GIUSTIZIA INSIEME

Riforma Cartabia Penale

La legge “Cartabia” tra pene sostitutive e sorveglianza

Il giudice di cognizione diventa finalmente (ma solo se vuole) giudice della pena, oltre che del fatto-reato

di Giovanni Maria Pavarin

2 maggio 2023

La legge 27 settembre 2021, n. 134, che recava 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 stata attuata con il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 (cd. legge “Cartabia”).

Si tratta di un provvedimento di ampio respiro, che apporta rilevanti modifiche al codice penale (artt. 1-3), al codice di rito (artt. 4-40), alle relative norme di attuazione (art. 41), oltre a contenere la disciplina della giustizia riparativa (artt. 42-67) e a disporre ulteriori interventi e modifiche ad alcune leggi speciali (artt. 68-84), tra cui spicca l’intervento effettuato dall’art. 71 in materia di sostituzione delle pene detentive brevi già disciplinate dalla legge 24.11.1981, n. 689.

L’entrata in vigore della riforma è stata fin da subito contrassegnata da svariate manifestazioni di protesta e da numerose contestazioni, anche di ordine tecnico, che hanno acceso l’attenzione dei media su alcuni aspetti particolarmente delicati (si pensi alla polemica di stampa sulle “scarcerazioni per mancanza di querela”, ecc.).

La polemica, per fortuna, non ha però riguardato più di tanto quella parte della riforma che riguarda l’introduzione delle pene sostitutive.

Si tratta per l’appunto di pene sostitutive del carcere, non essendosi trovato il coraggio di introdurle nell’elenco edittale delle pene principali, il cui catalogo (art. 17) è rimasto dunque immutato; si è invece pensato di creare – accanto alle tradizionali “misure alternative” previste dall’ordinamento penitenziario**[1]** – quattro figure di “pene sostitutive”, alle quali è stata però riconosciuta la dignità di essere nominate nel codice penale (art. 20 *bis*).

Si tratta di un’innovazione importantissima (per chi, ben s’intende, saprà coglierne le opportunità: qui serve la duplice concorrente volontà del giudice ed anche del suo imputato, eccezion fatta per la multa sostitutiva), destinata, almeno negli intenti, a cambiare il volto della penalità nel nostro Paese e ad avvicinare la data del processo al momento dell’effettiva esecuzione della sanzione penale, la quale non è né sospendibile condizionalmente (art. 61 *bis* l.n. 689/1981), né assoggettabile al meccanismo sospensivo di cui all’art. 656 c.p.p.**[2]** per il chiaro disposto di cui all’art. 62 l.n. 689/1981.

È con un po’ di rammarico che osservo come l’intento, sostenuto dai fondi del PNRR, di rendere più veloce ed efficiente il processo penale non abbia però riguardato la magistratura di sorveglianza, che opera nel settore dell’esecuzione penale: dai “procedimenti giudiziari” di cui parla la rubrica del decreto legislativo n. 150/2022 è risultato infatti escluso proprio il procedimento di sorveglianza, il quale ha lo scopo di portare a compimento il complesso *iter* processuale che, partendo dalla notizia di reato, non si conclude con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, trovando invece il suo esito naturale nella compiuta espiazione della pena irrogata in cognizione **[3]**.

Della velocizzazione dei procedimenti di sorveglianza, quasi non si trattasse di veri e propri procedimenti giudiziari, il legislatore sembra dunque non essersi preoccupato: il settore della sorveglianza è stato conseguentemente escluso dalla distribuzione delle risorse del PNRR e non ha ricevuto in dotazione le risorse umane destinate alla costituzione dell’ufficio per il processo previsto dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 151, il cui art. 1, 1° comma prevede comunque che tale ufficio si costituisca anche presso gli Uffici e i Tribunali di sorveglianza.

Ennesima dimostrazione – questa – della situazione di vera marginalità del settore della sorveglianza, considerato quasi come la cenerentola del sistema penalistico *stricto sensu* considerato**[4]**.

La conseguenza è che, ammesso e non concesso che i procedimenti giudiziari di cognizione subiscano una spinta acceleratoria grazie alla riforma Cartabia, nulla o quasi è destinato a mutare per i processi di sorveglianza, i quali sono deputati a portare a compimento l’intero *iter*

di cui ho parlato.

Qualcuno potrebbe obiettare che un beneficio, sia pure di riflesso, la sorveglianza avrà nell’immediato futuro per il fatto che, avendo la legge Cartabia attribuito al giudice di cognizione il potere di irrogare le nuove pene sostitutive, il lavoro dei Tribunali di sorveglianza sarà destinato a diminuire.

Osservo però che la nuova legge, oltre a non occuparsi dell’ingente mole di lavoro che schiaccia il settore della sorveglianza, appesantito come noto (oltre al resto) dalla presenza di quasi 100.000 condannati “liberi sospesi”, che restano anche per anni in attesa dell’udienza di sorveglianza, prevede che la gestione *in executivis* delle pene sostitutive gravi comunque (eccezion fatta per il lavoro di pubblica utilità) sui magistrati di sorveglianza.

Altra evidente controindicazione, destinata a limitare gli effetti della riforma sotto il profilo quantitativo (e dunque dello sgravio “a valle” del carico della sorveglianza), deriva dall’impossibilità per il giudice della cognizione di sostituire la pena detentiva con l’affidamento in prova al servizio sociale: appare infatti evidente che l’imputato ben difficilmente sarà indotto a prestare il proprio consenso alle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare ove possa coltivare la ragionevole aspettativa di chiedere e di ottenere dal Tribunale di sorveglianza la più favorevole misura dell’affidamento una volta che il pubblico ministero abbia sospeso l’esecuzione della condanna *ex* art. 656, 5° comma c.p.p. (fanno ovviamente eccezione i reati di cui alla lett. *a)* del 9° comma dell’art. 656 c.p.p. che non siano ricompresi nel catalogo “proibito” di cui all’art. 4 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, i quali non consentono la sospensione dell’esecuzione e rispetto ai quali dunque vi sarà la massima convenienza a prestare senza remore il consenso pur di non finire in carcere).

Se fosse stata accolta la proposta della Commissione Lattanzi, che aveva incluso anche tale misura alternativa tra le pene sostitutive irrogabili in cognizione, sarebbe stato finalmente chiaro a tutti che anche l’affidamento in prova rappresenta una forma di espiazione della pena detentiva, sia pure sostitutiva.

Quanto alla valutazione relativa all’esistenza di apprezzabili *chances* di ottenere tale misura in sede esecutiva, i difensori del Distretto in cui è stata pronunciata la sentenza di condanna, che sono veri *abitués* della sorveglianza, sono generalmente ben informati circa i criteri adottati in materia dai singoli Tribunali di Sorveglianza, e dunque più che in grado di suggerire ai loro assistiti le scelte più convenienti**[5]**.

Faccio però presente che analoga considerazione dovrebbe valere per lo stesso giudice di cognizione: perchè mai questi dovrebbe irrogare la semilibertà sostituiva o la detenzione domiciliare sostitutiva (nel *range* di una pena detentiva tra i tre ed i quattro anni) ove egli ritenga che nel caso di specie il suo imputato appaia fin d’ora meritevole di avere un domani l’affidamento in prova al servizio sociale?

Diverso discorso è ovviamente a farsi ove la pena sostituiva “offerta” sia il lavoro di pubblica utilità, il quale appare certamente misura ben più favorevole rispetto all’affidamento in prova.

Qualcosa di buono per la sorveglianza c’è però anche nel decreto legislativo n. 150/2022.

C’è di buono che i colleghi della cognizione sono chiamati (ovviamente purchè lo vogliano e ne avvertano la predisposizione) a prendere confidenza con pene sostitutive il cui contenuto è quasi esattamente coincidente**[6]** con almeno due delle più importanti misure alternative (semilibertà e detenzione domiciliare) che sono invece il pane quotidiano della sorveglianza.

Non si poteva immaginare nulla di più propizio per l’innesto di un processo osmotico tra due culture tradizionalmente considerate come tra loro antagoniste.

Troppe volte abbiamo sentito ripetere che il settore della sorveglianza è chiamato di fatto a sgretolare il giudicato e a porre nel nulla il lavoro svolto e le risorse impiegate per giungere all’individuazione e alla condanna del colpevole.

Troppe volte si è ripetuto che si tratta di una giurisdizione strabica, che guarda con un occhio di riguardo al reo, disinteressandosi però della posizione delle sue vittime.

Si tratta di diffidenze e di incomprensioni destinate oggi a venir meno.

La distanza, anche culturale, venutasi a creare nei decenni tra cognizione e sorveglianza è oggi chiamata a ricomporsi grazie alla legge Cartabia.

E’ giunto il momento del dialogo e dell’osmosi delle culture, e dunque degli atteggiamenti, se è vero che sarà lo stesso giudice di cognizione a dover rendere “virtuali” i due sostantivi “reclusione ed arresto”**[7]**, trasformandoli egli stesso nelle pene sostitutive volute dalla legge.

Il processo osmotico sarà poi facilitato dalla circostanza che saranno comuni i problemi pratici da affrontare: dalla scarsità delle risorse di cancelleria disponibili**[8]** fino all’insufficienza degli organici degli uffici di esecuzione penale esterna**[9]**.

Ma sono soprattutto i criteri cui il giudice di cognizione dovrà attenersi per decidere la sostituzione della pena detentiva a contribuire alla progressiva assimilazione delle diverse

culture giurisdizionali.

Il novellato art. 58 l.n. 689/1981, richiamati i criteri di cui alla norma-cardine sulla dosimetria della pena (art. 133 c.p.), stabilisce che il giudice possa applicare le pene sostitutive “quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati”.

Rieducazione e special-prevenzione: sono questi i termini oscillatori nei quali si rifugia la clausola legale che si risolve nei fatti in una sorta di delega in bianco fondativa dell’amplissimo potere discrezionale del quale viene oggi a godere il giudice della cognizione.

Si tratta di quello stesso potere da sempre riconosciuto alla magistratura di sorveglianza.

La clausola generalissima è infatti del tutto paragonabile a quella dettata in materia di misure alternative alla detenzione: per l’affidamento in prova al servizio sociale, il 2° comma dell’art. 47 o.p. prevede che esso sia concedibile “nei casi in cui si può ritenere che, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati”; per la detenzione domiciliare: il comma 1 *bis* dell’art. 47 *ter* o.p. dispone che esso sia concedibile “quando non ricorrono i presupposti per l’affidamento in prova servizio sociale e sempre che tale misura sia idonee ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati”; per la semilibertà, il 4° comma dell’art. 50 o.p. prevede che la misura sia disposta “in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società”.

Anche la clausola del “minor sacrificio”, di cui all’art. 58, 2° comma l.n. 689/1981, il quale indica, tra i criteri di scelta possibile, anche quello che predilige la pena sostitutiva che comporti “il minor sacrificio della libertà personale”, trova la sua lontana eco nella norma di ordinamento penitenziario che, in materia di controlli, prevede che essi siano svolti “con modalità tali da recare il minor pregiudizio possibile al processo di reinserimento sociale e la minore interferenza con lo svolgimento di attività lavorative” (art. 58, 3° comma, o.p.).

Un altro importante elemento destinato ad avvicinare, assimilare e compenetrare la giurisdizione esecutiva con quella di cognizione è costituito dal 2° comma dell’art. 545 *bis* c.p.p., che orienta l’attività istruttoria necessaria per la sostituzione della pena detentiva con quella sostitutiva.

La prevista acquisizione presso l’Uepe e le forze dell’ordine di “tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali del soggetto” corrisponde esattamente all’attività istruttoria cui sovrintende la

cancelleria del Tribunale di sorveglianza sui fascicoli contenenti istanze di concessione di misure alternative (vi si aggiungono l’acquisizione dei certificati dei carichi pendenti *ex* art. 60 c.p.p e delle iscrizioni *ex* art. 335 c.p.p.).

C’è dunque da chiedersi se non valesse allora la pena di finalmente decidersi per l’introduzione nel nostro ordinamento del processo bifasico: probabilmente sì, perché se avessimo fatto del Tribunale di sorveglianza un vero e proprio Tribunale “della pena”, destinandogli però un bel pò di risorse per assicurare anche al suo processo il rispetto della ragionevole durata (art. 111, 2° comma Cost.), avremmo risparmiato energie e valorizzato professionalità.

Se forse i tempi non erano ancora maturi per una riforma di tal fatta, ci resta solo da dire

che, fino all’entrata in vigore della legge Cartabia, il magistrato di sorveglianza poteva essere considerato l'ultimo anello della catena in grado di applicare il canone di proporzionalità della pena: canone da applicarsi a quella particolare persona, a quel particolare carcere, a quella particolare sezione, a quella particolare risposta alle offerte trattamentali, usando dunque di un criterio *quam suis.*

Ma lo iato temporale, che a volte dura lunghi anni, tra il momento del processo ed il momento dell’esecuzione rendeva e rende estremamente difficile l’applicazione del canone di proporzionalità: ciò a causa dei mutamenti *medio tempore* eventualmente intervenuti nella persona del condannato.

La discesa in campo anche del giudice della cognizione è oggi in grado di garantire risultati migliori proprio in forza della possibile contiguità tra i due momenti: c’è solo da augurarsi che le difficoltà organizzative, la scarsità delle risorse ed il timore del raddoppio delle udienze non renda sterile la riforma.

Comminare all’imputato giudicato colpevole la pena che gli serve, ritagliata su di lui, e nel momento in cui gli serve, rappresenta la sfida cui oggi è chiamato ogni giudice penale che desideri respirare nel futuro.

Un’ultima osservazione: il successo di questa sfida non potrà prescindere dal nuovo ruolo cui sono chiamati gli avvocati, i quali non solo dovranno saper accompagnare i loro assistiti “in un percorso di seria informazione tecnica, in vista di una scelta approfondita e responsabile, in modo da evitare il rischio di adesioni apparenti o scarsamente consapevoli”**[10]**, ma soprattutto dovranno far emergere tutti gli elementi indispensabili per la costruzione della “pena-

programma”, la più adatta possibile alle esigenze di vita e familiari dell’imputato.

[1] Mi sembra che il termine “misura alternativa” non compaia mai nel codice penale, se non per quanto riguarda la circostanza aggravante comune di cui al n. 11 *quater* dell’art. 61 c.p. (“l’avere il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere”).

[2] L’avvicinamento della data del processo a quella dell’effettiva esecuzione è incentivato, nel caso di giudizio abbreviato, dal disposto dell’art. 442, comma 2 *bis* c.p.p., secondo cui, in caso di mancata proposizione dell’impugnazione da parte dell’imputato o del suo difensore, la pena inflitta è ulteriormente ridotta di 1/6 dal giudice dell’esecuzione.

[3] Va a tal proposito ricordato che la necessità di una visione globale ed unitaria della giurisdizione penale è sottolineata da Corte cost. n. 313/1990, secondo cui “*la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue….deve essere dunque espressamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell’art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per il giudice della cognizione, oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie”.*

[4] Non trovo nulla di più efficace delle espressioni usate a questo proposito da M. Bortolato: “Lo stigma penitenziario è la differente considerazione che si ha di un, ove è situato il processo di cognizione, figlio prediletto della giustizia, e i suoi protagonisti, rispetto ad uno ove è collocata l’esecuzione ed i suoi umili attori. La dicotomia tra fase del giudizio e fase dell’esecuzione sta in buona parte tra la giustizia del processo, ove si concentra ogni attenzione, esempio di sacralità e garantismo, e la pena eseguita, che è quasi un “figlio illegittimo” di cui vergognarsi e che si tenta

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

[5] Non si intende con ciò affermare che la giustizia predittiva**,** che tanta fortuna sta avendo nel campo del diritto civile, specialmente nei settori del lavoro e della previdenza sociale, abbia diritto di cittadinanza anche sul terreno dell’esecuzione penale, in quanto le singole decisioni della magistratura di sorveglianza sono tarate sulla singola persona e sulla sua particolare storia.

[6] Parlo di quasi-coincidenza perché le due pene sostitutive, restrittive della libertà personale, sono state disegnate a maglie assai più larghe di quelle delle corrispondenti figure previste dall’ordinamento penitenziario: la semilibertà sostitutiva, il cui programma di trattamento è predisposto non dal Direttore dell’istituto ma dall’Uepe, è presidiata dalla garanzia (tutelabile *ex* art. 35 *bis* o.p. lo si vedrà) della territorialità ed obbliga a trascorrere in istituto “almeno otto ore al giorno”, lasciando dunque ben 16 ore da riempire con le attività extra-murali di cui al 1° comma del novellato art. 55 l.n. 689/1981; la detenzione domiciliare sostitutiva obbliga a stare in casa non meno di 12 ore al giorno, ed è caratterizzata dal diritto soggettivo perfetto del detenuto domiciliare di uscire “per almeno quattro ore al giorno” (di qui l’incomprimibilità di tale spazio di libertà, siccome appartenente allo statuto della “pena legale”, da parte del magistrato di sorveglianza in sede di modifica delle prescrizioni). Per entrambi gli istituti è poi previsto che non trovi applicazione l’art. 120 del Codice della strada (“Requisiti soggettivi per ottenere il rilascio della patente di guida”). Per il resto, le pene sostitutive trovano una disciplina largamente comune a quella dei corrispondenti istituti di ordinamento penitenziario: ciò in forza dei rinvii disposti dal novellato art. 76 l.n. 689/1981 (liberazione anticipata, estendibilità della pena sostitutiva ai titoli sopravvenuti, disciplina delle pene accessorie e scomputabilità in caso di *mala gestio* dei periodi trascorsi in licenza). Anche il regime prescrittivo obbligatorio (art. 56 *ter* l.n. 689/1981) è praticamente identico a quello che ordinariamente accompagna quasi tutte le misure alternative disciplinate dall’ordinamento penitenziario. Lo stesso dicasi per il sistema

delle preclusioni oggi disciplinato dal novellato art. 59.

[7] In realtà, già nel vigore del previgente testo dell’art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, il giudice della cognizione era dotato di siffatto potere, essendogli consentita la sostituzione delle pene detentive contenute nel limite di due anni con la semidetenzione, la libertà controllata e la pena pecuniaria delle specie corrispondente: tale istituto, specie in relazione alla semidetenzione e alla libertà controllata (che alcuni studiosi hanno considerato aboliti “per desuetudine”), ha però trovato scarsa applicazione nella pratica a causa della perfetta coincidenza tra l’area della concedibilità della sospensione condizionale della pena (due anni) e l’area della sua sostituibilità (due anni).

[8] È facile prevedere che l’art. 545 *bis* c.p.p. (“Condanna a pena sostitutiva”) obbligherà quasi sempre alla duplicazione delle udienze, con relativo incremento sia dei ruoli del giudicante sia del lavoro di cancelleria.

[9] Gli Uffici di esecuzione penale esterna sono oggi chiamati a redigere il programma di trattamento della semilibertà sostitutiva (art. 55, 3° comma, l.n. 689/1981), come pure della detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56, 2° comma, l.n. 689/1981). Ricordo che trattasi di Uffici che, specialmente dopo l’introduzione dell’istituto della messa alla prova, che ne ha distolto l’impegno per circa il 50% a favore dei giudici della cognizione, non sono in grado di riscontrare tutte le richieste di indagini socio-familiari provenienti dalla magistratura di sorveglianza, al punto che quest’ultima si è vista costretta quasi dappertutto a stipulare dei protocolli di intesa che esonerano gli Uepe da tale incombenza nel caso di condanne a pene, anche residue, inferiori ad una determinata soglia (sei mesi, un anno, ed anche più, a seconda delle diverse realtà locali).

[10] Non posso che rimandare a tal proposito all’illuminante contributo di A. Calcaterra: “*Le novità introdotte dalla riforma Cartabia. Le nuove soluzioni sanzionatorie e il rinnovato ruolo dell’avvocatura*”, in Questione Giustizia, 15.2.2023, ove si sottolinea ad esempio l’importanza di alcune informazioni: all’assistito va chiarito che al consenso prestato al lavoro di pubblica utilità consegue l’inappellabilità della sentenza (art. 593, 3° comma c.p.p.); l’assistito va del pari

informato sui tempi di attesa della decisione del Tribunale di sorveglianza in caso di scelta della “strada tradizionale”.