputato che ne abbia già usufruito, dal momento che, secondo quanto stabilisce il secondo comma dell'art. 165 c.p., il giudice *deve* obbligatoriamente subordinare la concessione della sospensione condizionale a persona che ne abbia già usufruito all'adempimento di uno degli obblighi previsti dal primo comma, tra i quali figura il lavoro di pubblica utilità, se il condannato non si oppone.

⁵⁴ Sui problemi derivanti dalla mancata armonizzazione delle modalità di prestazione del consenso, v. recentemente R. Palavera, *Brevi scorci di orizzonte disseminazione dei contenuti di facere e occasioni di una loro sistematizzazione da parte del legislatore delegato, in attesa di pene prescrittive principali*, in in *RIDPP*, Speciale [La legislazione penale](#)

Così, ad esempio, valorizzando il dato letterale dell'art. 165 Cp - che, identicamente all'art. 1 co. 17 lett. e, della legge delega, parla di "non opposizione" del condannato -, la Sesta sezione della Corte di cassazione attribuisce significato univoco a tale locuzione, escludendo che essa implichi un consenso espresso del condannato e ritenendo soddisfatta la prescrizione normativa dalla semplice mancata manifestazione di un'opposizione, desumibile anche da un comportamento e non necessariamente da un atto personalissimo, formale, esplicito e dettagliato⁵⁵.

Addirittura, la necessaria esplicitazione del consenso in una manifestazione positiva di volontà viene ritenuta - non solo ulteriore ma - perfino in contrasto con il concetto di "non opposizione"⁵⁶, "forzata" rispetto alla lettera della legge⁵⁷.

Quanto appena rilevato risulta particolarmente significativo nella prospettiva che si è provato ad avvalorare nel corso delle riflessioni sinora condotte con l'obiettivo di dimostrare la legittima praticabilità un percorso alternativo a quello intrapreso dal legislatore della riforma, rispettoso del dato normativo e più funzionale a quelle ripetute esigenze di diversificazione del catalogo sanzionatorio e di perseguimento della funzione rieducativa.

9. Le intenzioni della riforma, seppur muovendosi in una dimensione diversa da quella edittale, si presentavano comunque potenzialmente idonee a operare uno svecchiamento del sistema sanzionatorio e un deciso mutamento di passo nella accettazione di strumenti di risposta al reato diversi - nelle intenzioni e nella concretezza - dalla semplice reclusione carceraria.

Il legislatore delegato, però, pur avendo costruito un impianto serio e meritevole di approvazione nella complessiva revisione del processo, delle sanzioni e della giustizia riparativa, è apparso inspiegabilmente restio a sfruttare pienamente l'irripetibile occasione che stava maneggiando, trincerandosi dietro lacci e vincoli non necessari ma soprattutto eccessivi rispetto alla delega che, fornendo un dato lessicale univoco (la "non opposizione" del condannato) e circoscritto (obbligatorio solo per il lavoro di pubblica utilità e non anche per gli altri strumenti sostitutivi), lasciava un margine di manovra ampio nel quale si sarebbe potuta innestare una maggiore audacia riformatrice.

La speranza che si possa davvero uscire da un sistema punitivo angusto e inefficace rimane intatta: ad essa si unisce l'auspicio che ciò possa essere possibile grazie a uno scatto di maturità e responsabilità dei condannati che si lascino persuadere dalla "convenienza" di sanzioni diverse da quella carceraria e soprattutto che vogliano avviare un fruttuoso rapporto di riscatto e accettazione sociale, scegliendo quella che più di ogni altra incarna il prototipo della sanzione "utile" (a se stessi e alla società dalla quale devono essere ri-accettati) per denominazione e per contenuto: il lavoro di pubblica utilità, vero mezzo di promozione individuale e

"Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", n. 1, 2022, 340.

⁵⁵ Cass. 3.3.2021 n. 8535, in www.iusexplorer.it.

⁵⁶ Cass. 20.10.2020 n. 29001, Bonghi, in www.iusexplorer.it.

⁵⁷ Cass. 16.1.2020 n.1665, in www.iusexplorer.it. In questo stesso senso, tra le altre, Cass. 14.4.2020 n. 12079; Cass. 14.4.2017, n. 18712, Marangi; Cass. 14.3.2018 n. 11383, Steiner, tutte in www.iusexplorer.it.

collettiva e fondamento della Repubblica.

ILP