

# SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

**Corso P24020**

*“Alternative al carcere ed esecuzione penale esterna: nuove pene sostitutive, misure alternative alla detenzione e messa alla prova”*

*Napoli, Castel Capuano 21 marzo 2024*

**Marcello Bortolato**

*Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze*

## **LE MISURE ALTERNATIVE, TRA PRASSI, NOVITA' E PROBLEMATICHE RELATIVE ALL'ART. 656 C.P.P. E AI “LIBERI SOSPESI”**

### **1. Premessa.**

Per cominciare vorrei subito porre l'attenzione su quanto debba ritenersi indispensabile aver previsto un corso destinato sia ai giudici di cognizione che ai giudici di sorveglianza volto ad approfondire da diverse prospettive il problema della pena sia nel momento della sua applicazione che in quello della sua esecuzione. La riforma cd 'Cartabia' – tanto sul versante delle pene sostitutive quanto su quello della giustizia restorativa (ma questo è un altro capitolo che oggi non affrontiamo) - rende indispensabile ricorrere allo strumento della formazione come luogo di confronto delle prassi e delle esperienze, sul piano interpretativo e su quello organizzativo. Voglio aggiungere che una formazione comune è tanto più necessaria quanto più sia volta a rimuovere quello 'stigma penitenziario' che esiste soprattutto a livello di magistratura: la differente considerazione cioè che si ha di un piano 'superiore', ove è situato il processo di cognizione, 'figlio prediletto' della giustizia, e i suoi protagonisti, rispetto ad uno 'scantinato' ove è collocata l'esecuzione ed i suoi umili attori.

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

Al giudice di sorveglianza è affidato proprio il compito di essere propulsore della funzione rieducativa della pena e dunque egli guarda al diritto penale concentrandosi sul suo esito finale. Oggi questo sforzo diventa comune al giudice che irroga la pena: egli dovrà ben piantare i piedi nella concretezza di una funzione rieducativa che, se ad alcuni potrà apparire utopica, troverà invece una sua declinazione nella valutazione in fatto del contesto sociale, familiare ed economico del reo, di tutto ciò che lo ha condotto a delinquere.

### **2. I “numeri” dell'area penale esterna**

Venendo ora al tema che più specificamente mi è stato assegnato, e giusto per capire di cosa stiamo parlando quando parliamo delle misure alternative, diamo un po' di numeri.

Alla data del 15.02.24 vi erano 42.080 misure alternative in esecuzione in Italia, di cui 28.909 affidamenti in prova al servizio sociale, 11.995 detenzioni domiciliari e 1176 semilibertà. Di queste 24.695 (pari al 58%) provengono dalla libertà, mentre la restante parte dalla detenzione ovvero da altre misure: in particolare 13.609 (pari al 32,3%) provengono dal carcere.

Alle misure alternative si devono poi aggiungere le sanzioni sostitutive “vecchia legge” (semidetenzione e libertà controllata: 26), le pene sostitutive “Cartabia” (2365), le misure di sicurezza (libertà vigilata: 4858), le sanzioni di comunità (LPU legge stupefacenti e codice della strada e sospensione condizionale della pena: 10737) e, infine, la messa alla prova (26.583), per un totale complessivo di 86.640 soggetti in carico per misure esterne. Se a questo numero sommiamo coloro che si trovano in attesa, quali “liberi sospesi” ex art. 656 co. 5 c.p.p., della decisione del Tribunale di sorveglianza circa il loro destino esecutivo<sup>1</sup>, numero grossomodo pari a 90.000, si ha un’area penale esterna di quasi 180.000 soggetti che a loro volta, sommati al numero dei detenuti attuali (60.924), raggiunge i 237.564 soggetti ricompresi nell’area penale intesa nella sua estensione massima (e si consideri che, a parte il caso della messa alla prova, questo numero non comprende tutti coloro che sono liberi imputati, appellanti o ricorrenti in un processo penale).

### **3. I percorsi alternativi alla pena detentiva: i cc.dd. ‘liberi sospesi’. Inammissibilità, rito cd “semplificato”, istruttoria, prassi applicative.**

Circoscriviamo intanto l’ambito applicativo: di che cosa parliamo quando parliamo di “liberi sospesi”?

Parliamo dei soggetti che sono stati condannati ad una pena detentiva inferiore a 4 anni (o abbiano da espiare un residuo pari o inferiore a 4 anni) e che, con alcune (importanti) esclusioni che sono grossomodo le stesse delle pene sostitutive, all’atto della definitività della sentenza non entrano in carcere e rimangono nello stato libero. Perché ‘sospesi’? Perché attendono in regime di sospensione del titolo che il Tribunale di sorveglianza decida una volta per tutte che cosa fare di loro. Rimangono dunque in una specie di ‘limbo’ destinato a durare talvolta molto a lungo.

E’ un dato di fatto che il procedimento avanti al Tribunale di sorveglianza sconti, per difficoltà operative anche degli altri attori coinvolti ma soprattutto per carenza del personale di magistratura e amministrativo dei ritardi ormai divenuti intollerabili (si pensi che ad amministrare il settore della *probation* ‘in executivis’ vi è solo una sparuta compagine di poco più di 200 magistrati e 26 Tribunali su tutto il territorio nazionale). I numeri parlano chiaro: alla data del 13.12.22 (interrogazione on. Giachetti) vi erano poco più di 90.000 istanze provenienti da ‘liberi sospesi’ non ancora decise dai Tribunali di sorveglianza. Solo questo numero dovrebbe far riflettere sull’urgenza di adottare senza indugio soluzioni ragionevoli, col rischio di un’ormai imminente prescrizione della pena. Ci siamo concentrati in questi anni sul problema della prescrizione del reato non considerando che si pone via via sempre più seriamente anche il tema della prescrizione della pena detentiva. Se anche la fase dell’esecuzione ha una durata irragionevole, il procedimento penale nel suo complesso non può dirsi certo efficiente. Misure alternative concesse a distanza di anni dall’istanza, e dalla sospensione dell’ordine di esecuzione, rappresentano oggi una realtà inaccettabile, sia per ragioni di efficienza del sistema ma, ancor prima, di difesa sociale, di ragionevolezza e di rispetto dei principi costituzionali posto che lo stesso finalismo rieducativo viene compromesso quando la pena viene applicata ad una persona che, per esempio, abbia nel tempo radicalmente mutato i suoi stili di vita o il contesto familiare, sociale ed economico.

---

<sup>1</sup> Si tratta del meccanismo pensato nel 1998 dalla ‘legge Simeone’ per il quale l’ordine di carcerazione viene sospeso dal pubblico ministero e il condannato ha l’onere, entro 30 gg., di rivolgere tramite il PM al Tribunale di sorveglianza un’istanza di applicazione di misura alternativa che sarà, a seconda dei casi (limiti edittali, preclusioni e quant’altro) la semilibertà, la detenzione domiciliare o l’affidamento in prova al servizio sociale.

Vorrei affrontare soltanto alcuni temi: quello della inammissibilità della domanda (per gli effetti gravi che produce), quello del cd “rito semplificato” ex 678 co. 1-ter c.p.p. (che, introdotto nel 2018, avrebbe dovuto concorrere a risolvere il problema dei ritardi nella definizione delle pratiche dei liberi sospesi), e quello delle prassi istruttorie (che riguarda soprattutto il tema dei rapporti con gli UEPE).

Sul primo punto: i casi più frequenti di inammissibilità riguardano la mancata dichiarazione o elezione di domicilio (art. 677 co. 2-bis c.p.p.). Gli effetti sono draconiani: a seguito del decreto di inammissibilità pronunciato dal Presidente del Tribunale di sorveglianza si determina quale conseguenza immediata la carcerazione del libero sospeso. La dichiarazione o elezione di domicilio, per giurisprudenza costante, non ammette equipollenti e può essere fatta anche dal difensore. Segnalo sul punto una recente sentenza della Cassazione (Sez. I, 24.02.23 n. 14009/23, Paun) che, annullando un mio provvedimento di inammissibilità, ha ritenuto sufficiente anche l’elezione di domicilio presso il difensore che tuttavia, contrariamente alla *ratio* della disposizione (v. sul punto Cass. SS.UU. 17.12.09 Mammoliti) - che insta nella necessità di assicurare *ab origine* il rapporto tra il condannato e gli organi giurisdizionali del procedimento di sorveglianza ai fini di una costante verifica dell’andamento e dell’esito delle misure alternative e, soprattutto, nel rendere certa la reperibilità del richiedente ai fini istruttori, indispensabile ai fini degli accertamenti che debbono essere svolti sulla sua condotta - mi lascia perplesso, non consentendo affatto quel collegamento con un luogo determinato e un ambito sociale nel quale disporre la necessaria istruttoria, con il rischio che si perverrà comunque ad un rigetto della misura.

Per quanto riguarda il cd. “rito semplificato” (è il meccanismo previsto dall’art. 678 co. 1-ter c.p.p. per le pene inferiori a 18 mesi), esso non ha sortito gli effetti sperati: il numero dei procedimenti da definire è comunque in aumento anche se è diminuito il numero dei procedimenti “partecipati” (col PG e il difensore) da portare in udienza. I problemi più rilevanti sorgono in tema di esecuzione della misura provvisoria: esistono sostanzialmente due orientamenti. Secondo il primo, la misura concessa in via provvisoria dal magistrato delegato dal Presidente è immediatamente esecutiva, dopo il decorso dei termini per l’opposizione e prima della ratifica da parte del Collegio, e sulla sua “gestione” provvede il magistrato di sorveglianza competente territorialmente (con tutti i problemi che possono sorgere laddove si verificano delle violazioni delle prescrizioni: vi è un Tribunale competente per la revoca oppure il Tribunale originario si limiterà alla non ratifica?). Per un secondo orientamento viceversa (al quale il mio Tribunale aderisce) la misura diviene esecutiva solo dopo la ratifica del Tribunale, benché, per evitare prevedibili equivoci per le parti e per gli organi dell’esecuzione (UEPE e autorità di P.S.), se ne faccia esplicita menzione nel provvedimento stesso, differendo l’esecutività dell’ordinanza alla ratifica da parte del Collegio.

Infine il tema dell’istruttoria. Il buon funzionamento delle misure di comunità si fonda su di un’adeguata raccolta dei dati anamnestici e prognostici che si basa a sua volta su un’indagine socio-familiare da parte dell’UEPE condotta in tempi ragionevoli. Questo come è noto non può avvenire: basti pensare che gli UEPE avevano in carico alla data del 15.02.24 solo per indagini e consulenze per misure alternative, messa alla prova e pene sostitutive 48.725 soggetti cui vanno sommati 86.640 soggetti in carico per esecuzione di misure esterne. Da qui dunque un fiorire di accordi e protocolli in sede locale con i Tribunali di sorveglianza per “omettere” l’indagine sui liberi sospesi per pene inferiori a determinati limiti che vanno dai 6 mesi del Tribunale di sorveglianza di cui sono presidente all’anno e mezzo di altri Tribunali. In tali casi la valutazione del Tribunale o del Magistrato di sorveglianza in sede di rito semplificato si fonda esclusivamente sulla documentazione eventualmente prodotta dall’interessato ovvero sulle informazioni di polizia, sulla lettura della sentenza, sull’esame del certificato penale e di quello dei carichi pendenti.

#### **4. Criteri per la concessione delle misure alternative.**

Il punto fondamentale dal quale partire è da un lato il superamento dell'idea premiale che alle misure alternativa spesso viene connessa, per recuperarne la piena dimensione riabilitativa (propria delle origini)<sup>2</sup>, respingendo ogni strumentalizzazione volta al contenimento quantitativo della detenzione carceraria e, dall'altro, sottrarre le misure alternative (ma lo stesso vale per le pene sostitutive) alla tentazione di esaltarne la componente di controllo.

Anche in questo campo allora credo sia necessario riportare indietro le lancette della storia, ripartendo, nei fatti, dal modello criminologico della "deprivazione sociale" secondo cui la causa della devianza non è il prodotto di una libera scelta individuale ma il frutto di dinamiche socio-ambientali fortemente condizionanti e riaffermare la centralità del trattamento rieducativo individualizzato, secondo cui è necessario muovere dalla ricognizione della personalità del condannato e del suo contesto ambientale di riferimento, cercando di rafforzare le abilità soggettive e di sostenerne le risorse in ambito sociale.

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

Orbene, tutta la giurisprudenza ormai consolidata della Corte di cassazione si colloca nell'ambito di un unico orizzonte: la misura dell'affidamento in prova deve rivelarsi idonea a contribuire alla rieducazione e nel contempo assicurare la prevenzione del pericolo di ricaduta nel reato, sulla linea tracciata dalla stessa dizione del secondo comma dell'art. 47 o.p. In questa ottica scarso se non nullo rilievo devono avere da un lato la gravità del reato e, dall'altro, le eventuali azioni di riparazione già poste in essere (come ad es. il risarcimento del danno), sebbene la misura, implicando obbligatoriamente l'adempimento di alcuni obblighi nei confronti della vittima (come stabilisce in via obbligatoria il comma 7 dell'art. 47 o.p.), può essere concessa solo a chi, nell'ambito dell'osservazione che precede la sua concessione, abbia dimostrato con il suo comportamento (ivi compreso l'atteggiamento di distacco dalle condotte criminose del passato<sup>3</sup>) di poter e voler adempiere a questi obblighi.

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

Veniamo ora al tema dei rapporti tra pene sostitutive e misure alternative.

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

Scopo della legge delega era quello di allineare il limite massimo della pena sostituibile con quello entro il quale in sede di esecuzione può applicarsi una misura alternativa alla detenzione.

Questa scelta comporta tre effetti positivi sul sistema:

- a) influisce sulla sovrappopolazione carceraria se è vero che i detenuti per pene inflitte tra i due e i quattro anni – fino a ieri non sostituibili né sospendibili condizionalmente – sono il 21 % circa dei detenuti complessivi;
- b) consente al giudice di cognizione di applicare pene, diverse da quella detentiva, destinate a essere eseguite immediatamente, dopo la definitività della condanna, senza essere surrogate da misure alternative da parte del tribunale di sorveglianza, ormai quasi sempre, come abbiamo visto, a distanza di troppo tempo dalla condanna stessa.

---

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

<sup>3</sup> E' il tema della cd "revisione critica".

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

Ma sarà veramente così?

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

La scelta di non includere nelle pene sostitutive l'affidamento è peraltro temperata dalla previsione della possibilità di operare la scelta discrezionale di una pena sostitutiva sulla scorta di finalità terapeutiche (v. art. 58 co. 4), in vista cioè delle esigenze di cura e di reinserimento sociale dei condannati affetti da disturbo da uso di alcol, di sostanze o da gioco d'azzardo (previsione, quest'ultima, innovativa anche rispetto all'ordinamento penitenziario e suggerita dalle più recenti acquisizioni scientifiche; cfr. il DSM-5).

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

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

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

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

La valorizzazione invece, tra le pene sostitutive, del lavoro di pubblica utilità, con il quale può essere sostituita la pena detentiva addirittura fino a tre anni, da un lato consente di convertire una pena detentiva con una misura che il Tribunale di sorveglianza non potrebbe applicare (non esiste infatti una corrispondente misura alternativa) e, dall'altro, concorre alla riduzione delle impugnazioni, essendo prevista l'inappellabilità della condanna ai lavori di pubblica utilità anche da parte del PM.

Infine, ciò che dovrebbe indurre l'imputato a consentire fin da subito alla sostituzione della pena detentiva 'breve' è l'obiettivo regime di ridotta afflittività delle pene sostitutive rispetto alle omologhe misure alternative che le renderebbe oltremodo appetibili, oltre alle ragioni 'temporali'.

Rimando sul punto agli artt. 55 e ss. della l. 689/81 novellata:

-per la semilibertà le ore in carcere sono limitate ad otto (quando i programmi dei semiliberi *in executivis* in genere, ma non sempre, appaiono più ristretti);

-per la detenzione domiciliare sono previste soltanto 12 ore di permanenza obbligatoria al domicilio (il che vuol dire che si può restare fuori del domicilio per metà della giornata, quando nella corrispondente misura alternativa le ore di uscita sono generalmente limitate a 4 se non addirittura a 2) e comunque vi è la facoltà di uscire per non meno di 4 ore per soddisfare anche esigenze di natura lavorativa (nel qual caso questa misura si avvicina di molto ad un affidamento in prova);

-si consideri inoltre anche quanto previsto dall'art. 72: l'ipotesi di responsabilità penale per il delitto di evasione è assai più ristretta posto che solo l'assenza per più di 12 ore è punita a titolo di evasione; se il detenuto domiciliare "sostitutivo" si assenta per meno di 12 ore dal domicilio non è punito a differenza di quanto avviene per il soggetto di detenzione domiciliare come misura alternativa;

-la revoca di una misura alternativa non ha effetti preclusivi sull'applicazione di pene sostitutive (ulteriore motivo che dovrebbe indurne la scelta).

La scelta di una pena sostitutiva consente (ma solo per semilibertà e detenzione domiciliare) la possibilità di accedere poi all'affidamento in prova dopo metà della pena espiata (e questo rappresenterà un grosso incentivo soprattutto per la semilibertà sostitutiva) e la concessione anche della liberazione anticipata, posto che l'art. 76 rende applicabile l'art. 47 co. 12-bis o.p. alle pene sostitutive "in quanto compatibili". La riduzione di pena per la liberazione anticipata può in effetti contribuire al successo applicativo delle pene sostitutive, anche in rapporto alla possibilità di anticipare il momento in cui, ai sensi del nuovo art. 47, co. 3 ter l. n. 354/1975, è possibile per il condannato chiedere l'affidamento in prova al servizio sociale. Va osservato infine che la liberazione anticipata non è in ogni caso applicabile ai lavori di pubblica utilità posto che l'esecuzione è affidata al giudice dell'esecuzione, cui questo beneficio è sconosciuto, e non al magistrato di sorveglianza.

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

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

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

---

<sup>4</sup> Anche se mi risulta che alcuni giudici di cognizione abbiano applicato la pena sostitutiva a reati ricompresi nell'art. 4 bis o.p.

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

Segnalo la particolarità della disciplina dell'art. 51-bis o.p. che consente l'estensione di una pena sostitutiva ad un nuovo titolo sopravvenuto. Ci dobbiamo chiedere se questo autorizzi l'estensione di una pena sostitutiva ad un titolo (non "sostitutivo") senza alcun passaggio dal giudice della cognizione e addirittura prescindendo dal consenso dell'interessato. Se cioè la scelta debba essere rimessa al pubblico ministero che trasmette la richiesta al magistrato di sorveglianza e quest'ultimo provveda nella sua piena discrezionalità con possibilità di reclamo avanti al Tribunale di sorveglianza. In questo caso sembra palese l'attrazione dell'intera materia nell'orbita della sorveglianza, anche quanto più propriamente dovrebbe spettare alla magistratura di cognizione.

Quanto invece alla sopravvenienza di una o più pene sostitutive il magistrato di sorveglianza opererà applicando i criteri dell'art. 70 che fissa un principio guida che dovrebbe orientare anche in molti casi controversi: "le pene sostitutive sono sempre eseguite dopo le pene detentive" (art. 70 co. 4). E' questo il tema della compatibilità delle pene sostitutive con le misure alternative, che ripropone quello già postosi molte volte circa la compatibilità tra messa alla prova e misure alternative. Su quest'ultimo punto ritengo che non vi sia incompatibilità in astratto se gli impegni delle due misure penali in atto sono tra loro compatibili: gli impegni della messa alla prova potranno aggiungersi agli obblighi prestazionali ad es. dell'affidamento in prova. Ritengo che una stessa condotta possa infatti essere valutata a scopi diversi senza che vi siano interferenze di sorta: il tempo trascorso in messa alla prova e affidamento in prova potrà essere valutato, a fini diversi, da due diverse autorità giudiziarie e non penso che, trattandosi di titoli diversi, nemmeno vi osti la norma dell'art. 657-bis c.p.p. (in base al quale il PM può, in caso di condanna, detrarre un periodo corrispondente a quello della prova solo parzialmente eseguita).

Diversamente, per le pene sostitutive vi sarebbe un espresso divieto contenuto appunto nell'art. 70 per il quale le pene detentive (e pertanto le misure alternative che ne costituiscono solo una diversa modalità esecutiva) vanno sempre eseguite prima delle pene sostitutive. La disposizione sembra dunque introdurre *ipso iure* un'incompatibilità tra le due misure anche se pongo il tema in maniera problematica perché ad esempio non vedo quale incompatibilità in astratto vi possa essere tra misure alternative e lavori di pubblica utilità.

Particolare è poi il tema dell'esecuzione.

Sul punto nel mio ufficio vi è stata una lunga interlocuzione con la Procura della Repubblica.

A mio giudizio la normativa in esame non affida in alcun modo l'esecuzione delle ordinanze di mera "conferma" e/o "modifica" dei provvedimenti emessi dal giudice della cognizione al magistrato di sorveglianza. L'esecuzione dei provvedimenti della magistratura di merito è infatti curata, per disposizione di carattere generale, "salvo che sia diversamente disposto", sempre dal Pubblico ministero a norma dell'art. 655 c.p.p. E che spetti interamente al Pubblico ministero l'esecuzione di una sentenza di condanna a pena sostitutiva viene confermato dall'art. 62 l. 689/81 (come modificato dal d.lgs. 150/22) che stabilisce già nella fase iniziale della procedura, che "il pubblico ministero trasmette la sentenza al magistrato di sorveglianza...Il provvedimento di esecuzione è notificato *altresì* al difensore nominato per la fase di esecuzione o, in difetto..." (etc...). L'art. 659 c.p.p. inoltre attribuisce al Pubblico ministero l'emissione di un ordine di esecuzione in tutti i casi in cui a seguito di un provvedimento del magistrato di sorveglianza è disposta "la carcerazione o la scarcerazione del condannato". Infine, l'art. 97 DPR 230/00 stabilisce che anche in caso di concessione della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, benché l'ordinanza abbia immediata esecuzione a far data dalla sottoscrizione del verbale delle prescrizioni, tuttavia spetti unicamente al Pubblico ministero "competente per l'esecuzione" la determinazione del "fine pena". Analoga disposizione vige per la detenzione domiciliare ai sensi del

richiamo a tale disposizione operato dall'art. 100 comma 8 DPR 230/00. Ritengo pertanto che l'esecuzione delle pene sostitutive *ex lege* "Cartabia", indipendentemente dai poteri di conferma o modifica delle prescrizioni da parte del Magistrato di sorveglianza, trattandosi di provvedimenti del giudice ordinario di cognizione, spetti integralmente al Pubblico ministero competente per l'esecuzione, ivi compresa – in particolare – la determinazione del "fine pena" (potendo in tali casi operarsi la detrazione dell'eventuale presofferto e quant'altro rilevante in sede esecutiva).

In ordine ai poteri del magistrato di sorveglianza ex art. 678 co. 1-*bis*, quindi *'de plano'* (non in udienza), quest'ultimo deve procedere a quello che ritengo l'atto più importante per la buona riuscita del sistema: la 'verifica' dell'attualità delle prescrizioni che confermerà o, se necessario, modificherà con ordinanza impugnabile avanti allo stesso magistrato ai sensi dell'art. 667 co. 4 cpp. Bisogna porre particolare attenzione a questo intervento della magistratura di sorveglianza, dovendosi essa limitare alla mera attualizzazione delle prescrizioni e non cedere alla tentazione di ricondurre queste ultime agli schemi, talvolta tratteggiati, propri del suo modo di operare nel campo delle misure alternative. Sarà naturale il desiderio di governare la misura (che è e rimane una pena sostitutiva e non una misura alternativa) secondo personali parametri ma credo che qui il magistrato di sorveglianza debba, più che in altre occasioni, soggiacere a quanto ha deciso il giudice della condanna alle cui statuizioni deve adeguarsi. Mi spiego meglio: un irrigidimento a priori delle prescrizioni sarebbe ad esempio irragionevole (come ad es. la riduzione dell'ambito territoriale di movimento), l'aggiunta di una prescrizione non prevista in origine e non necessitata dall'attualizzazione sarebbe a mio giudizio addirittura illegittima anche perché, ad esempio, le prescrizioni cd 'comuni' dell'art. 56-*ter* (tranne quella dell'obbligo di permanenza in ambito regionale) non sono in alcun modo modificabili (art.64, co. 4) anche se mutano le condizioni di fatto. Nel governo di queste pene (ripeto "pene" e non "misure") sarà necessario il rispetto della statuizione giudiziale da un lato e, dall'altro, molto buon senso.

Particolare è la revoca della pena sostitutiva (art. 66): disposta sempre dal magistrato di sorveglianza (e non dal Tribunale) per semilibertà e detenzione domiciliare, senza sospensione cautelativa (importante differenza rispetto al sistema delle misure alternative) e nei casi tassativamente previsti dall'art. 68, in udienza partecipata (art. 666 cpp), così come per il giudice dell'esecuzione quanto ai lavori di pubblica utilità. La revoca preclude per tre anni l'applicazione di altre pene sostitutive, così come la commissione di un delitto non colposo durante la loro esecuzione (è il corrispondente dell'art. 58-*quater* o.p. previsto per le misure alternative). La revoca di una misura alternativa non ha dunque effetti preclusivi sull'applicazione di pene sostitutive (è questa un'ulteriore condizione di 'appetibilità' della scelta delle pene sostitutive) mentre la revoca di una pena sostitutiva sì.

Segnalo qui un problema che può capitare nella pratica e che, anzi, mi risulta sia già capitato: soggetto agli arresti domiciliari nei cui confronti viene disposta una pena sostitutiva; nelle more della decisione del magistrato di sorveglianza il soggetto commette delle violazioni delle prescrizioni o dei reati (ad es. evasione). Che fare? Può il magistrato di sorveglianza limitarsi a non confermare la pena sostitutiva? Non credo: si tratta di un giudicato penale che applica una sanzione che necessariamente andrebbe eseguita. Può revocare la pena sostitutiva ai sensi dell'art. 66? Non credo: non si può revocare una misura che ancora non è stata applicata.

Infine, il differimento della pena sostitutiva nei casi di cui agli artt. 146 e 147 c.p. è disposto dal Tribunale di sorveglianza (richiamo esplicito all'art. 684 c.p.) e, in prima battuta in via cautelare ed urgente, dal magistrato di sorveglianza, ma solo per semilibertà e detenzione domiciliare.

## 7. Conclusioni

Alcune osservazioni finali.

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

Una delle principali criticità che affliggono le misure alternative è, a livello di applicazione giurisprudenziale, la scarsa omogeneità di contenuto delle prescrizioni e ciò a mio parere ha ridotto non poco l'efficacia e la credibilità del sistema complessivo dell'esecuzione penale. Cerchiamo dunque di non reiterare lo stesso errore anche nel campo delle pene sostitutive: esse non dovranno replicare i vizi delle misure alternative ma farne proprie tutte le virtù.

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

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

Questo passaggio della riforma coglie il punto di arrivo di una concezione della pena che si allontana dalla retribuzione pura e semplice: non dunque una pena 'sempre e comunque' che soddisfi esigenze di mera retribuzione (anche nel senso di quella pena 'simbolica' di cui parla Donini) ma una pena 'utile' che svolga compiti rieducativi.