

ISSN 1971-9892

**Per un sindacato “non tardivo” sulle norme
che incidono sulla libertà personale
(uno spunto a prima lettura
di Corte cost., sent. n. 68 del 2026)**

fascicolo
2026/II

CONSULTA ONLINE

MARCO RUOTOLO

8 maggio 2026

MARCO RUOTOLO

Per un sindacato “non tardivo” sulle norme che incidono sulla libertà personale (uno spunto a prima lettura di Corte cost., sent. n. 68 del 2026)

TITLE *For a “timely” judicial review of laws affecting personal freedom*

ABSTRACT L'autore commenta la [sentenza n. 68 del 2026](#) della Corte costituzionale, auspicando ulteriori aperture per un controllo tempestivo sulle leggi che incidano sulla libertà personale.

The author comments on Constitutional [Court's judgment no. 68 of 2026](#), advocating further developments that would allow for the timely judicial review of laws affecting personal freedom.

KEYWORDS Libertà personale; detenzione; controllo di costituzionalità

Personal freedom; detention; constitutional review

AUTHOR Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico - Università degli Studi Roma Tre.





SOMMARIO 1. Premessa. – 2. Sulla specifica ragione che ha indotto la Corte a ritenere rilevante la questione. – 3. Oltre la specifica questione: la proposta di allargare le maglie del sindacato della Corte sulle norme che incidono sulla libertà personale.

1. Premessa

Con la [sent. n. 68 del 2026](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4-*bis*, comma 1-*quater*, dell'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975), che non consente l'accesso ai benefici penitenziari in assenza di un anno di osservazione in carcere, nella parte in cui si applica ai condannati per il delitto di cui all'articolo 609-*quater* del codice penale (atti sessuali con minorenni) cui sia stata riconosciuta la circostanza attenuante ad effetto speciale della minore gravità¹.

Con la dichiarazione di incostituzionalità del suddetto art. 4-*bis*, nella parte sopra specificamente indicata, viene meno, con riguardo alla specifica fattispecie, l'inibizione alla sospensione dell'esecuzione della pena disposta dall'art. 656, comma 9, lett. *a*), cod. proc. pen., con riferimento a tutti i delitti di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Il che determina l'applicazione della regola generale di cui all'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., che prevede la sospensione dell'esecuzione della pena al fine di consentire al condannato di presentare, in stato di libertà, istanza di accesso alle misure alternative, da presentare al tribunale di sorveglianza.

2. Sulla specifica ragione che ha indotto la Corte a ritenere rilevante la questione

La breve osservazione che intendo proporre non riguarda il merito della questione², ma uno spunto che traggono dal respingimento della specifica eccezione di inammissibilità prospettata dall'Avvocatura dello Stato, consistente nel rilievo (riportato nel *Ritenuto in fatto*)

¹ Nel caso oggetto del giudizio *a quo*, la condotta «si è esaurita "in baci e abbracci tra persone legate da uno spontaneo sentimento", a fronte di una differenza di età tra soggetto passivo, allora tredicenne, e autore del reato, all'epoca dei fatti ventenne, non particolarmente rilevante».

² La decisione di accoglimento si fonda sulla violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. La Corte rileva, anzitutto, l'intrinseca irragionevolezza della disciplina, in quanto, a fronte della significativa eterogeneità delle condotte riconducibili alla fattispecie di atti sessuali con minorenni, che il legislatore ha inteso valorizzare attraverso la previsione dell'attenuante della minore gravità, non si può presumere che la pericolosità del condannato sia tale da rendere necessaria tanto l'immediata pena detentiva in carcere, quanto l'impossibilità di accedere a misure alternative prima di un anno. Vi è pure un'evidente disparità di trattamento rispetto al condannato per il reato di violenza sessuale cui sia stata riconosciuta l'analoga attenuante ad effetto speciale della minore gravità, per il quale è invece contemplata la sospensione dell'esecuzione della pena in vista dell'istanza di accesso ai benefici penitenziari e della correlata valutazione del tribunale di sorveglianza. A ciò si aggiunge il rilievo circa l'inutile sacrificio della libertà personale, a discapito del percorso di risocializzazione del condannato e senza offrire un corrispondente beneficio in termini di tutela della collettività.

per cui per una corretta instaurazione della questione sarebbe stato necessario che «il pubblico ministero avesse ordinato l'esecuzione della pena, il condannato l'avesse contestata dinanzi al giudice competente e questi avesse introdotto il giudizio di legittimità costituzionale». In sostanza, stando al rilievo dell'Avvocatura, l'ingresso in carcere sarebbe stato inevitabile in attuazione dell'ordine di esecuzione e la questione avrebbe dovuto semmai essere sollevata successivamente dal tribunale di sorveglianza al quale il detenuto si sarebbe dovuto rivolgere per chiedere l'ammissione alla misura alternativa, al momento preclusa dalla legislazione vigente per il primo anno di pena.

Nel caso di specie, invece, secondo quanto si legge nel *Considerato in diritto* (5.1.), «il pubblico ministero ha ordinato l'esecuzione della pena, ma ne ha poi richiesto la sospensione al Tribunale di Catanzaro, previo promovimento delle odierne questioni di legittimità costituzionale». Il giudice rimettente, quale giudice dell'esecuzione ex art. 666 cod. proc. pen., ha quindi sollevato questione di legittimità costituzionale, accogliendo l'istanza in tal senso formulata dal pubblico ministero. Oltre a ritenere il giudice competente ai fini della remissione, la Corte respinge lo specifico rilievo della difesa erariale che sembrerebbe alludere al fatto che solo il condannato possa chiedere di sollevare in tali casi la questione di legittimità costituzionale, il che equivarrebbe a dire che «il pubblico ministero sarebbe obbligato ad applicare norme di legge che ritiene essere costituzionalmente illegittime – quali quelle che, nel caso di specie, gli vietano di sospendere l'esecuzione della pena – senza neppure poter esprimere i propri dubbi al giudice».

Da quanto si intuisce dalla scarna ricostruzione offerta sul punto, il pubblico ministero ha nella specie emesso sì ordine di esecuzione, ma senza dare corso ad esso in attesa della pronuncia sulla non manifesta infondatezza dell'istanza da lui proposta al Tribunale. Il condivisibile fine di evitare un probabilmente inutile ingresso in carcere del condannato si potrebbe così essere tradotto in una sorta di sostanziale disapplicazione della previsione contestata, che appunto non consente al pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione in presenza di condannati per reati di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario. Lo "stratagemma" sembra essere stato, insomma, quello di non sospendere formalmente l'ordine di esecuzione, ma di chiedere al giudice dell'esecuzione di procedere a ciò, previo promovimento (e, aggiungerei, accoglimento) delle questioni di legittimità costituzionale. Nulla *quaestio*, invece, sull'eventuale anticipazione da parte del giudice *a quo* – con un provvedimento meramente "interinale", destinato a operare sino alla ripresa del giudizio dopo l'incidente di legittimità costituzionale – degli effetti dell'auspicata pronuncia di illegittimità costituzionale della disposizione censurata, in esito alla quale soltanto potrebbe essere accolta la domanda del pubblico ministero, di cui, per la verità, non vi è traccia nella [sent. n. 68 del 2026](#), ma in un precedente, non citato sullo specifico punto, nel quale la Corte aveva sottolineato come il rimettente non si fosse ancora formalmente pronunciato sulla domanda di sospensione proposta dal pubblico ministero, non avendo pertanto esaurito la propria *potestas iudicandi* ([sent. n. 3 del 2023](#)).



3. Oltre la specifica questione: la proposta di allargare le maglie del sindacato della Corte sulle norme che incidono sulla libertà personale

Non intendo soffermarmi sulla correttezza del modo di procedere del pubblico ministero, comunque ispirato al principio del *favor libertatis*, quanto interrogarmi sulla opportunità, o forse meglio necessità, di “anticipare” il tempo del coinvolgimento della Corte costituzionale in tutti quei casi in cui la pronuncia del giudice della cognizione avrebbe come inevitabile effetto l’adozione di un ordine di esecuzione a pena detentiva in carcere, ancorché fondato su norme che presentino profili di possibile incostituzionalità.

Due sono gli elementi fondamentali da considerare: il bene protetto, cioè la libertà personale, il cui sacrificio deve essere sempre il minimo necessario³, con la conseguente configurazione della carcerazione come *extrema ratio*⁴; la necessità di evitare che vi siano zone franche o più propriamente d’ombra nel giudizio di costituzionalità⁵, che in tal caso sembrerebbe poter essere attivato solo dopo aver iniziato ad espiare la pena carceraria, “contestando” eventuali preclusioni normative nell’accesso a misure alternative.

Se l’emissione dell’ordine di esecuzione è un obbligo per la procura competente per territorio, può il giudice della cognizione ritenersi incompetente a rilevare eventuali dubbi di costituzionalità che conseguirebbero all’adozione di una sentenza di condanna, discendenti dal probabile *quantum* di pena comminato o dal tipo di reato commesso? Se si ritenesse che non possa farlo – se la Corte considerasse “prematura” e dunque inammissibile la questione posta – si costringerebbe il condannato ad attendere il momento dell’esecuzione per poter sollecitare il giudice della sorveglianza a proporre il dubbio di costituzionalità o il pubblico ministero a compiere “acrobazie” giuridiche di fatto rinnegando l’ordine da lui stesso emesso

³ Si dovrebbe partire dal principio che ogni restrizione della libertà personale «è da considerarsi *prima facie* illegittima» (G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 113). Il principio è delineato, sia pure in modo parzialmente diverso, nella giurisprudenza con specifico riguardo alla disciplina della custodia cautelare, ove si legge che, «in ossequio al *favor libertatis* che ispira l’art. 13 Cost.», debba «comunque essere scelta la soluzione che comporta il minor sacrificio della libertà personale» ([sent. n. 299 del 2005](#)). Esso trascende, in ogni caso, l’ambito prima richiamato, collocandosi «sul fertile terreno dei principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost., che esigono di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale» ([sent. n. 179 del 2017](#)).

⁴ Sulla specifica esigenza di evitare carcerazioni inutili, sospendendo l’ordine di esecuzione, la Corte costituzionale si è già espressa con diverse pronunce, a partire dall’estensione a chi si trova in stato di libertà della possibilità di accedere all’affidamento in prova, in precedenza riservato solo a chi già stesse espiando la pena detentiva ([sent. n. 569 del 1989](#)). Si vedano, successivamente, le sentenze [n. 41 del 2018](#), [n. 56 del 2021](#) e [n. 3 del 2023](#). Da sottolineare è, ovviamente, la valorizzazione della fase di cognizione come sede di decisione che contribuisca alla sussidiarietà della pena carceraria mediante diretta applicazione delle sanzioni sostitutive, realizzata con la c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 150 del 2022).

⁵ In argomento v. P. ZICCHITTO, *Le “zone” franche del potere legislativo*, Torino, 2017 e, prima, gli Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, raccolti a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007.

per adempiere a un obbligo di legge, in quanto fondato su presupposti probabilmente contrari alla Costituzione.

Ciò può accadere in diverse circostanze – di là da quella oggetto della sentenza in commento – e cioè ogni qual volta vi siano previsioni normative che comportino automatismi o preclusioni tali da rendere inevitabile la carcerazione⁶ ovvero che presentino omissioni irragionevoli che non permettano al giudice di valutare specifiche condizioni che potrebbero consentire, ad esempio, l'applicazione della detenzione domiciliare o dell'affidamento in prova ai servizi sociali, illegittimamente assorbendo la riserva di giurisdizione nella riserva di legge⁷.

Se i giudici della cognizione fossero sensibili a queste argomentazioni e se la Corte costituzionale fosse disponibile a ritenere rilevanti questioni che solo all'apparenza potrebbero essere considerate "premature", si aprirebbe una strada assai più lineare di quella che si è dovuto intraprendere nella decisione in commento, in assenza, peraltro, di una immediata via alternativa per giungere al giudizio di costituzionalità.

La proposta così formulata mi pare si ponga in linea con una giurisprudenza costituzionale sempre più disposta ad allargare le maglie dell'accesso al suo giudizio quando a venire in gioco siano i diritti fondamentali, valorizzando pure la giusta constatazione per cui «anche la proposizione dell'incidente di costituzionalità (...) costituisce espressione del diritto di difesa, in questo caso contro le leggi incostituzionali, e deve pertanto (...) essere ammessa tutte le volte in cui non sussistano vie alternative per farlo valere» ([sent. n. 26 del 1999](#)).

Soprattutto quando a venire in rilievo sia la limitazione della libertà personale, alzare lo scudo del *non possumus* appare in sé intollerabile, tanto più allorché si finisca per pretendere il suo necessario sacrificio al fine di poter proporre una domanda di giustizia costituzionale, ottenendo una risposta probabilmente tardiva e poco utile, quale quella che potrebbe pervenire, ad esempio, all'esito di un incidente proposto dal giudice di sorveglianza adito per ottenere l'accesso alle misure alternative; intervento, che come ha già riconosciuto la stessa Corte costituzionale, rischia di collocarsi, almeno quando la pena da espiare sia breve, dopo che l'interessato ha «ormai interamente o quasi scontato la propria pena» (ancora [sent. n. 3 del 2023](#)). Consentire l'espiazione della pena, sin dall'inizio della sua esecuzione, in un «ambiente più consono» rispetto a quello carcerario può significare favorire il perseguimento del finalismo rieducativo – come la Corte afferma nella sentenza in commento (punto 6.2.3. del *Considerato in diritto*) – nonché, senz'altro, meglio garantire quel

⁶ Proprio nella sentenza in commento (punto 6.2. del *Considerato in diritto*), la Corte ricorda il suo generale orientamento rivolto a «escludere rigidi automatismi in materia di benefici penitenziari».

⁷ L'assenza di una valutazione individualizzata e in concreto sulle condizioni del condannato è stata stigmatizzata dalla Corte in più occasioni, specie a fronte di preclusioni tali da sovvertire la «logica gradualistica sottesa al "principio della progressività trattamentale e flessibilità della pena"», già enucleato nella [sent. n. 504 del 1995](#) e ribadito nella giurisprudenza successiva (si vedano, ad esempio, sentt. [n. 149 del 2018](#), [n. 229 del 2019](#)).



principio di umanizzazione che ne costituisce presupposto nella stessa struttura dell'art. 27, terzo comma, Cost.⁸.

Non credo che l'apertura auspicata costituirebbe una "rottura" delle regole processuali, potendo essere intesa, al contrario, come esito di una lettura costituzionalmente orientata delle stesse, non ingabbiata in astratte simmetrie formali per lo più costruite da una parte della dottrina in base all'interpretazione di una risalente giurisprudenza costituzionale, formatasi in prevalenza in un periodo caratterizzato da un ben più elevato contenzioso in via incidentale⁹.

Sintomatica di un'apertura è, comunque sia, già la stessa sentenza in commento che ammette possa formare oggetto di giudizio non solo la questione relativa alla sospensione dell'ordine di carcerazione (art. 656, comma 9, lett. *a*, cod. proc. pen.), che investe il giudice *a quo*, ma anche quella che condiziona la concessione della misura alternativa alla valutazione positiva dei risultati di un'osservazione intramuraria almeno annuale (art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, dell'ordinamento penitenziario). Se non si rimuovesse quest'ultimo obbligo, il tribunale di sorveglianza non potrebbe mai accogliere l'istanza di misura alternativa, così che la stessa sospensione dell'esecuzione, di competenza del giudice rimettente, sarebbe *inutiliter data* (punto 6.1.3. del *Considerato in diritto*)¹⁰. Il che dovrebbe voler dire che a poter essere censurate non sono soltanto le disposizioni propriamente applicabili nel giudizio *a quo*, ma anche quelle che regolano aspetti consequenziali o comunque connessi alle prime. Qui il ragionamento riguarda il rapporto tra esecuzione e sorveglianza, ma la stessa logica può estendersi alla relazione tra cognizione ed esecuzione,

⁸ Va ricordato che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 vincola anche il giudice della cognizione, ovvero, come ha scritto la Corte nella nota [sent. n. 313 del 1990](#), «vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». Anche in questo caso è particolarmente istruttivo il risalente insegnamento di G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 474, secondo il quale la funzione rieducativa non si esaurisce nella fase esecutiva ma va «riportata anche al momento del giudizio», costituendo limite alla discrezionalità del giudice. Essa rappresenta pure limite negativo per il legislatore – come di nuovo sostiene Amato qualche pagina prima (466) – al quale dovrebbero ritenersi inibite scelte aventi esclusivo fine di prevenzione generale, compiute, ad esempio, stabilendo livelli edittali modulati solo sul loro effetto di deterrenza o, addirittura, cercando di configurare una responsabilità penale in assenza di nesso psichico tra autore e fatto di reato.

⁹ Avevo scritto qualcosa di simile in M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in [Rivista AIC](#), 1/2015, 8.

¹⁰ Ed è significativo che la Corte ritenga possibile la *reductio ad legitimitatem* della disciplina censurata mediante la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del solo art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, ordin. penit. – ossia della previsione che, secondo la difesa erariale, avrebbe potuto essere censurata solo dal tribunale di sorveglianza –, «nella parte in cui si applica ai condannati per il delitto di cui all'art. 609-*quater* del codice penale cui sia stata riconosciuta la circostanza attenuante ad effetto speciale di cui al sesto comma del medesimo art. 609-*quater* cod. pen.». In tal modo, come si è già scritto, venuto meno l'illegittimo divieto di sospensione dell'esecuzione della pena frutto del richiamo, operato dall'art. 656, comma 9, lettera *abis* ordin. penit., trova applicazione la regola generale di cui all'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., che prevede la sospensione dell'esecuzione della pena al fine di consentire al condannato di presentare, in stato di libertà, istanza di accesso alle misure alternative alla detenzione.

per cui, ad esempio, se la quantificazione della condanna determinasse specifiche conseguenze giuridiche, la rilevanza e dunque l'ammissibilità della questione ben potrebbe essere "allargata" alle norme che disciplinano quelle conseguenze.

Non mi pare che vi siano forzature eccessive in questo modo di argomentare e, in ogni caso, «tra una Corte amante del quieto vivere, che spende il suo ingegno a trovare buone motivazioni per non decidere su questioni di grande rilevanza etico-sociale, civile e politica, e una Corte che si sforza – anche eccedendo, talvolta! – di non frustrare l'aspettativa di giustizia di cittadini che ad essa si rivolgono fiduciosi, preferisco nettamente la seconda»¹¹.

Lo ha scritto un grande Maestro del diritto costituzionale, che della Corte è stato Presidente, ed è difficile non condividere, tanto più quando si tratta di auspicare non già un sindacato "anticipato" quanto un controllo "non tardivo" su norme che incidano sulla libertà personale, pregiudicandola nella forma più intensa, quella della detenzione in carcere.

¹¹ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 4/2020, 36.