

QUESTIONI APERTE

Sindacato di legittimità costituzionale/pene sostitutive/detenzione domiciliare

La decisione

Reati e pene - Pene sostitutive - Detenzione domiciliare sostitutiva - Licenze ai condannati alla detenzione domiciliare - Ipotesi di responsabilità penale e revoca

(Art. 71, co. 1 lett. c) d.lgs. 150/2022 nella parte in cui modifica l'art. 56, co. 1 L. 24 novembre 1981, n. 689; art. 71, co. 1 lett. s) d.lgs. 150/2022, nella parte in cui modifica l'art. 69, co. 1 L. 24 novembre 1981, n. 689; art. 71, co.1 lett. v) d.lgs. 150/2022, nella parte in cui modifica l'art. 76, co. 2 L. 24 novembre 1981, n. 689).

Si dubita della legittimità costituzionale della disciplina sulla pena sostitutiva della detenzione domiciliare, in relazione alla durata della permanenza all'interno del domicilio, alle ragioni di allontanamento dallo stesso, alle licenze, e ai presupposti di responsabilità penale e di revoca per violazione delle relative prescrizioni, per violazione del principio di eguaglianza, del principio rieducativo di cui all'art. 27 Cost. e del principio di cui all'art. 76 Cost., che stabilisce a carico del Legislatore delegato l'osservanza dei principi e criteri direttivi della legge-delega.

CORTE APP. BOLOGNA, 9 maggio 2023 (ord. n. 116/2023, pubbl. 20 settembre 2023 n. 38 R.G. Ord.) - DE SIMONE, *Presidente*

Somiglianze e differenze: sollevata questione di legittimità costituzionale sulla disciplina della pena sostitutiva della detenzione domiciliare

Con l'ordinanza n. 116/2023, la Corte d'Appello di Bologna ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione vari profili della disciplina della "nuova" pena sostitutiva della pena sostitutiva domiciliare, ritenendola "illegittimamente" più favorevole di quella oggi prevista per l'omonima misura alternativa alla detenzione. Il contributo esamina le doglianze rimesse alla Corte costituzionale, e, tenendo in considerazione gli obiettivi perseguiti dal Legislatore delegante, cerca di stabilire, se, nel confronto tra i due istituti, debbano prevalere gli aspetti comuni piuttosto che gli elementi differenziali.

Similarities and differences: question of constitutional legitimacy is raised on the regulation of home detention substitutionary punishment.

With Ordinance No. 116/2023, the Court of Appeal of Bologna raised a question of constitutional legitimacy in relation to various profiles of the regulation of the 'new' home detention substitutionary punishment, deeming it 'illegitimately' more favorable than homonym the alternative measure to detention. The paper examines the issues referred to the Constitutional Court, and, taking into consideration the objectives pursued by the Parliament, seeks to establish, whether, in the comparison between the two forms of detention, common aspects rather than differential elements should prevail.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso di specie. - 3. Sulla rilevanza e sull'ammissibilità delle censure sollevate. - 4. I vizi rilevati dal giudice *a quo*. Osservazioni sull'eccesso di delega. - 5 (segue): e sulla violazione degli artt. 3-27 Cost.

1. *Premessa.* La Corte d'Appello di Bologna ha sollevato una questione di legittimità costituzionale su alcuni profili della disciplina introdotta dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 per la pena sostitutiva della detenzione domiciliare.

Si ricorderà che, sulla scorta della legge-delega 27 settembre 2021, n. 134, il Governo aveva ricevuto il compito di ripensare la disciplina delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, per fornire una risposta alternativa alla pena carceraria: l'idea che costituisce uno dei pilastri della riforma "Cartabia" è di iniziare a mettere in discussione la visione "carcerocentrica" che sta alla base del nostro ordinamento¹, così come di molti altri ordinamenti che compongono il quadro della tradizione giuridica occidentale. In questa prospettiva, lo spirito riformatore, tradottosi nel decreto legislativo approvato nell'ottobre dello scorso anno, ha cercato di rivitalizzare le "sanzioni sostitutive" - ora chiamate "pene sostitutive" - di cui alla L. 24 novembre 1981, n. 689, riscrivendo, in maniera significativa, la disciplina di queste misure. Il tentativo di porle al centro del "sistema" o del "comparto" delle sanzioni penali² lo si intravede nel collegamento con la previsione generale contenuta nel nuovo art. 20 *bis* del codice penale, che attribuisce al giudice della cognizione il potere di procedere alla sostituzione della pena.

Per quanto di interesse in questa sede, il legislatore delegante ha tracciato i criteri e i confini per la riforma facendo sostanzialmente propri, nell'ambito dell'iter legislativo che ha portato l'emanazione della delega, gli esiti dei lavori della Commissione Lattanzi. Dall'art. 1, co. 17 d.d.l. 2435.A, che è stato introdotto con emendamenti proprio sulla scorta delle indicazioni ricevute da quella commissione di esperti, si evincono alcuni punti fermi per la revisione del regime sanzionatorio. Questi punti fermi - *rectius* principi per l'esercizio del potere delegato - assumono particolare rilevanza per l'analisi delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici bolognesi.

¹ CARTABIA, *Apertura dei lavori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 200.

² Preferisce parlare di "comparto" sanzionatorio piuttosto che di "sistema", dato il disordine legislativo che affligge la materia, PALAZZO, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 465. Analogamente LATTANZI, A margine della «Riforma Cartabia», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 435, ritiene eufemistico parlare di sistema sanzionatorio, se per "sistema" s'intende «un aggregato sorretto da un disegno razionale».

Al di là dell'espunzione della semidetenzione e della libertà controllata - che, alla luce dei dati statistici, non avevano dato buona prova di sé³ - e del necessario coordinamento della nuova disciplina con l'ambito di applicazione della sospensione condizionale della pena, il Legislatore delegante ha definito i contorni dell'intervento governativo sancendo la necessità di introdurre misure sostitutive - tra cui, appunto, la detenzione domiciliare - e fondando la loro concessione su un doppio giudizio prognostico, ispirato sia alla componente positiva che a quella negativa di quell'idea di "prevenzione speciale" che rappresenta una delle funzioni tipiche della pena: alla lett. c) del comma 17 si legge che le misure sostitutive possono essere applicate soltanto laddove il giudice «ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato» e, allo stesso tempo, «assicurino, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati». Identificata, in maniera incontrovertibile, la funzione di questi istituti nell'esigenza di favorire la prevenzione speciale - e, in particolare, in quella sua accezione che trova espresso riconoscimento a livello costituzionale - si è stabilito che la disciplina di alcune sanzioni sostitutive - cioè, quella della semilibertà e della detenzione domiciliare - dovesse essere mutuata da quella delle omonime misure alternative alla detenzione prevista dalle disposizioni sull'ordinamento penitenziario; questo, però, tenendo ferma una clausola di compatibilità: alla lett. h) del comma 17 è previsto che «per la semilibertà e per la detenzione domiciliare [n.d.r. occorre] mutuare, in quanto compatibile, la disciplina sostanziale e processuale prevista dalla

³ La mancata "fortuna" delle pene sostitutive la si desume le statistiche del Ministero della Giustizia al 31 dicembre 2021: i condannati detenuti per pene inflitte in misura inferiore a quattro anni erano 11.262 su 37.631 (29,9%) e, di questi, 1.173 (10%) stavano scontando una pena fino ad un anno; 2.244 (19,9%) una pena compresa tra un anno e due anni; 3.754 (33%) una pena compresa tra due anni e tre anni; 4.100 (36,4%) una pena compresa tra tre anni e quattro anni. Questi dati andrebbero incrociati con altri sempre di fonte ministeriale, secondo cui, al 15 aprile 2021, in soggetti in carico all'UEPE a titolo di semidetenzione erano 2 e quelli a titolo di libertà controllata erano 104. Nel commentare le statistiche si è formulato l'auspicio che l'introduzione di queste nuove pene sostitutive realizzi una deflazione carceraria, anche alla luce del drammatico record del numero di suicidi in carcere (GATTA, *Alternative al carcere*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di Piergallini-Mannozi-Sotis-Perini-Scoletta- Consulich, Milano, 2023, 1241-1242) Le ragioni di questa ineffettività - prima tra tutte l'intersezione con la disciplina della sospensione condizionale della pena, vennero a suo tempo osservate da DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, 282. Per una compiuta e approfondita analisi della *ratio* primigenia delle pene sostitutive e per una critica alla possibilità stessa di pene detentive di breve durata, si rinvia alle autorevoli osservazioni di GRASSO, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1414 ss.

legge 26 luglio 1975, n. 354, per le omonime misure alternative alla detenzione».

Il Governo, in attuazione della delega, ha modificato radicalmente gli artt. 56, 69 e 72 della L. 689/1981. La prima disposizione, che riguarda, più specificamente, la pena della detenzione domiciliare, ne descrive i contenuti essenziali, consentendo, al ricorrere di determinate esigenze del suo destinatario, l'uscita dal domicilio per un lasso di tempo compreso tra le quattro e le dodici ore giornaliere⁴. Le altre due disposizioni regolamentano alcuni profili comuni alle due pene sostitutive più afflittive: il primo comma dell'art. 69 si riferisce alle licenze di cui i condannati alla semilibertà o alla detenzione domiciliare possono fruire per giustificati motivi (di salute, lavoro, studio, formazione o famiglia), per un periodo non superiore ai quarantacinque giorni all'anno; il primo comma dell'art. 72, invece, pone un presidio all'osservanza delle restrizioni collegate all'applicazione di queste pene sostitutive, prevedendo che risponde del delitto di evasione il condannato che si allontani dal luogo di restrizione (istituto di pena o domicilio, a seconda del tipo di pena sostitutiva), senza giustificato motivo, per più di dodici ore.

Ci si è soffermati su questi tre articoli non soltanto perché concorrono a definire i contenuti essenziali delle pene sostitutive – in particolar modo, della detenzione domiciliare – caratterizzando questa nuova tipologia di sanzioni in funzione del finalismo rieducativo espresso a chiare lettere dal legislatore delegante; ma soprattutto perché, com'è facilmente intuibile, sono queste le disposizioni di legge che formano oggetto della questione di legittimità costituzionale recentemente sollevata dalla Corte d'Appello di Bologna.

2. *Il caso di specie*. Il giudizio incidentale promosso dai giudici bolognesi prende le mosse da un processo in cui l'imputato era stato tratto a giudizio per una serie di fatti di peculato, commessi tra il 2009 e il 2013, che gli erano valsi la condanna, in primo grado, alla pena di nove anni di reclusione. Nel giudizio d'appello era stata avanzata un'istanza di concordato ai sensi dell'art. 599 *bis*

⁴ L'art. 56, co. 1 L. 24 novembre 1981, n. 689 oggi vigente stabilisce che «La detenzione domiciliare sostitutiva comporta l'obbligo di rimanere nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza ovvero in comunità o in case famiglia protette, per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato. In ogni caso, il condannato può lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita e di salute, secondo quanto stabilito dal giudice».

c.p.p. che, sulla scorta dell'accoglimento di alcuni motivi d'appello, avrebbe comportato l'applicazione di una pena pari a quattro anni di reclusione. Congiuntamente, era stata richiesta, secondo la disciplina introdotta dalla riforma "Cartabia", applicabile retroattivamente in quanto *ius superveniens* più favorevole⁵, la sostituzione della pena detentiva con quella della detenzione domiciliare.

La Corte d'Appello, ravvisando i presupposti per l'applicazione della pena sostitutiva, aveva disposto alcuni rinvii del processo per consentire all'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna l'elaborazione del programma di trattamento, secondo quanto stabilito dall'art. 56 L. 689/1981. Nelle more dell'elaborazione di questo programma, i giudici hanno sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 71, co. 1 lett. c), s), v) d.lgs. 150/2022: si tratta delle disposizioni del decreto attuativo della riforma "Cartabia" che hanno modificato, rispettivamente, gli artt. 56, co. 1, 69, co. 1 e 72, co. 1, L. 689/1981, introducendo la disciplina sulla detenzione domiciliare sostitutiva, quella delle connesse licenze e della responsabilità per evasione, cui si è prima fatto riferimento.

Il dubbio di costituzionalità è stato sollevato tenendo in considerazione tre diversi parametri: gli artt. 3, 27 e 76 Cost.

Partendo dall'esposizione del presunto vizio formale, i giudici rimettenti hanno ritenuto che la norma che ha individuato i contenuti essenziali della pena sostitutiva - art. 71, co. 1 lett. c) d.lgs. 150/2022 - nel modificare l'originario disposto dell'art. 56, L. 689/1981 abbia violato i principi ed i criteri direttivi della legge-delega, dando luogo a quel vizio di costituzionalità noto come "eccesso di delega". Il superamento dei limiti posti dal legislatore delegante deriverebbe, in particolare, dal fatto che il Governo si sarebbe discostato dalla prescrizione, contenuta nell'art. 1, co. 17 lett. f) L. 134/2021, di mutuare la disciplina della pena sostitutiva della detenzione domiciliare da quella già prevista nel nostro ordinamento per l'omonima misura alternativa.

⁵. Le linee-guida adottate dal Procuratore Generale presso la stessa Corte d'Appello hanno evidenziato, sulla scorta della disciplina transitoria di cui all'art. 95 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, l'immediata applicabilità delle nuove pene sostitutive, valorizzando il ripensamento della prospettiva carcerocentrica (sono disponibili all'indirizzo www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/1813728/breve+lettura+pene+detentive/a2ce4ba0-df82-4e8b-8347-a1495c67429a). Anche nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 150/2022 si legge: «Le disposizioni che elevano il limite della pena detentiva sostituibile sono più favorevoli al reo e devono essere applicabili retroattivamente, salvo il limite del giudicato (art. 2, co. 4 c.p.)».

Il vigente art. 56 L. 689/1981 in effetti diverge, in termini contenutistici, dagli artt. 47 *ter* e 47 *quinquies* ord. pen.: come si è già detto, la disciplina della pena sostitutiva consente al soggetto sottoposto al regime di restrizione domiciliare di allontanarsi dal domicilio - o da altro luogo di cura o di privata dimora - per un massimo di dodici ore per far fronte a «*comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato*», mentre le disposizioni riguardanti la misura alternativa - “ordinaria” o “speciale” che sia⁶ - attraverso un rinvio alle norme in tema di arresti domiciliari, ammettono allontanamenti dal luogo di restrizione solamente per «indispensabili esigenze di vita» o per far fronte ad «una situazione di assoluta indigenza», e ciò «per il tempo strettamente necessario» a provvedervi.

Questa differenza di disciplina, che testimonia una maggiore afflittività della misura alternativa, viene interpretata come un indebito scostamento dalle direttrici della legge-delega, in considerazione del fatto che la pena sostitutiva non presenterebbe profili di novità tali da giustificare questo tipo di difformità: nell’ottica dei rimettenti, la pena sostitutiva non sarebbe altro che una mera anticipazione della misura alternativa alla detenzione carceraria che, prima della riforma “Cartabia”, poteva essere concessa dalla magistratura di sorveglianza, e che, ora, può essere applicata già nella fase della cognizione per finalità di «deflazione processuale»⁷. Da questa sostanziale “dentità di scopo” la Corte d’Appello ricava l’*intentio legis* del legislatore delegante - che si tradurrebbe nell’obbligo per il legislatore delegato - di mantenere una strettissima

⁶ L’art. 47-*ter*, co. 4, ord. pen., prevede che “Il tribunale di sorveglianza, nel disporre la detenzione domiciliare, ne fissa le modalità secondo quanto stabilito dall’articolo 284 del codice di procedura penale. Determina e impartisce altresì le disposizioni per gli interventi del servizio sociale. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare». L’art. 47-*quinquies*, co. 3, ord. pen., analogamente: «Il tribunale di sorveglianza, nel disporre la detenzione domiciliare speciale, fissa le modalità di attuazione, secondo quanto stabilito dall’articolo 284, comma 2, del codice di procedura penale, precisa il periodo di tempo che la persona può trascorrere all’esterno del proprio domicilio, detta le prescrizioni relative agli interventi del servizio sociale. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la misura. Si applica l’articolo 284, comma 4, del codice di procedura penale».

⁷ Nell’ordinanza si legge: «Tale esigenza [n.d.r. di osservare una strettissima prescrizione di omogeneità], del resto, appare agevolmente comprensibile, poiché il legislatore delegante non ha seguito il modello del legislatore del 1981, che “inventò” sanzioni nuove, *ma ha solo inteso includere, in un’ottica di possibile deflazione processuale*, nelle tipologie di pene a disposizione del giudice della cognizione penale, modalità di espiazione della pena detentiva già rimesse in via esclusiva alla valutazione della magistratura di sorveglianza» (p. 2 dell’ordinanza).

omogeneità tra i due istituti e di derogarvi soltanto in presenza di esigenze “strettamente” connesse alla diversa natura delle due forme di detenzione domiciliare⁸.

L’idea, che sembra fare da sfondo all’argomentazione dei giudici *a quo*, è che la differenza sull’effettiva entità delle restrizioni – che deriva dal tempo che il condannato può trascorrere fuori dal proprio domicilio – non abbia, in realtà, alcuna attinenza con la pur rilevata e indiscutibile diversità strutturale tra le due misure, nel senso che i più ampi spazi di libertà ritagliati dalla pena sostitutiva non sembrano essere strettamente “correlati”, “giustificati” o “mposti” dalla sua “*diversa natura*”.

Sostanzialmente analoga sarebbe la causa dell’eccesso di delega relativo agli interventi sul regime delle licenze e sulla disciplina della responsabilità per evasione: i giudici rimettenti ritengono che, anche sotto questi due profili, il legislatore delegato abbia superato i limiti della L. 134/2021 perché i maggiori spazi di libertà ed i presidi penalistici alla disciplina della pena sostitutiva non troverebbero alcuna giustificazione nella sua “*diversa natura*”⁹.

Tutti questi “disallineamenti”, se considerati nell’ottica di quella che viene descritta come una strettissima “prescrizione di omogeneità” tra le due discipline, oltre a dare adito al vizio di costituzionalità formale, comporterebbero un trattamento differenziato, di favore, privo di ragionevole giustificazione, e, dunque, in contrasto con il principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 Cost.

Forse i giudici *a quo* ritengono che questa irragionevole disparità pregiudichi o possa, in astratto, pregiudicare anche la rieducazione del condannato che vada a beneficiare della sostituzione della pena detentiva, ma si tratta di una speculazione di chi scrive perché nell’ampio apparato argomentativo posto a fondamento della questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici bolognesi non vengono esposte le ragioni per cui è ravvisabile un contrasto con l’art. 27 Cost.

3. *Sulla rilevanza e sull’ammissibilità delle censure sollevate.* Prima di soffermarci sui dubbi di costituzionalità sollevati dalla Corte d’Appello, non riteniamo un fuor d’opera interrogarci sulla ricevibilità di queste censure e sull’ammissibilità del giudizio che si vorrebbe demandare alla Corte Costituzionale. Lo scopo di queste brevi osservazioni preliminari sarebbe non tanto di

⁸ Si v. p. 2 dell’ordinanza.

⁹ *Supra*, n. 8.

delimitare il perimetro delle questioni che la decisione in commento pone – e che verranno comunque analizzate nel merito – ma piuttosto di proporre qualche spunto di riflessione sul valore che criteri di accesso al giudizio di costituzionalità, come la “rilevanza” della questione di legittimità costituzionale, assumono nel sindacato di norme di diritto penale sostanziale e, in particolare, di quelle che potrebbero rilevare come *ius novum* più favorevole.

La rilevanza della questione di legittimità costituzionale ha costituito da sempre un nodo particolarmente problematico: viene vista come un parametro altamente flessibile, in grado di aprirsi ad un ampio ventaglio di possibilità interpretative, che si offrirebbe al Giudice delle leggi come improprio, ma efficace strumento di selezione dei casi da esaminare¹⁰.

Secondo l’impostazione più tradizionale, il requisito ricavabile dal secondo comma dell’art. 23 L. 11 marzo 1953, n. 87 deve essere inteso in termini assolutamente stringenti perché ciò sarebbe imposto dall’indiscutibile natura incidentale del sindacato della Consulta: per fissare il legame bidirezionale che deve sussistere tra il giudizio costituzionale ed il giudizio *a quo*¹¹, la questione di legittimità deve avere ad oggetto disposizioni di legge di cui il giudice debba, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, fare applicazione. Il *pendant* di questa impostazione è che la risoluzione della questione di legittimità costituzionale deve essere in grado di incidere sull’oggetto del giudizio principale¹². Si è fatto ricorso talvolta al concetto di “influenza”¹³ od a quello di “pregiudizialità concreta”¹⁴ per cercare di descrivere meglio questo modo d’intendere la rilevanza, ma, a parte qualche sfumatura semantica, il dato che si è voluto mettere in risalto, da parte di chi ha sostenuto l’approccio più stringente ricorrendo a questi concetti, è che il sindacato della Corte, come meccanismo di garanzia obiettiva che manifesta la natura “concreta” del giudizio di costituzionalità¹⁵,

¹⁰ SCACCIA, *Rilevanza della questione di legittimità e norme penali di favore: una proposta*, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1537.

¹¹ SCACCIA, *Rilevanza della questione di legittimità*, cit., 1539.

¹² In tal senso già Corte cost., 23 ottobre 1968, n. 142, nonché Corte cost., 23 maggio 1985, n. 159 e Corte cost., 20 gennaio 2004, n. 23 (ord.).

¹³ Sull’impiego della categoria dell’“influenza”, in aggiunta a quella della “applicabilità”, RUGGERI-SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 191 ss., nonché BIFULCO, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*, in *Giur. cost.*, 2009, 682.

¹⁴ Evoca da ultimo il concetto di “pregiudizialità” Corte cost., 21 marzo 2019, n. 64.

¹⁵ Cfr. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, 2016, vol. XI, 440-441. In precedenza, sottolineava il circolo concreto-astratto-concreto suggerito dal requisito della rilevanza SILVESTRI, voce *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1994, 147-148.

può essere provocato solamente quando la norma tacciata di aver violato il dettato costituzionale debba “certamente” applicarsi nel giudizio *a quo*¹⁶ o, comunque, costituisca una parte imprescindibile della “premessa maggiore” del ragionamento giudiziale, in grado di influenzarne l’andamento¹⁷, nella misura in cui si ritenga possibile ridurre la complessità di questo vaglio al classico schema sillogistico.

Secondo un altro approccio – che, comunque, ha trovato un certo riscontro nella giurisprudenza costituzionale – il requisito della rilevanza ricorre quando è *possibile* che la norma oggetto di scrutinio trovi applicazione nel giudizio *a quo*¹⁸.

È opportuno dedicare qualche osservazione più approfondita a questo modo d’intendere il concetto, per evitare che le maglie del sindacato di costituzionalità vengano allargate fino a snaturare l’incidentalità del giudizio, che – lo si è già detto – è attestata, in modo incontrovertibile, dal dato normativo.

Quando la Corte, nel descrivere i contenuti di questa accezione della rilevanza, li riassume nella “applicabilità astratta” della disposizione di legge su cui verte il dubbio di costituzionalità¹⁹, intende alludere al fatto che per attivare il suo

¹⁶ Così già Corte cost., 2 giugno 1977, n. 103, nonché, in senso analogo, Corte cost., 6 aprile 1995, n. 108, ove si mette in evidenza il fatto che la rilevanza ricorre quando le disposizioni censurate siano «necessarie per risolvere una o più delle domande prospettate nel giudizio principale».

¹⁷ In tal senso Corte cost., 11 luglio 1984, n. 190, secondo cui “l requisito della rilevanza, secondo il disposto dell’art. 23, L. 11 marzo 1953 n. 87, implica necessariamente che la sollevata questione di legittimità costituzionale abbia nel procedimento a quo un’incidenza attuale e non meramente eventuale. Ed invero, la pregiudizialità della questione medesima, conditio sine qua non ai fini del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, si concreta solo allorché il dubbio investa una norma, dalla cui applicazione, ai fini della definizione del giudizio innanzi a lui pendente, il Giudice a quo dimostri di non poter prescindere». In tempi più recenti, sembra fare propria la stessa accezione di rilevanza, Corte cost., 10 aprile 2013, n. 92, nonché Corte. Cost., 24 novembre 2021, n. 236, considerato in diritto § 7.3, ove si osserva «non si può dubitare della rilevanza delle questioni, giacché essa concerne l’applicazione della disposizione censurata e la pregiudizialità rispetto alla definizione del processo principale (*ex multis*, sentenze n. 85 del 2020, n. 160 del 2019 e n. 105 del 2018)».

¹⁸ Così Corte cost., 20 luglio 1990, n. 344, rispetto a questioni non rientranti nell’ambito della materia penale: «È, infatti, giurisprudenza da tempo consolidata che la rilevanza di una determinata questione va valutata, non già in relazione agli ipotetici vantaggi di cui potrebbero beneficiare le parti in causa, ma, piuttosto, in relazione alla semplice applicabilità nel giudizio a quo della legge di cui si contesta la legittimità costituzionale e, quindi, alla influenza che sotto tale profilo il giudizio di costituzionalità può esercitare su quello dal quale proviene la questione». Di recente evoca la nozione di “applicabilità” Corte cost., 10 luglio 2019, n. 170.

¹⁹ Oppure quando ricorre a nozioni come “influenza”, che sono sostanzialmente analoghe sul piano degli effetti (in tal senso, di recente, Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 19, ove si osserva che «La rilevanza non coincide con l’utilità concreta - per una parte del giudizio a quo - della pronuncia di accoglimento, essendo

sindacato è sufficiente che l'accoglimento della questione - e la declaratoria d'incostituzionalità che ne deriverebbe - possano anche solamente influire sullo schema argomentativo della decisione del giudice a quo, senza, tuttavia mutare gli effetti pratici di essa: quest'accezione "debole" del concetto di rilevanza poggia, in definitiva, sulla differenza tra "effetti giuridici" ed "effetti materiali" che la pronuncia di accoglimento potrebbe dispiegare nel giudizio *a quo*, e porta con sé l'idea, ribadita anche in tempi recenti, che il controllo di legittimità costituzionale vada distinto dagli effetti delle sentenze di accoglimento²⁰.

Non si può dire che uno dei due orientamenti sul concetto di "rilevanza" si sia consolidato a discapito dell'altro, poiché entrambi hanno avuto alterne fortune nella giurisprudenza costituzionale, a dimostrazione della particolare malleabilità del requisito²¹.

Il dato che emerge dall'analisi casistica è che l'annacquamento concettuale, che l'accezione "debole" di rilevanza porta inevitabilmente con sé, è stato sfruttato proprio nella materia penale, per consentire il sindacato sulle norme penali di favore rispetto ai fatti commessi nella loro vigenza (i c.d. *fatti concomitanti*). In questo caso, in cui l'applicazione della norma meno favorevole sarebbe impedita dalla cogenza del principio di irretroattività, non può che adoperarsi la nozione "attenuata" di rilevanza per consentire il vaglio della Corte, posto che l'effetto pratico nel giudizio *a quo* non muterebbe in base all'esito del giudizio incidentale: sia incostituzionale o meno, troverà applicazione ai fatti commessi nella sua vigenza - appunto, i fatti concomitanti - la norma applicabile secondo l'ordinario criterio del *tempus commissi delicti*, che è la più favorevole nel confronto con le altre preesistenti.

L'adozione di questo approccio può dirsi giustificata dalla confluenza di esigenze e principi costituzionali che hanno - si badi, rispetto al giudizio demandato alla Corte - diversi, se non opposti, punti di caduta: da un lato, abbiamo la necessità di evitare zone d'ombra, sottratte al controllo di legittimità

invece sufficiente che essa eserciti un'influenza sul percorso argomentativo del rimettente»; nello stesso senso Corte cost., 28 luglio 2020, n. 179, Corte cost., 20 maggio 2020, n. 95).

²⁰ Corte cost., 16 settembre 1983, n. 148, richiamata da Corte cost., 25 gennaio 2010, n. 28. Successivamente, sempre in tema di sindacato di leggi penali di favore, aderisce a questa distinzione Corte cost., 15 gennaio 2014 (dep.), n. 5.

²¹ Questo dato si trae dall'attenta analisi di NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 409 ss.

costituzionale; dall'altro, quella di garantire l'applicazione di un principio inderogabile - *rectius* l'osservanza di un espresso divieto costituzionale - quale è quello sancito dall'art. 25 co. 2 Cost.²².

Questa confluenza di interessi - e dunque la ragione del ricorso alla nozione di rilevanza "attenuata" e di uno scostamento dall'interpretazione letterale della disposizione - non si riscontra quando si discute dell'applicabilità di norme penali di favore a fatti commessi prima della loro entrata in vigore (i c.d. *fatti pregressi*).

In relazione a questa categoria di ipotesi, la rilevanza viene spesso evocata nella sua accezione di "*pregiudizialità concreta*" proprio perché non vi è alcun motivo di raggiungere soluzioni compromissorie: non abbiamo un'interferenza del principio di irretroattività che, per consentire il sindacato della Corte sulla norma penale di favore, rende necessario il ricorso ad un'accezione più labile del requisito. In casi del genere, dalla definizione della questione incidentale dipende l'applicazione o non applicazione della norma.

La giustificazione di questo tipo di approccio, che - lo si è già detto - è più coerente col dato testuale, può essere duplice.

In generale, può rinvenirsi nella natura incidentale del sindacato della Corte, che, lo si diceva, è incontrovertibile, e conforma l'essenza stessa del giudizio sulla legittimità delle leggi, mettendo in luce l'innesto tra interesse dei singoli e interesse generale dell'ordinamento, che sta alla base del nostro processo costituzionale: nell'assetto definito dalle disposizioni che lo regolano, il sindacato della Corte è articolato secondo il circolo concreto-astratto-concreto, posto che il processo costituzionale prende le mosse da questioni legate ad interessi concreti, si sviluppa nel confronto astratto tra le norme che quegli interessi disciplinano e le norme costituzionali e, infine, si risolve in una pronuncia che, se di accoglimento, è destinata ad avere effetto specifico sul giudizio *a quo* ma anche un effetto generale su tutte le identiche fattispecie regolate dalla norma dichiarata illegittima²³.

Se, poi, si tengono a mente le specificità della materia penale, si potrebbe sostenere, *ad adiuvandum*, che, fino a quando non intervenga la sentenza di accoglimento della questione d'illegittimità costituzionale e, dunque, fintantoché

²² L'inderogabilità di questo divieto - che è coesistente rispetto allo stesso concetto di "stato di diritto" - emerge, tra l'altro, nella giurisprudenza della stessa Corte costituzionale e, in particolare, dall'argomentazione della nota sentenza Corte cost., 11 febbraio 2020, n. 32, considerato in diritto § 4.3.1.

²³ SILVESTRI, voce *Legge*, cit., 148.

non si produca l'effetto dichiarativo che le è tipico, tutti coloro che si trovano in possesso dei requisiti stabiliti per l'applicazione del trattamento più favorevole risultano titolari, non di una semplice aspettativa, ma di un vero e proprio diritto a vedersi applicata quella disposizione²⁴.

Per quanto questo diritto non possa dirsi assoluto²⁵, è un dato che esso abbia un certo rilievo sul piano assiologico e si collochi su un gradino piuttosto elevato nella gerarchia delle fonti. E di questo dato l'interpretazione del requisito della rilevanza non può non tenere conto: la collocazione gerarchica del principio-diritto dovrebbe quantomeno essere considerata nel momento in cui ci si appresta a dettagliare il campo semantico di quel requisito che attesta l'ancoraggio del giudizio di legittimità costituzionale alla dimensione concreta.

Si potrebbe, dunque, dare sostegno all'interpretazione letterale dell'art. 23 L. 87/1953 e connettere la ricevibilità della questione alla effettiva capacità della norma più favorevole, indiziata di incostituzionalità, di impattare sull'esito del giudizio che ha ad oggetto fatti pregressi.

²⁴ Il costituzionalismo multilivello ha avuto un impatto decisivo nel processo di elevazione della retroattività favorevole. Il tema non può essere tratto, per ragioni di concisione espositiva in questa sede. Si consenta il semplice richiamo: alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a partire da CGUE, 3 maggio 2005, Berlusconi e a., C 387/02, C 391/02 e C 403/02, EU:C:2005:270, § 68-69, nonché CGUE, 11 marzo 2008, causa C 420/06, Jager (Racc. pag. I 1315, §59), nonché CGUE, 4 giugno 2009, Mickelsson e Roos (C 142/05, EU:C:2009:336, § 43); CGUE, 28 aprile 2011, causa C 61/11 PPU, El Dridi (Racc. pag. I 3015, §61); ed alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, a partire dal notissimo *revirement* di Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, §108-109, poi seguito da Corte EDU, Gouarré Patte c. Andorra, 12 gennaio 2016, § 32, e da Corte EDU, Jidic c. Romania, 18 febbraio 2020, § 76. Nella giurisprudenza italiana, costituzionale e di legittimità, si segnalano tra le tante, per la loro autorevolezza, Corte cost., 5 dicembre 2019, n. 63, Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, richiamata per il valore delle sue argomentazioni sull'illegalità della pena, da Cass., Sez. un., 13 ottobre 2022, n. 38809. Si segnala anche Cass., Sez. IV, 18 maggio 2021, n. 24897, che dimostrando particolare sensibilità rispetto alla dimensione sovranazionale, in relazione alla tenuta del limite del giudicato, aggiunge: «Nel giudizio in esame, tuttavia, trovandoci ancora in sede di cognizione e non essendoci formato il giudicato, non è necessaria la verifica della tenuta costituzionale e convenzionale del limite posto dall'art. 2 c.p., comma 4, che potrebbe essere oggetto di un ripensamento anche alla luce dei principi affermati da Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 cc. - dep. 07/05/2014, Rv. 258649 - 01 e da Sez. U, n. 34472 del 19/04/2012 Cc. - dep. 10/09/2012, Rv. 252933 - 01, laddove si ritenesse che la mancata applicazione della sopravvenuta *lex mitior*, in assenza di una legittima deroga legislativa, integri sempre una violazione dei principi sovranazionali». In dottrina, sull'impatto del costituzionalismo multilivello nell'evoluzione dei diritti fondamentali, i contributi sono numerosi. Per tutti si rinvia a GRASSO-MAUGERI-SICURELLA, *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale*, Pisa, 2020, *passim*. Aveva avvertito le spinte evolutive del dialogo tra Corti sul tema della retroattività favorevole PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1176.

²⁵ Corte cost., 22 giugno 2011, n. 236, considerato in diritto § 10 e ss.

Questo, ovviamente, non significa dare fondamento a tesi ormai abbandonate ed insostenibili, sul piano giuridico-razionale, come quella dell'insindacabilità delle norme penali di favore, dal momento che non si va a negare la generale ammissibilità di un vaglio della Corte, né tantomeno si finisce per disconoscere che, quando si discute di retroattività *in mitius*, la legge successiva più favorevole deve essere conforme a Costituzione per poter produrre i suoi effetti ed essere applicata a fatti commessi prima della sua entrata in vigore²⁶.

L'unica conseguenza di questa impostazione sarebbe offrire un ulteriore criterio per la scelta tra due soluzioni interpretative - che già comunque è orientata in questi termini nella giurisprudenza costituzionale²⁷ - preferendo quella più coerente, oltre che col dato testuale, anche col generale diritto all'applicazione *retroattiva* del trattamento penale di favore.

Forse, sarebbe più corretto dire che l'esistenza di un'aspettativa qualificata - quella a beneficiare dei ripensamenti legislativi più favorevoli - potrebbe legittimare un cambio di prospettiva nell'approccio all'interpretazione del requisito della rilevanza, per il sindacato delle leggi penali di favore applicabili a fatti pregressi.

La compressione di questo interesse "qualificato" - per descriverlo in modo riduttivo - è senza dubbio legittima quando la disciplina indiziata di incostituzionalità debba *effettivamente* trovare applicazione, cioè quando si corre il rischio che una disposizione di legge in contrasto con la Costituzione possa *effettivamente* ripercuotersi su determinate vicende processuali, indirizzandone gli esiti. Forse non lo è del tutto - o comunque sembra lecito interrogarsi sull'entità della compressione - quando il giudizio venga ancorato alla mera *astratta possibilità* che la norma venga *considerata* dal giudice rimettente. In ciò, d'altra parte, potrebbe riscontrarsi una negazione della "natura concreta" del sindacato di costituzionalità, che è il risvolto di una scelta normativa chiara

²⁶ Si esprime in questi termini la seconda delle due "sentenze gemelle" del 2006 sullo statuto della retroattività della legge penale più favorevole, ossia Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394, considerato in diritto § 6.4: «La *lex mitior* deve risultare, in altre parole, validamente emanata: non soltanto sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta e, in generale, della disciplina delle fonti (v., con riferimento alla mancata conversione di un decreto-legge, sentenza n. 51 del 1985); ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali».

²⁷ Si rinvia all'analisi di Napoleoni che, dopo aver messo in luce la relazione tra elevazione della retroattività favorevole e l'utilizzo di un parametro affievolito di rilevanza, evidenzia, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, numerosi argomenti a sostegno dell'utilizzo di una nozione di "rilevanza-influenza" per i giudizi di costituzionalità che riguardino i c.d. fatti pregressi (NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale*, cit., 435 ss.).

e mai messa in discussione.

Si potrebbe anche sostenere che ricorrere a nozioni diverse dalla “pregiudizialità concreta” in casi del genere può portare con sé il rischio che, non impattando la norma indiziata sul giudizio *a quo*, non vi sia alcun interesse delle parti del giudizio incidentale alla “difesa” della sua costituzionalità; e questo potrebbe ripercuotersi negativamente su tutte quelle categorie di soggetti che si trovano nelle condizioni di beneficiare del trattamento più favorevole, ma che non possono intervenire nello stesso giudizio incidentale, facendo valere le proprie ragioni, per carenza dei presupposti stringenti, previsti per l’intervento (ad esempio, per il fatto che, nonostante la commissione del fatto, ancora non si trovano sottoposti ad alcun procedimento penale in cui invocare la retroattività della nuova disciplina)²⁸.

L’unica ragione per attenuare la natura “concreta” del sindacato di costituzionalità può essere data dalla convergenza di altre esigenze – ad esempio, necessaria applicazione del principio di irretroattività, da un lato, e necessità di evitare zone sottratte al sindacato di costituzionalità, dall’altro, in opposizione – quando questa convergenza renda *indispensabile* ricorrere a soluzioni di più ampio respiro, lontane dal tenore letterale dell’art. 23, co. 2 L. 87/1953²⁹.

Se è consentito affrontare il problema attraverso un confronto tra due diverse interpretazioni dello stesso concetto normativo, si può sintetizzare il cambio di prospettiva suggerito in questo modo: *di regola*, la rilevanza della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una *lex mitior* dovrebbe essere concepita come “pregiudizialità concreta” tra la questione di legittimità costituzionale e gli esiti del giudizio *a quo*, *anche* in considerazione della compresente aspettativa alla fruibilità del trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo; *in via del tutto eccezionale*, quando ciò è imposto dalla convergenza di

²⁸ Da ultimo Corte cost., 29 gennaio 2020, n. 37 (ord.), che ricorda come «Ai sensi dell’art. 4, comma 7, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio. Per costante giurisprudenza costituzionale, nei giudizi in via incidentale è ammissibile l’intervento di soggetti diversi dalle parti del giudizio a quo, dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta regionale quando l’incidenza sulla posizione soggettiva dell’interveniente deve derivare dall’immediato effetto che la pronuncia produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo. (Precedenti citati: ordinanza letta all’udienza del 22 ottobre 2019, allegata alla sentenza n. 253 del 2019, ordinanza letta all’udienza del 4 giugno 2019, allegata alla sentenza n. 206 del 2019, e ordinanza letta all’udienza del 18 giugno 2019, allegata alla sentenza n. 173 del 2019; ordinanza n. 204 del 2019)».

²⁹ Cfr. SCOLETTA, *La “rilevanza” delle questioni di legittimità costituzionale “in malam partem”: il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 118.

altre esigenze di rango costituzionale, si può ricorrere alle accezioni più late del concetto di rilevanza ed astrarre il potere d'intervento riconosciuto alla Corte dalla sua matrice concreta.

Ci siamo soffermati sul tema perché questo modo d'intendere la rilevanza ha una diretta incidenza sull'analisi dell'ordinanza in commento, dal momento che essa riguarda l'applicazione di una disciplina di favore a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Il caso oggetto dell'ordinanza rientra, senza alcun dubbio, nella casistica che suggerisce il ricorso all'accezione "rafforzata" del concetto di rilevanza, proprio perché non c'è quell'esigenza di garantire, a prescindere dall'esito del giudizio incidentale, l'applicazione della norma indiziata di incostituzionalità. E se, dunque, il vaglio sui presupposti del giudizio deve essere condotto adottando l'idea che deve esistere una pregiudizialità concreta tra il dubbio di costituzionalità ed il giudizio *a quo*, allora le questioni poste dalla Corte d'Appello di Bologna in relazione alla disciplina sulle licenze e sulla responsabilità per evasione potrebbero essere considerate irricevibili: un'eventuale risposta ai quesiti della Corte d'Appello non avrebbe alcuna incidenza sulla vicenda sottoposta alla sua cognizione, proprio perché nel giudizio principale non si discute del rilascio di una licenza - competenza della magistratura di sorveglianza - né tantomeno di una possibile responsabilità dell'imputato per violazione delle prescrizioni inerenti alla detenzione domiciliare sostitutiva.

Del resto, non si ricava dall'ordinanza alcuna ragione della rilevanza delle questioni relative a questi profili e già questo sarebbe sufficiente per legittimare una pronuncia di inammissibilità³⁰.

4. *I vizi rilevati dal giudice a quo. Osservazioni sull'eccesso di delega.* Le considerazioni che precedono non ci esonerano dall'esaminare il merito delle questioni poste dai giudici rimettenti.

Il primo vizio che viene dedotto rispetto a tutte le disposizioni di legge è l'eccesso di delega. Secondo i giudici bolognesi, il Legislatore delegato avrebbe avuto il compito di mutuare la disciplina della pena sostitutiva da quella della corrispondente misura alternativa alla detenzione perché la prima costituirebbe

³⁰ Sull'obbligo di motivare specificamente la rilevanza della questione di legittimità costituzionale si segnala Corte cost., 28 maggio 2010, n. 192, nonché Corte cost., 24 aprile 2013, n. § 6. Sul punto MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, in MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 238.

nient'altro che un'anticipazione della seconda, consentita dal Legislatore nella prospettiva di una "possibile deflazione processuale".

Le differenze sugli spazi di libertà concessi al condannato sarebbero illegittime perché non parteciperebbero della - pur riconosciuta - "diversa natura" delle due "sanzioni penali detentive"; e in ciò consisterebbe la violazione del criterio direttivo della legge-delega.

L'ordinanza sembra scontare alcuni contrasti logici, soprattutto nella parte in cui si dubita della legittimità costituzionale della disposizione che definisce i tratti essenziali della pena sostitutiva (il "nuovo" primo comma dell'art. 56 L. 681/1989, come modificato dall'art. 71 lett. c) d.lgs. 150/2022).

Viene assunta, come punto di partenza del ragionamento, la "diversa natura" delle due misure - il che equivale a constatarne la diversa funzione, dato che la "natura" di un istituto è strettamente condizionata dalla sua funzione - e, allo stesso tempo, si sostiene che l'*intentio* del Legislatore delegante sarebbe stata esclusivamente quella di anticipare le modalità di esecuzione della misura alternativa alla fase di cognizione, per ragioni di economia processuale. La contraddizione sembra emergere proprio da questa riflessione: se l'*unica* differenza tra la pena sostitutiva e la misura alternativa riguarda *esclusivamente* il momento in cui ne può essere richiesta l'applicazione e niente di più, è gioco-forza assumere una loro sostanziale identità di funzione, e, dunque, ritenere che esse condividano la medesima natura. Ma una lettura di questo tipo è inammissibile perché contrasta con la - giustamente rilevata - diversità tra i due istituti.

Giustamente rilevata, dagli stessi giudici d'appello, perché, nella prospettiva del legislatore delegante, la diversità tra i due tipi di detenzione domiciliare si trae *inequivocabilmente* dalla clausola di compatibilità inserita all'interno dei criteri della delega: si ricorderà che alla lett. *f*) del comma 17 L. 134/2021 è stabilito la prescrizione «per la semilibertà e per la detenzione domiciliare [n.d.r. di] mutuare, *in quanto compatibile*, la disciplina sostanziale e processuale prevista dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, per le omonime misure alternative alla detenzione».

Restando sul versante dei possibili vizi logici, nell'ordinanza si afferma che la norma che definisce i contenuti della detenzione domiciliare sostitutiva - art. 71 lett. c) del d.lgs. 150/2022 - non sarebbe legittima perché le differenze che essa contempla non sarebbero strettamente giustificate da questa sua "diversa natura".

Già in astratto è difficile immaginare come la norma che definisce i contenuti essenziali di una sanzione penale non sia in grado di incidere sulla sua funzione e, dunque, non contribuisca a descriverne la “natura”³¹. Poi, rispetto al caso di specie e al tipo di sanzione di cui si discute, sembra trasparire in maniera piuttosto netta una connessione tra la sua disciplina, la sua funzione e, in ultima analisi, la sua stessa “natura”.

Riteniamo che a questo punto diventi indispensabile stabilire quali erano le finalità che l’istituto doveva assolvere nella prospettiva del Legislatore delegante, nell’ambito della radicale spinta riformatrice che ha interessato il nostro ordinamento. Stiamo discutendo di una valutazione che riveste una grande importanza per capire se ricorrono gli estremi dell’eccesso di delega: individuare la *ratio* del provvedimento parlamentare è essenziale per interpretare correttamente i suoi principi e i criteri direttivi e, quindi, anche per stabilire se il Legislatore delegato se ne è indebitamente discostato. Nel condurre questo vaglio, si deve necessariamente tenere conto del contesto normativo in cui gli stessi principi e criteri direttivi sono stati inseriti e delle finalità che ispirano complessivamente la delega³².

Come si accennava in premessa, il contesto normativo è quello di una riforma piuttosto estesa del nostro sistema penale, che ha impattato, in modo più o meno pregnante, su alcuni settori significativi del diritto sostanziale e processuale. Data l’ampiezza della riforma “Cartabia”, ci limiteremo a prendere in considerazione il versante che ci interessa, vale a dire la riscrittura del “sistema” delle sanzioni penali.

L’iniziale disegno di legge che ha portato all’emanazione della delega contemplava proposte di modifiche della disciplina delle sanzioni penali piuttosto puntuali: l’art. 9 d.d.l. AC 2435, a firma dell’allora Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede, interessava esclusivamente il ragguglio tra pene pecuniarie e pene

³¹ L’osservazione dei giudici rimettenti travisa l’approccio metodologico, avallato dalla Corte costituzionale, per stabilire l’esatta natura giuridica di determinati istituti, al fine di evitare la c.d. frode delle etichette. Si pensi alla poliedricità dell’istituto della confisca, che assume diversa natura giuridica a seconda dell’oggetto e delle finalità; oggetto e finalità che vengono individuati – ed è questo il dato rilevante – alla luce conformazione legale-astratta, cioè al tipo di misura descritta dalla legge (in questo senso già Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29). Tra le ultime decisioni che ribadiscono quest’orientamento si segnala Corte cost., 24 gennaio 2023, n. 5, secondo cui «La natura delle varie forme di confisca deve essere valutata in relazione alla specifica finalità e allo specifico oggetto di ciascuna di esse, nella consapevolezza della estrema varietà di disciplina e funzioni delle confische previste nell’ordinamento italiano».

³² Tra le tante, Corte cost., 23 febbraio 2007, n. 54, nonché Corte cost. 30 marzo 2012, n. 75, e Corte cost., 4 ottobre 2016, n. 276.

detentive, fissando come unico criterio direttivo la possibilità di rideterminare l'ammontare della pena pecuniaria, per un giorno di pena detentiva, in un importo non superiore a 180 euro. Un breve riferimento alle sanzioni sostitutive, in relazione a questa proposta iniziale, in realtà lo si trova nelle osservazioni che precedono l'articolato, in cui l'abbassamento del tasso di ragguglio viene motivato anche con l'opportunità di agevolare la loro applicazione³³.

Ma il cambio di passo nell'iter legislativo lo si è avuto, senza alcun dubbio, con i lavori della Commissione "Lattanzi", costituita e incaricata, tra l'altro, per l'elaborazione di proposte del sistema sanzionatorio, da inserire tramite emendamenti al d.d.l. AC 2435.

La direzione verso cui si sono mossi i lavori della Commissione è stata chiara sin dall'inizio: le proposte formulate hanno avuto "*l principale ed essenziale scopo di ammodernare il sistema delle sanzioni penali e, più in generale, di adeguare la giustizia penale ad orientamenti europei*"³⁴. La necessità avvertita dalla commissione di esperti è stata di mettere in discussione la visione "carcerocentrica" del nostro sistema penale, attraverso l'individuazione di pene diverse da quella carceraria, che non avessero gli stessi effetti desocializzanti e che, nell'ottica di un realistico reinserimento del condannato nel contesto sociale, privilegiassero un contatto con la comunità³⁵.

In questa prospettiva – segnata dall'affermazione di un vero e proprio principio di "*sussidiarietà della pena detentiva*"³⁶ – è stato proposto un ampliamento dell'ambito di applicazione delle sanzioni sostitutive: la loro estensione ha

³³ Osservazioni di accompagnamento al d.d.l. AC 2435, rubricato "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello", p. 11: «al fine di agevolare l'applicazione delle sanzioni sostitutive, limitare le impugnazioni strumentali e, indirettamente, facilitare l'accesso a riti alternativi quale, in primis, l'applicazione della pena su richiesta di parte, l'articolo 9 del disegno di legge di delega interviene prescrivendo la revisione dei criteri di ragguglio della pena detentiva alla pena pecuniaria, diminuendo l'attuale misura di euro 250 per ogni giorno di pena detentiva, da sostituire con un importo inferiore, determinato comunque in una somma non superiore a euro 180».

³⁴ Così la Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. AC 2435, 24 maggio 2021, p. 5. A tale riguardo, autorevole dottrina evidenzia la necessità di valorizzare il principio della pena detentiva quale *extrema ratio* (FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.sistemapenale.it, 21 giugno 2021, § 3). Sul tema anche GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021, 3.

³⁵ Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. AC 2435, 24 maggio 2021, p. 63.

³⁶ DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *Leg. pen.*, 2021, 3, 241, che richiama un'espressione di Emilio Dolcini.

avuto come dichiarato obiettivo quello di impattare sulle scelte di fondo del comparto sanzionatorio, modernizzandolo³⁷, in modo tale da flessibilizzare la risposta carceraria in tutti i casi in cui ciò fosse possibile, per fare spazio a contenuti risocializzativi³⁸.

Che, in questo processo di civilizzazione della pena³⁹, si prendessero a modello misure già prefigurate come alternative alla detenzione carceraria, era inevitabile⁴⁰; ma questo non vuol dire che, tanto nella prospettiva della commissione “Lattanzi”, quanto in quella invertevasi, dopo gli emendamenti, con l’emanazione della legge-delega, vi dovesse essere tra le pene sostitutive e le misure alternative un rapporto di identità (di natura e di scopo): sin dalle proposte licenziate dalla commissione, nell’enunciazione dei principi e criteri direttivi si rinviene la stessa clausola di compatibilità sulla base della quale è stata poi introdotta la disciplina della nuova pena sostitutiva.

La clausola di compatibilità, come segmento ineliminabile degli stessi principi e criteri direttivi, dovrebbe essere interpretata nell’ottica della finalità complessiva della riforma, cioè sostituire alla detenzione carceraria di durata contenuta⁴¹ sanzioni che, nell’assolvere le stesse eterogenee funzioni tradizionalmente ricollegate alla pena, vengano percepite come più proporzionate, evitando effetti desocializzanti commessi all’ingresso in carcere ed incentivando, allo stesso tempo, il reinserimento del condannato⁴².

Interpretare la clausola di compatibilità tenendo conto delle finalità della legge-delega potrebbe portare alla seguente conclusione: i disallineamenti tra la

³⁷ PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. pen.*, 2021, b, 3.

³⁸ PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale*, cit., 13. In dottrina, era stata evidenziata l’opportunità di introdurre nuove pene edittali in luogo di pene sostitutive, per evitare che la natura surrogatoria di esse vada a convalidare “l primato ideologico della pena carceraria” (così GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 20 gennaio 2022, 15, nonché, in senso analogo, MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, in *Arch. pen. web*, 2021, 2, 3 ss.).

³⁹ PALAZZO, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, cit., 467.

⁴⁰ CARTABIA, *Apertura dei lavori*, cit., 200, considera le misure alternative come un esempio, già esistente nel nostro ordinamento.

⁴¹ Il limite di quattro anni è già fissato tra i criteri direttivi. L’art. 1, co. 17 lett. e) L. 27 settembre 2021, n. 134 stabilisce come criterio direttivo il «prevedere che il giudice, nel pronunciare la sentenza di condanna o la sentenza di applicazione della pena ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, quando ritenga di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di quattro anni, possa sostituire tale pena con quelle della semilibertà o della detenzione domiciliare [...]».

⁴² Cfr. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la riforma impressa dalla Riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2 settembre 2021, *passim*.

disciplina della pena sostitutiva e quella della corrispondente misura alternativa possono ritenersi coerenti con le intenzioni del Legislatore delegante, nella misura in cui siano funzionali al perseguimento del principale obiettivo che lo spirito riformatore, condiviso ed espresso dal provvedimento parlamentare, ha assegnato alle pene sostitutive, cioè mettere in secondo piano il paradigma carcerario a fronte del limitato disvalore penale del fatto accertato in giudizio, applicando misure che nella loro afflittività – e, poi, nel perseguimento delle finalità di prevenzione generale e speciale negativa tipicamente associabili alla pena sostituita⁴³ – incentivino il reinserimento del condannato.

Se questa è la premessa sull'interpretazione della legge-delega, non sembra che le differenze rilevate dai giudici rimettenti possano ritenersi introdotte in violazione dei suoi principi e criteri direttivi. Tutte le disposizioni – a partire da quella che definisce i contorni essenziali della pena sostitutiva assegnando maggiori spazi di libertà al condannato, fino alla disciplina delle licenze e a quella della responsabilità per evasione, che è il *pendant* sul versante di tutela penalistica dell'osservanza delle prescrizioni – non sono altro che espressione di questa maggiore attenzione alla necessità, non di consentire eccezionalmente, in ragione di più stringenti e altre esigenze, un'attenuazione del regime detentivo, ma di *preservare* i contatti tra il condannato e il mondo esterno, nell'ottica di un trattamento che ambisca ad essere non soltanto meno afflittivo, ma autenticamente ispirato alla sua rieducazione.

Il reinserimento sociale assume una tale importanza nella prospettiva del legislatore delegato – e, con ciò, si ha prova della coerenza con le indicazioni poste dal legislatore delegante – da essere espressamente menzionato all'interno del secondo comma dell'art. 56, nella parte in cui si fa riferimento agli obblighi di monitoraggio a carico dell'UEPE: l'Ufficio è tenuto a «prendere in carico il condannato», a «riferire periodicamente sulla sua condotta» e – soprattutto – «sul suo percorso di *reinserimento sociale*».

Si potrebbe obiettare che la misura alternativa della detenzione domiciliare persegue lo stesso obiettivo *primario* della pena sostitutiva, e che, pertanto, i criteri direttivi della legge-delega vadano interpretati nel senso di richiedere la

⁴³ L'art. 58, co. 1 L. 689/1981 espressamente pone a fondamento del giudizio di applicazione della pena sostitutiva anche esigenze connesse alla prevenzione speciale negativa: «Il giudice nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati dall'art. 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, *assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati*».

sostanziale identità di disciplina tra le due tipologie di misure.

Però, un chiaro indice normativo che rafforza l'opposta conclusione lo si rinviene nella clausola di compatibilità che testimonia come, nella prospettiva del legislatore delegante, l'affinità tra i due istituti *non* equivalga a necessaria identità di disciplina. In questa prospettiva, l'utilizzo della clausola può essere letto come il tentativo ulteriore di ribadire la diversità di scopo tra le due forme di detenzione domiciliare; diversità che, comunque, si poteva ricavare da un confronto tra la preesistente disciplina della misura alternativa e quella, che nell'essenzialità connaturata al tipo di provvedimento, si poteva dedurre già dalla legge-delega, per la pena sostitutiva.

La misura alternativa della detenzione domiciliare – nelle sue molteplici sfaccettature, connesse alle peculiari categorie di soggetti a cui si applica, e che, evidentemente, non presenta la stessa vocazione della pena sostitutiva ad una applicazione generalizzata⁴⁴ – aveva e ha, nel senso di aver mantenuto immutato anche dopo la riforma “Cartabia”, lo scopo *prioritario* di *umanizzare* il trattamento sanzionatorio, nelle diverse forme in cui il concetto di “umanizzazione” può essere declinato⁴⁵.

Ad esempio, lo scopo *primario* della detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47 *quinquies* ord. pen., è di garantire l'affettività del minore attraverso un regime di detenzione attenuata, che consenta alla madre di assisterlo nel proprio percorso di crescita⁴⁶; le ipotesi di detenzione domiciliare descritte

⁴⁴ Si fa riferimento a tutte le fattispecie, tra loro autonome, di detenzione domiciliare previste dai vari commi degli artt. 47-ter e ss. ord. pen.

⁴⁵ Di recente, per tutti, DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, passim. All'indomani dell'introduzione nel nostro ordinamento della detenzione domiciliare, Corte cost., 24 maggio 1996, n. 165, secondo cui «La detenzione domiciliare – introdotta nell'ordinamento penitenziario, tra le misure alternative alla detenzione, con finalità essenzialmente umanitaria ed assistenziale attraverso la l. 10 ottobre 1986 n. 663 (che ha aggiunto, fra l'altro, l'art. 47 ter alla l. penitenziaria 26 luglio 1975 n. 354) e successivamente estesa, quando a condizioni di applicabilità dall'art. 3 d.l. 14 giugno 1993 n. 187, convertito dalla l. 12 agosto 1993 n. 296 – tende a permettere, in considerazione di talune condizioni soggettive del condannato, ed in collegamento con obiettivi elementi attinenti all'entità della pena da scontare e, in taluni casi, al tipo di reato cui la condanna si riferisce, una modalità meno afflittiva di esecuzione della pena, senza particolari finalità rieducative, che non siano quelle collegabili all'esclusione del regime carcerario, e non senza un generico fine di deflazione della popolazione carceraria, nonché con una funzione premiale o di protezione dei condannati». In senso analogo, nella giurisprudenza successiva Corte cost., 13 giugno 1997, n. 173.

⁴⁶ In tal senso Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76, che, nel dichiarare costituzionalmente illegittima la preclusione all'accesso alla misura alternativa da parte delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4 *bis*, ha messo in luce come lo *scopo primario* della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 *quinquies* è «consentire l'instaurazione, tra madri detenute e figli in tenera età, di un rapporto quanto più

dall'art 47 *ter* co. 1 e dell'art. 47 *quater* ord. pen. hanno obiettivi diversi a seconda delle rispettive sotto-categorie di destinatari, ma sono tutte latamente riconducibili ad un'ottica assistenziale, così come la detenzione domiciliare prevista per gli ultrasessantenni è preposta a garantire la cura e la tutela della vulnerabilità del condannato⁴⁷, connessa, in questo caso alla condizione di età che ne costituisce il presupposto. Anche la detenzione domiciliare "generica" descritta dal comma 1 *bis* dell'art. 47 *ter* è ispirata essenzialmente ad altre logiche, come il controllo e la difesa sociale: questo *imprimatur* sul piano finalistico si ricava dal fatto che la detenzione domiciliare può essere concessa, in questo caso, soltanto quando non vi siano i presupposti per l'affidamento in prova, i.e. quando risulti impraticabile una prognosi positiva di risocializzazione⁴⁸.

Non può neppure passare inosservato che la misura alternativa della detenzione domiciliare può essere applicata *anche* al termine del percorso carcerario e che le uscite dal domicilio previste per coloro che sono sottoposti al suo regime sono consentite unicamente per «indispensabili esigenze di vita» o per il mero sostentamento del condannato: la prospettiva in cui essa colloca le peculiari categorie di soggetti che sono i suoi destinatari è ben lontana da quella necessità di creare o mantenere i contatti con la collettività, che, invece, rappresenta il mezzo necessario di cui si serve la pena sostitutiva per assolvere, *sì dall'inizio del percorso trattamentale*, l'obiettivo di rieducare una schiera di persone decisamente più ampia rispetto a quella dei potenziali fruitori della misura alternativa.

possibile "normale". In tal senso, si tratta di un istituto in cui assume rilievo prioritario la tutela di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, qual è il minore». Nella decisione si precisa che la finalità di reinserimento sociale della condannata non è del tutto estranea alla detenzione domiciliare speciale, ma questa finalizzazione viene concepita come un'immediata - e per certi versi automatica - conseguenza del fatto che la detenzione domiciliare sia una misura alternativa alla detenzione. Va evidenziato che, comunque, dall'argomentazione della Corte, essa risulta assolutamente secondaria rispetto alla tutela del rapporto con la prole, così come recessive rispetto a questa necessità di tutela risultano le esigenze di difesa sociale.

⁴⁷ GIARDA-FORTI-GIUNTA-VARRASO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2021, 163 ss. In relazione ad alcune ipotesi di detenzione domiciliare ordinaria, la giurisprudenza costituzionale ha rilevato che essa è «applicabile per varie ragioni umanitarie, tra le quali la preservazione del rapporto genitoriale con i minori in tenera età», individuando come punto di contatto con analoghe forme di detenzione domiciliare speciale la finalità di evitare «*fin dove possibile, che l'interesse del bambino sia compromesso dalla perdita delle cure parentali, determinata dalla permanenza in carcere del genitore, danno riflesso noto come "carcerizzazione dell'infante"*» (Corte cost., 11 gennaio 2022, n. 30, §5.1.-5.2). In senso analogo già Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, nonché Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 211.

⁴⁸ GIARDA-FORTI-GIUNTA-VARRASO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 165.

La logica che governa la pena sostitutiva – imperniata sull’integrazione sociale del condannato – è, dunque, in parte diversa da quella, essenzialmente umanitaria, che governa la misura alternativa⁴⁹; e, in ragione della diversità recepita e, per certi versi, positivizzata dal legislatore delegante, potrebbero ritenersi coerenti con i principi e i criteri direttivi della delega le difformità indicate nell’ordinanza di remissione, proprio perché queste difformità manifestano la diversa dimensione finalistica della pena sostitutiva e, in ultima analisi, ne dettagliano i contenuti rendendo ragione della sua “diversa natura”.

I maggiori spazi definiti, dal nuovo art. 56 e dalla disciplina sulle licenze, per la creazione o il mantenimento di rapporti con il mondo esterno, sembrano sintonici con le finalità della legge-delega, cioè il ripensamento del sistema carcerocentrico e l’avvio di un processo di civilizzazione della pena, fondato *prevalentemente* sul reinserimento sociale del condannato. Rispetto a queste finalità, che rappresentano il *fil rouge* della riforma del comparto sanzionatorio, non si può riscontrare un indebito scostamento perché tutti i profili di diversità che riguardano la disciplina della pena sostitutiva rappresentano una loro attuazione, un mezzo per quei fini, e, dunque, si inscrivono perfettamente nel solco tracciato dal provvedimento parlamentare: queste differenze non rappresentano altro che il «coerente sviluppo» e, per certi versi, «il completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante»⁵⁰.

5. (*segue*): ... e sulla violazione degli artt. 3-27 Cost. Queste brevi riflessioni sulla genesi della pena sostitutiva, sulle sue funzioni e sulle ragioni della sua diversa natura, potrebbero aiutare a fornire una risposta anche agli altri dubbi di costituzionalità.

Se, nella prospettiva del legislatore, la pena sostitutiva ha dei punti di contatto con la misura alternativa, ma non le è totalmente assimilabile nella sostanza; e se la principale differenza tra i due istituti sta nel fatto che, nel più ampio

⁴⁹ DOLCINI, *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *www.sistemapenale.it*, 30 agosto 2022, 8.

⁵⁰ Così, nel ritenere sussistente il nesso di omogeneità tra la legge-delega e l’atto governativo, Corte cost., 22 novembre 2018, n. 212, ed anche Corte cost., 29 gennaio 2020, n. 96, che aggiunge “in questa prospettiva, neppure il silenzio del legislatore delegante su uno specifico tema impedisce al legislatore delegato di disciplinarlo (sentenze n. 47 del 2014 e n. 134 del 2013), trattandosi in tal caso di verificare che le scelte di quest’ultimo non siano in contrasto con gli indirizzi generali della legge delega (sentenze n. 229 del 2014, n. 184 del 2013, n. 272 del 2012, n. 230 del 2010 e n. 341 del 2007; ordinanza n. 231 del 2009)».

processo di ripensamento dell'approccio alla pena, la detenzione domiciliare sostitutiva assolve, a differenza dell'omonima misura alternativa, lo scopo *primario* del reinserimento sociale del condannato, consentendogli di *preservare* i contatti con il mondo esterno, allora, le presunte disparità di trattamento forse non sono del tutto prive di giustificazione: nel concorrere a definire l'impatto che la pena sostitutiva ha sulla libertà personale del condannato, le differenze di disciplina sono ispirate – *rectius* sono tutte funzionali – alla realizzazione di quel fine che contraddistingue le nuove sanzioni sostitutive, che è ben diverso dalle esigenze umanitarie o di difesa sociale poste a fondamento delle omonime misure previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario.

Per cercare di non peccare di intuitivismo, si potrebbe sottoporre la disparità di trattamento denunciata dai giudici rimettenti ad un test di eguaglianza/ragionevolezza.

Però, prima di addentrarci in un'analisi che presenta non pochi profili di complessità⁵¹ – a partire dalla scelta del metodo più opportuno per condurre questo giudizio –, una precisazione è d'obbligo: le osservazioni che seguiranno sulle differenze di trattamento verranno formulate con la consapevolezza del rischio che, una volta escluso l'eccesso di delega dal panorama dei possibili vizi, la Corte non entri nel merito delle restanti censure, ritenendole inammissibili.

Quando è stato affrontato il tema della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, si è detto che la disciplina sulle nuove pene sostitutive – e quella sulla detenzione domiciliare, nello specifico – costituisce uno *ius superveniens* più favorevole, invocato e ritenuto applicabile nel giudizio *a quo* avente ad oggetto fatti pregressi. Poi si è riflettuto su come, in generale, il diritto a fruire del trattamento più favorevole potesse influire sull'interpretazione del requisito di accesso al giudizio incidentale, ma non ci si è soffermati sulle specificità

⁵¹ La dottrina costituzionalistica ha osservato che, negli anni, il giudizio di ragionevolezza ha quasi assunto le cadenze tipiche del decisionismo giudiziario: «La Corte intuisce che la legge, così com'è, “non va bene” e tuttavia non v'è alcun contrasto diretto ed esplicito, né indiretto e implicito (attraverso lesione di norme interposte) con la Costituzione, la quale viene comunque percepita come “lesa”» (RUGGERI-SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 115). Di analogo tenore erano le osservazioni di Pizzorusso, secondo cui le applicazioni estremamente varie ed eterogenee di diversi tipi di ragionevolezza, tendono a «trasformare il controllo di costituzionalità in una sorta di superlegislazione, restando conseguentemente travolto il divieto di sindacato sul merito della legge» (PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981, 158); il rischio, in assenza di precisi standard di giudizio, è che l'esigenza di non usurpare la discrezionalità legislativa resta affidata «al senso di responsabilità dei giudici costituzionali, sovente esposti al duplice rischio di non approfondire abbastanza il loro sindacato o di sconfinare nella valutazioni prettamente politiche» (PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 766).

connesse al “tipo” di norma penale più favorevole perché erano irrilevanti nell’ambito di quell’analisi preliminare, così come erano irrilevanti nel vaglio sul possibile eccesso di delega, che è un vizio sindacabile a prescindere dalla natura della norma primaria che potrebbe averlo determinato³².

La questione che l’ordinanza *non* affronta – e che ora, invece, merita di essere esaminata – è quella dell’ammissibilità di un vaglio su una *lex mitior*; per la presunta violazione degli artt. 3-27 Cost.; perché non si può ignorare che vi è una differenza di non poco momento tra il concetto di norma penale “più favorevole” stabilito dal quarto comma dell’art. 2 c.p. e quello di norma penale “di favore” evocato dalla giurisprudenza costituzionale.

Dopo lo storico *revirement* sul sindacato sulle norme penali di favore³³, la Corte

³² S’intende richiamare Corte cost., 15 gennaio 2014 (dep.), n. 5, che, in una prospettiva evolutiva, sul sindacato delle norme penali di favore e sui limiti dettati dalla riserva di legge, ha stabilito l’importanza – e la priorità logica – del vaglio dell’eccesso di delega: “1 difetto di delega denunciato dai giudici rimettenti, se esistente, comporterebbe un esercizio illegittimo da parte del Governo della funzione legislativa. L’abrogazione della fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si porrebbe, infatti, in contrasto con l’art. 25, secondo comma, Cost., che demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell’intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante. Se si escludesse il sindacato costituzionale sugli atti legislativi adottati dal Governo anche nel caso di violazione dell’art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti. *Deve quindi concludersi che, quando, deducendo la violazione dell’art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato di questa Corte non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale. Questo principio rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa. La verifica sull’esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio a quo.* Si rischierebbe altrimenti, come già rilevato in altre occasioni da questa Corte, di creare zone franche dell’ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell’art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione». Per un commento sulla decisione si v. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 2015, 1, 181 ss. Si pone in linea con questo precedente la di poco successiva Corte cost., 11 febbraio 2014, n. 46, nonché Corte cost., 5 giugno 2019, n. 189.

³³ Corte cost., 16 settembre 1983, n. 148, che supera Corte cost., 28 gennaio 1976, n. 85, secondo cui “*principi generali vigenti in tema di non retroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli al reo, desumibili dagli artt. 25, secondo comma, della Costituzione, e 2 del codice penale, impedirebbero in ogni caso che una eventuale sentenza, anche se di accoglimento, possa produrre un effetto pregiudizievole per*

Costituzionale ha chiarito che l'ammissibilità di un giudizio di questo tipo dipende dall'esistenza di un rapporto di *specialità sincronica* - originaria o sopravvenuta - tra la norma censurata e la disposizione di legge più generale, assunta come *tertium comparationis*: soltanto sulla base di questo presupposto, l'intervento della Corte, volto a ristabilire la razionalità del sistema, non si tramuta in uno sconfinamento nei poteri costituzionalmente attribuiti al Legislatore e, dunque, in una violazione del principio di riserva di legge in materia penale.

Per dirla con le parole della Consulta, le norme penali di favore «sono quelle che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune più generale, accordando loro un trattamento più benevolo»⁵⁴, cosicché la declaratoria di illegittimità costituzionale che le colpisce si limita a provocare l'automatica "riespansione" della norma più generale, senza che ciò possa tradursi in vere e proprie scelte di politica criminale, che rimangono competenza esclusiva del Parlamento⁵⁵.

Si è sostenuto che il fenomeno della "riespansione" - assunto a criterio per stabilire se un sindacato *in malam partem* è ammissibile - ricorre anche quando il rapporto tra norme sincroniche si ponga su piani diversi da quello logico-formale: la compresenza si avrebbe anche nei casi di sussidiarietà e non solo di specialità, per cui l'intervento ablativo avente ad oggetto la norma prevalente potrebbe ritenersi ammissibile perché, nell'eventualità di un suo accoglimento, sarebbe comunque destinata a riespandersi una disposizione di legge che, fino a quel momento, sulla base di un giudizio di valore, risultava sussidiaria⁵⁶. Se questo può valere in linea di massima, senza soffermarsi troppo sul tipo

l'imputato nel processo penale pendente innanzi al giudice a quo».

⁵⁴ Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394, considerato in diritto § 6.1.

⁵⁵ La conclusione trova il proprio ancoraggio normativo nell'art. 28 L. 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Sul punto Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394, considerato in diritto § 6.1. Si precisa che il rapporto deve essere di specialità sincronica e non diacronica perché in caso contrario, se la norma più generale è stata sostituita da quella speciale più favorevole e questa viene dichiarata incostituzionale si invaderebbe il monopolio del legislatore sulle scelte di criminalizzazione, ripristinando una norma abrogata, espressiva di scelte non più attuali. Per un approfondito commento sulla specialità sincronica e sull'ammissibilità del sindacato della Corte si rinvia, tra i numerosi contributi, a GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 2, 475 ss., nonché a ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 555 ss.

⁵⁶ SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 156-157, parla di riespansione della «norma comune».

di censura, per il sindacato di uguaglianza-ragionevolezza si è ritenuto che l'unico rapporto da prendere in considerazione dovrebbe essere quello descritto dal criterio di specialità, poiché solamente la dimensione strutturale della specialità si adatta al giudizio imposto dal parametro costituzionale, permettendo di valutare sul piano *logico-giuridico* l'identità tra i casi⁵⁷.

La Corte Costituzionale dal canto suo ha sempre manifestato un certo *self-restraint*, affermando che il principio di riserva di legge osta a pronunce di illegittimità costituzionale, il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti, o, comunque, «*di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità*»⁵⁸: si è così ribadita l'inammissibilità di un sindacato di ragionevolezza che si espliciti al di fuori del rapporto di specialità e, dunque, nell'assenza di una norma generale, vigente, derogata per quella classe di fattispecie dalla norma speciale più favorevole, che sia pronta a riespandersi nel caso in cui questa venga meno⁵⁹.

L'estensione di questi limiti di sindacabilità alle norme più favorevoli – ma diverse da quelle incriminatrici – non si è fermata al livello di mera affermazione di principio: la Corte ha, in effetti, ritenuto inammissibili alcuni dubbi sulla disciplina della prescrizione del reato continuato⁶⁰ ed anche in tema di indulto⁶¹,

⁵⁷ SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 157.

⁵⁸ Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394, nonché Corte cost., 10 marzo 2008, n. 65 (ord.), secondo cui “E’ manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 160, secondo comma, cod. pen., modificato dall’art. 6 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, censurato, per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost., nella parte in cui non include l’avviso di conclusione delle indagini di cui all’art. 415-bis cod. proc. pen. fra gli atti interruttivi della prescrizione. Il rimettente chiede una pronuncia additiva in malam partem che esorbita dai poteri della Corte, alla quale il principio di riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost. inibisce tanto la creazione di nuove fattispecie criminose o l’estensione di quelle esistenti a casi non previsti, quanto di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali rientrano quelli relativi alla disciplina della prescrizione”.

⁵⁹ Valorizza chiaramente il rapporto di specialità Corte cost., 1 agosto 2008, n. 324. Sul punto anche Corte cost., 7 novembre 2018, n. 236.

⁶⁰ Corte cost., 16 gennaio 2009, n. 5 (ord.), secondo cui « la pronuncia che viene sollecitata, mirando ad introdurre un diverso *dies a quo* per il decorso del termine di prescrizione, esorbita dai poteri spettanti alla Corte, a ciò ostando il principio della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., che demanda in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni applicabili, inibendo alla Corte di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, tra i quali rientrano quelli attinenti alla prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi. Inoltre, il principio di legalità preclude alla Corte di pronunciare sentenze additive “*n malam partem*” del tipo di quella chiesta dal rimettente». Analogamente, sulle cause di estinzione del reato Corte cost., 22 giugno 2000, n. 317 (ord.).

⁶¹ Corte cost., 25 febbraio 2009, n. 103 (ord.), rispetto ad un dubbio di legittimità costituzionale avente ad

in quanto la loro espunzione dall'ordinamento avrebbe determinato una rivalutazione discrezionale delle scelte del legislatore, impattando negativamente su quell'ampia sfera concettuale che è la "punibilità".

Nel tentativo di tirare le fila di questo lungo inciso si potrebbe affermare che il sindacato sulla ragionevolezza delle norme penali più favorevoli postula necessariamente l'esistenza di un rapporto inquadrabile nel paradigma descritto dall'art. 15 c.p., tra la norma indiziata di incostituzionalità (norma speciale più favorevole) e quella assunta come *tertium comparationis* (norma generale meno favorevole); perché solo in presenza di una relazione di questo tipo – che si mantiene sul piano astratto, logico-formale, tipico del confronto tra disposizioni di legge –, l'unico effetto, in caso di accoglimento della questione di costituzionalità, sarebbe l'automatica riespansione di altra norma primaria: in questo modo, la Corte riuscirebbe ad esercitare la sua funzione e, allo stesso tempo, risulterebbe garantita l'osservanza di quel valore fondamentale del nostro ordinamento che è la riserva di legge in materia penale. Se, invece, manca questa relazione di specialità tra norme sincroniche, il sindacato di ragionevolezza rischia di tradursi in un'indebita ingerenza nelle prerogative del Legislatore, poiché quest'ultimo si vedrebbe esautorato del potere di *ridimensionare* la portata offensiva di un fatto penalmente rilevante – o la risposta ordinamentale a quel fatto – sulla base di proprie (insindacabili) scelte di politica criminale, alle quali la Corte, proprio per l'assenza di una copertura normativa pronta ad espandersi, finirebbe inevitabilmente col sostituire le proprie.

Ma se, in definitiva, l'ammissibilità del sindacato sulla ragionevolezza delle norme penali più favorevoli dipende dall'esistenza di una relazione di specialità unilaterale tra norme e, dunque, dall'esistenza di una norma costituzionalmente legittima, meno favorevole e più generale, la maggior parte delle questioni formulate dalla Corte d'Appello si espone al serio rischio di censure di inammissibilità: la disciplina (più favorevole) della pena sostitutiva, indiziata di incostituzionalità, non è in ogni suo punto speciale rispetto a quella della misura alternativa, che non può essere assunta come *tertium comparationis*⁶².

oggetto la mancata esclusione del reato di cui all'art. 648 *ter* c.p. dal novero dei reati per la cui condanna era consentito beneficiare dello sconto di pena.

⁶² La Corte ha affermato in più occasioni che «per aversi utile comparazione ai fini del giudizio sulla violazione del principio di eguaglianza, è necessario che il *tertium comparationis* risponda ad un principio o ad una regola generale, rispetto ai quali la disciplina denunciata rivesta un carattere ingiustificatamente derogatorio» (Cosi' Corte cost., 6 dicembre 1988 (dep.), n. 1064; si evince lo stesso approccio anche da decisioni recenti, tra cui: Corte cost., 2 marzo 2018, n. 40; Corte cost., 24 ottobre 2014, n. 241).

Entrando più nel dettaglio, non sembra che, anche sulla base di una presunta “dentità di materia” che sarebbe tutta da verificare⁶³, le norme sulla pena sostitutiva ritaglino una classe di fattispecie da quelle che definiscono il regime della misura alternativa. Si potrebbe dire, più semplicemente, che esse descrivono presupposti e modalità attuative di una sanzione penale che sono *altre*, e che risultano indirizzate ad una categoria di soggetti estremamente più ampia e generalizzata di quelle a cui è consentito fruire delle diverse forme di detenzione domiciliare ordinaria e speciale.

Ad esempio, confrontando il nuovo primo comma dell’art. 56 con quanto previsto dall’art. 284 c.p.p., a fronte del rinvio operato dagli artt. 47 *ter* e 47 *quinquies* ord. pen. a questa norma del codice di rito, non sembra possibile connotare in termini di *specialità unilaterale* la prima disposizione (quella indiziata di incostituzionalità), la cui applicazione presuppone «*comprovate esigenze familiari, di studio di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato*», se quella che dovrebbe essere il più generale termine di paragone richiede che l’imputato non possa «*altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in situazione di assoluta indigenza*». Anzi, si potrebbe dire che sono i concetti di “*indispensabili esigenze*” e di «*assoluta indigenza*» a ritagliare due classi di fattispecie dalle semanticamente più ampie

⁶³ Certo, è più complesso verificare la medesimezza di materia rispetto a norme penali diverse da quelle incriminatrici: non si può ricorrere al criterio dell’identità o omogeneità di bene protetto, valorizzato dalla giurisprudenza più risalente (Cass., Sez. un., 24 aprile 1976, n. 10), e, talvolta riemerso in più recenti decisioni (Cass., Sez. II, 7 marzo 2017, n. 17767, Rv. 269568, nonché Cass., Sez. V, 8 febbraio 2018, n. 21530, Rv. 273024). Allo stesso modo l’elaborazione in tema di specialità in concreto, che identifica il concetto di “stessa materia” nella «stessa situazione di fatto» (in dottrina, già DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, Padova, 1934, 110), non risulta particolarmente confacente rispetto a disposizioni sul trattamento sanzionatorio, che, peraltro, nel nostro caso, hanno momenti applicativi diversi. Per definire il concetto, sulla scorta di un orientamento avallato dalla più recente giurisprudenza di legittimità, si potrebbe ricorrere al parametro, strutturale, della “convergenza”: «il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle» (Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235). I criteri per stabilire la prevalenza della norma speciale nel confronto strutturale tra norme convergenti, speciali tra loro per specificazione e non per aggiunta, sono tre, tra loro scalari: la collocazione della disposizione (legge generale o legge speciale), il numero di soggetti cui si riferisce e il rapporto tra elementi specializzanti (cfr. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenze nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 119, nonché Cass., Sez. un., 19 gennaio 2012, n. 22225). Sulla base di questo approccio, anche a voler stabilire una convergenza tra le disposizioni sulla pena sostitutiva e quella sulla misura alternativa, sono le seconde - art. 47-ter co. 4 e art. 47-quinquies co. 3 - che appaiono certamente speciali (per collocazione, ristrettezza di destinatari ed elementi specializzanti).

«*comprovate esigenze*».

La conferma, sull'assenza dei connotati richiesti per l'ammissibilità del sindacato di ragionevolezza, potrebbe derivare da un giudizio ipotetico: l'eventuale declaratoria d'incostituzionalità delle disposizioni che definiscono il contenuto della pena sostitutiva - e quindi la loro rimozione dall'ordinamento - probabilmente non determinerebbe l'automatica riespansione della disciplina prevista dall'ordinamento penitenziario e l'assoggettamento a questa di casi prima rientranti nell'ambito di applicazione delle nuove norme più favorevoli, posto che le disposizioni sulla misura alternativa non hanno - e *de jure condito* non arriverebbero mai ad avere - la stessa estensione di quelle che si vorrebbe vedere dichiarare incostituzionali, che, lo si è visto, sono più ampie in punto di presupposti applicativi. Manca, insomma, quel pregnante rapporto di *specialità unilaterale*, logico-formale e strutturale, tra disposizioni di legge, da cui, in ipotesi, dipende l'automatismo normativo che fornirebbe copertura alle fattispecie prima ricomprese nella disposizione più favorevole, e che, per ciò, ha il vantaggio di evitare scelte discrezionali della Consulta più o meno surrettizie, in un campo in cui tali scelte sono appannaggio esclusivo del Parlamento e sono in grado di incidere sulla libertà personale dei consociati⁶⁴.

Al netto di queste riserve sull'ammissibilità del sindacato, si è già detto che non possiamo esimerci dal valutare se le differenze messe in luce nell'ordinanza costituiscano disparità di trattamento incompatibili con il canone di eguaglianza/ragionevolezza.

Il punto della questione diventa quale processo valutativo adottare.

Forse non è opportuno ricorrere al classico giudizio triadico perché, come s'è detto, manca una norma più generale da assumere come *tertium comparationis*: solitamente, negli scrutini di eguaglianza - anche in quelli che esulano dalla materia penale - solo una norma più generale può essere assunta come *tertium comparationis*, perché, se si inverte il senso del giudizio assumendo come termine di paragone la norma speciale, si rischia una sorta di "generalizzazione" di quest'ultima, con la conseguenza, da un lato, di un aggravamento del «difetto di coerenza del sistema normativo»⁶⁵, dall'altro, di una vera e propria

⁶⁴ Cfr. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto nella attribuzione di poteri?*, Milano, 2003, 51, nonché GIUNTA, *Corte Costituzionale e diritto penale nell'epoca della democrazia maggioritaria. La problematica angolazione delle c.d. discipline di favore*, in *Giust. pen.*, 2012, II, 249 ss.

⁶⁵ Corte cost., 30 giugno 1992, n. 383, secondo cui «È insegnamento costante di questa Corte che il principio di eguaglianza non può essere invocato quando la disposizione di legge da cui è tratto il *tertium*

usurpazione delle funzioni legislative da parte della Corte⁶⁶.

Come si è già avuto modo di evidenziare, manca un rapporto di specialità unilaterale definito, che consenta di guardare agli artt. 47 *ter* e 47 *quinquies* alla stregua di disposizioni *sicuramente* più generali; per cui sarebbe fallace percorrere la via di un giudizio triadico in cui il termine di paragone risulti, per quanto in via sopravvenuta, espressivo di una connotazione speciale, di una vera e propria *ratio derogandi* – nel caso di specie, la finalità umanitaria-assistenziale – che non è sottesa alle disposizioni, in realtà più generali, sulla pena sostitutiva. Sebbene la questione delle cadenze del processo valutativo vada oltre i limiti imposti al sindacato della Corte – e pertanto la sua considerazione in questa nota potrebbe risultare ultronea – il tipo di giudizio che parrebbe più consono al caso di specie potrebbe assumere la forma del controllo binario – o intrinseco – di ragionevolezza⁶⁷.

Sulle scansioni di questo tipo di giudizio c'è, in linea di massima, concordanza: bisogna valutare se gli interessi tutelati dalla disposizione di legge indiziata di incostituzionalità rispondano ai valori ricavabili dalla Carta costituzionale e se,

comparationis ha natura di norma derogatoria a una regola generale. In questo caso la funzione del giudizio di legittimità costituzionale alla stregua dell'art. 3 Cost. non può essere se non il ripristino della disciplina generale, ingiustificatamente derogata da quella particolare, non l'estensione ad altri casi di quest'ultima, la quale aggraverebbe, anziché eliminare, il difetto di coerenza del sistema normativo (cfr. sent. nn. 46 del 1983, 6 e 769 del 1988, 427 del 1990, 194 del 1991, 190 del 1992)». Sempre in materia diversa da quella penale, in senso analogo Corte cost., 22 luglio 1999, n. 344. Di recente cfr. Corte cost., 13 novembre 2020, n. 237.

⁶⁶ ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 152.

⁶⁷ Sul tema già SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, 563, nonché CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 372. Testimonia l'evoluzione del vaglio di ragionevolezza nella materia penale, al di fuori del sistema delle rime obbligate, imposto dai giudizi triadici in tema di eguaglianza, la nota sentenza Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, che richiama le precedenti sentenze n. 236 del 2016, n. 68 del 2012 e n. 341 del 1994. In dottrina già INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme penali di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 672 ss., preconizzava un cambio di paradigma rispetto al sindacato di ragionevolezza delle norme incriminatrici: «Quasi con un paradosso - rispetto alla tradizionale minore penetrazione in materia penale - si può concludere nel senso che il parametro della ragionevolezza e il riferimento all'art. 3 comma 1, divengono superflui data, comunque, la possibilità di un raffronto tra il valore costituzionale sotteso alle norme e quello - sempre presente - della libertà personale. Quindi, anche i c.d. giudizi di ragionevolezza (in materiale penale), possono essere ricondotti al consueto schema binario»; con la puntualizzazione dei rischi che questo tipo di giudizio – e le sentenze ad esso associabili, come quelle manipolative – : «n questo modo si tocca il cuore della questione che le accomuna alle decisioni che, attraverso variegati percorsi, censurando l'irragionevolezza della incriminazione, possono collidere con il riparto della attribuzione dei poteri disegnato dalla legge fondamentale.. È questo un profilo che può sfuggire se non si ricorda la singolarità da quest'ultima attribuita alla materia penale proprio attraverso il disposto dell'art. 25 comma 2».

eventualmente, vi sia proporzione tra i mezzi approntati e il fine asseritamente perseguito⁶⁸, con la consapevolezza che nella materia penale sarebbe sindacabile solo l'arbitrarietà manifesta o evidente⁶⁹.

Riguardo al primo passaggio, un dato sembra ormai acquisito: la finalità di reinserimento sociale è quella che più di altre informa la disciplina della pena sostitutiva.

Anzi, si potrebbe dire che questa disciplina, non solo *non* si pone in contrasto con l'assetto di valori costituzionali, ma traduca pienamente l'impronta finalistica dell'art. 27 Cost., attraverso quel giudizio prognostico sulla concreta possibilità di rieducare il condannato, che essa contempla espressamente. Del resto, non sembra possibile sostenere il contrario, e cioè che un istituto con queste caratteristiche possa fallire già al primo "step" del giudizio di ragionevolezza bifasico, per la totale mancanza di un collegamento con la Carta Fondamentale: il perseguimento di un obiettivo che rappresenta un valore costituzionale, nell'ottica di un complessivo ma effettivo ripensamento della prospettiva carcerocentrica, è esplicito e chiaro.

Nel perseguimento di queste finalità, che sono propriamente costituzionali, gli aspetti essenziali della pena sostitutiva - e, primo tra tutti, il presupposto costituito da quelle esigenze che richiedono ulteriori spazi di libertà - esprimono poi una particolare "propensione" ad un'applicazione proporzionata: assumere come presupposto le «comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato» in un giudizio che, per

⁶⁸ Analoghe le cadenze del giudizio di ragionevolezza posto in luce da MORTATI, sub *Art. 3 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1975, 152 ss.: anzitutto, bisogna valutare se la norma che determina un trattamento differenziato persegue finalità in contrasto con la Costituzione, costituzionalmente irrilevanti o costituzionalmente rilevanti. Nei primi due casi, si potrà già pervenire alla declaratoria d'illegittimità costituzionale, mentre nell'ultimo si dovrà ulteriormente verificare se la diversità di disciplina è coerente con l'assetto di valori definito dalla Costituzione - poiché rispecchia la differenza tra i valori tutelati - oppure se non è coerente con questo assetto di valori: in quest'ultima evenienza, si dovrà stabilire se la diversità costituisce l'effetto primario o secondario della nuova disciplina, e soltanto nel caso in cui costituisca l'effetto secondario la diversità sarà costituzionalmente conforme.

⁶⁹ Già Corte cost., 8 marzo 2000, n. 88 (ord.). Valorizza il concetto di manifesta irragionevolezza delle scelte legislative in materia penale la già citata Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, considerato in diritto § 7.1, nonché più di recente Corte Cost, 6 aprile 2020, n. 75, considerato in diritto § 3.4. Evidenziava, in sede di commento al Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394, un cambio di approccio nei giudizi di ragionevolezza, più orientato a valutare la "la meritevolezza di tutela degli interessi offesi dai comportamenti "irragionevolmente" privilegiati", MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *www.foruncostituzionale.it*, § 6. In chiave piuttosto critica su questo tipo di sindacato nella materia penale INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza*, cit., 674 ss.

espressa previsione di legge⁷⁰, ha come sostanziale direttrice la finalità rieducativa, significa legittimare un regime di restrizione della libertà personale in cui le uscite dal domicilio (“mezzo”) sono consentite nella misura, piuttosto precisa, sul piano spaziale e temporale, in cui il condannato debba far fronte a quelle stesse esigenze che manifestano il collegamento con la realtà esterna e che, proprio per questo, sono funzionali all’esigenza immanente di risocializzare il reo (“fine”).

In altre parole, rispetto al secondo ed ultimo passaggio del giudizio di ragionevolezza bifasico, si può dire che è l’utilizzo di segni linguistici che consentono al giudice di modulare, nel tempo e nello spazio, in modo piuttosto preciso, le restrizioni alla libertà personale in vista di un fine ultimo, ad implicare l’idea di proporzionalità rispetto a quello stesso fine ultimo (che, nel nostro caso, è sicuramente meritevole di riconoscimento a livello costituzionale): i maggiori spazi di libertà consentiti dalla pena sostitutiva, della cui legittimità i giudici rimettenti dubitano, non sono altro che il risvolto di rapporti socialmente apprezzabili nella prospettiva rieducativa; e, per come il Legislatore della riforma ha tradotto in legge il processo valutativo che conduce al loro riconoscimento, questi “maggiori spazi di libertà” vengono modulati in funzione dell’esistenza e del mantenimento di quei rapporti sociali e, dunque, in funzione delle concrete possibilità di reinserimento che questi legami intersoggettivi – tra il condannato e la comunità – incentivano.

Sembra, in ultima analisi, che le norme più favorevoli, che definiscono gli aspetti essenziali della detenzione domiciliare sostitutiva, non siano il frutto di una scelta legislativa arbitraria, ma, al contrario, manifestino una stretta coerenza e funzionalità rispetto al fine costituzionale che esse sono chiamate primariamente a perseguire, nel contesto di un complessivo, più ampio e certamente apprezzabile processo di ammodernamento della risposta punitiva dello Stato.

È giunto il momento di una breve notazione conclusiva, che non ha alcuna pretesa di esaustività.

I dubbi di costituzionalità sollevati dalla Corte d’Appello di Bologna sono

⁷⁰ Si ricordi che l’art. 58, co. 1 L. 689/1981 prevede che: «Il giudice nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati dall’art. 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati».

numerosi e articolati, ma poggiano tutti, compreso quello riguardante l'eccesso di delega, su un confronto tra due istituti che si articola secondo il binomio concettuale "somiglianze-differenze". Dalla motivazione dell'ordinanza si trae la tesi che la somiglianza debba equivalere ad identità tra le due misure o, perlomeno, che non siano giustificabili quelle differenze normative che rendono la disciplina della nuova pena sostitutiva uno *ius novum* più favorevole.

In realtà sembra che, nella prospettiva di riforma del comparto sanzionatorio espressa sin dall'indicazione dei principi e criteri direttivi della legge-delega, debba essere il profilo differenziale ad assumere un peso prevalente, poiché, al di là del *nomen iuris*, sono le peculiarità espresse dal nuovo istituto che ribadiscono l'irriducibilità delle due "detenzioni domiciliari", testimoniano una maggiore flessibilità della nuova pena sostitutiva, e conformano la sua stessa natura, in un processo di avvicinamento dell'ordinamento a quel valore costituzionale che è il finalismo rieducativo. Prendendo in prestito il linguaggio di uno dei massimi filosofi del diritto contemporanei, si potrebbe dire che, rispetto alle modifiche del comparto sanzionatorio, la riforma "Cartabia" abbia meritoriamente assunto il terzo comma dell'art. 27 Cost. come vero e proprio «precetto di ottimizzazione» del sistema⁷¹. In questo senso, la disciplina adottata al termine di questo processo normativo rappresenta un'evoluzione auspicabile del modo di concepire la penalità.

La Corte costituzionale ha a disposizione diverse strade ed è difficile prevedere quale seguirà. La speranza è che, nell'ipotesi in cui si dovesse arrivare ad una decisione di merito, l'occasione venga colta per validare, per la prima volta, due aspetti della riforma del comparto sanzionatorio: la centralità delle nuove pene sostitutive e la prioritaria vocazione risocializzante della nuova detenzione domiciliare, che la rende un *quid novi*, con una portata ben più ampia dell'omonimo istituto dell'ordinamento penitenziario, e che, per questa sua maggiore

⁷¹ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002, 47-48. In senso analogo, FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, 1, 45, che considera i principi «mandati di ottimizzazione» ,cioè «norme che dispongono che "qualcosa sia realizzato nella maggior misura possibile sulla base delle circostanze di fatto e di diritto». Per una critica al concetto, soprattutto per l'ambiguità che esso determina, posto che se il «precetto di ottimizzazione» è un precetto allora è applicabile in maniera definitiva e non per bilanciamento, si v. SIECKMANN, *Regemodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990, passim.

estensibilità, è in grado di cambiare radicalmente il rapporto tra il condannato e la pena, persino quando la pena sia la più elevata tra quelle sostituibili⁷².

GASPARE STALLONE

⁷² GATTA, *Alternative*, cit., 1248, osserva che le potenzialità delle pene sostitutive sono enormi, sia sul piano della percezione sociale dell'effettività della pena, oltre che su quello, fondamentale, della rieducazione e del reinserimento sociale.