

ORIENTAMENTI

GIUSEPPE TABASCO

La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. La disciplina speciale per la concessione delle misure alternative alla detenzione a condannati presunti socialmente pericolosi. – 2. Le questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 4-bis ord. penit. – 3. La questione di legittimità costituzionale concernente la detenzione domiciliare speciale. – 4. La decisione della Corte costituzionale. – 5. La impossibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma oggetto di censura. – 6. La prevedibile eliminazione di una presunzione legale nel solco della linea di tendenza della giurisprudenza costituzionale. – 7. Una prima rilettura della disposizione normativa.

1. La disciplina speciale per la concessione delle misure alternative alla detenzione a condannati presunti socialmente pericolosi

Nel 1992, a causa dell'insorgere del fenomeno mafioso stragista, il legislatore emanò una serie di norme di emergenza anche nel settore penitenziario¹, che diedero vita ad una disciplina differenziata per la concessione delle misure alternative alla detenzione a detenuti presunti socialmente pericolosi².

In altre parole, venne introdotta una sorta di doppio regime penitenziario³:

¹ Così TRONCONE, *I provvedimenti di natura preventiva e punitiva*, in *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di TRONCONE, Torino, 2006, 236, per il quale cambia non solo la disciplina, in tema di misure alternative alla detenzione, per i casi di detenuti che evidenzino una particolare pericolosità sociale, «e conseguentemente la discrezionalità di scelta della misura da parte dell'ordinamento» ma anche «la prospettiva che parte con una prognosi già sfavorevole».

² Secondo CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 485, con tali norme «l'ordinamento italiano inaugurò la tendenza, via via consolidatasi, a derogare al principio dell'eguaglianza di tutti i condannati nella fase dell'esecuzione della pena», principio enunciato dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 e compiutamente realizzato dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663. A parere di GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e pene*, 1992, 3, 130, in capo ai condannati per determinati delitti sorge una «presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale». Osserva PRESUTTI, *“Alternative” al carcere e regime delle preclusioni*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di PRESUTTI, Milano, 1994, 63, che nel novero dei detenuti viene individuata una categoria in ordine alla quale si ritiene acquisita, «la convinzione di una rieducazione impossibile [...] più nei fini che nei mezzi» dalla quale scaturiscono sia la «rinuncia, sottintesa, al perseguimento di un traguardo reputato irraggiungibile» sia la rinuncia all'«impiego degli strumenti tipici della pena risocializzativa».

³ Ritengono che la strategia legislativa del “doppio binario” costituisca l'idea portante della normativa contenuta nell'art. 4-bis ord. penit. CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 486; CAROLLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 15; DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi programmi del “doppio binario”*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI, Padova, 1994, 118, a parere del quale essa trova una netta radicalizzazione negli interventi legislativi del 1992 ed una chiara conferma in quelli del 2000; FILIPPI, SPANGHER, *Manuale di*

con riferimento ad ipotesi delittuose ritenute di particolare allarme sociale.

Il regime speciale trovò ingresso nel sistema di esecuzione delle pene detentive attraverso l'inserzione nell'ordinamento penitenziario dell'art. 4-*bis*, secondo cui in presenza di delitti particolarmente gravi – reati cosiddetti di mafia o di eversione – al detenuto possono essere concessi determinati benefici penitenziari solo se prova che «non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva», mentre allorché ricorrano fattispecie criminose, tassativamente individuate dalla norma, che denotano una peculiare pericolosità, occorre acquisire la prova dell'attuale sussistenza dei predetti collegamenti per poter negare i benefici penitenziari in parola⁴.

La norma esordisce prevedendo la concedibilità dell'assegnazione al lavoro esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, salvo la liberazione anticipata, ai detenuti e agli internati per determinati delitti⁵, so-

diritto penitenziario, Milano, 2011, 228; GUAZZALOCA, *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «premialità» e «degiurisdizionalizzazione» del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di GIOSTRA, INSOLERA, Milano, 1995, 141, per il quale può parlarsi anche di un terzo binario, con riferimento ai collaboratori di giustizia sottoposti a programma di protezione; GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., 12.

⁴ La norma, introdotta dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, è stata oggetto di numerosi interventi legislativi, che ne hanno ampliato progressivamente l'area applicativa. In particolare la l. 23 dicembre 2002, n. 279 le ha fatto acquisire una definitiva vigenza nel sistema, ridisegnandone la fisionomia. Tuttavia, di recente, l'assetto normativo ha subito ulteriori modifiche ad opera di una serie di novelle legislative introdotte nel 2009, che, a parere CARACENI, CESARI, Sub art. 4-bis, in *Ord. penit. comm. Della Casa, Giostra*, Padova, 2015, 49 e 51, da un lato, ne hanno modificato l'architettura complessiva, dall'altro, «hanno ridisegnato ancora una volta la geografia dei reati che ne fanno parte, in maniera oramai distante dalle logiche originarie del disposto». Le Autrici osservano, quindi, che attualmente i reati presi in considerazione dall'art. 4-*bis* ord. penit. possono classificarsi in tre fasce, quella più grave di cui al co. 1, quella intermedia di cui al co. 1-*ter* e quella di minor caratura contenuta nel co. 1-*quater*. Viceversa «in ragione dei diversi percorsi che conducono alla fruizione delle misure alternative [...] sono individuabili quattro o (addirittura) cinque gruppi [...]»: la riorganizzazione in quattro si ha se consideriamo il requisito del co. 1-*quinq*ues alternativo all'osservazione scientifica della personalità condotta per almeno un anno [collaborazione effettiva (co. 1), collaborazione impossibile o irrilevante (co. 1-*bis*), mancanza di prove sull'attualità di collegamenti con il crimine organizzato (co. 1-*ter*), osservazione della personalità o esito positivo della partecipazione allo speciale programma terapeutico (co. 1-*quater* e 1-*quinq*ues)]. Se, invece, la partecipazione alle attività trattamentali di cui all'art. 13-*bis* ord. penit. è da considerare requisito aggiuntivo a quello del co. 1-*quater* – opzione da preferire per come la norma è formulata e per la *ratio* che la sottende – allora i gruppi sono cinque, poiché per i *sex offenders* il percorso di fruizione dei benefici si biforca, a seconda dell'età della vittima che ha patito l'aggressione». Condividono la classificazione in quattro gruppi BRUNETTI, ZICCONI, *Diritto penitenziario*, Napoli, 2010, 313 e ss.; CORTESI, *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1069 e ss.; FILIPPI, SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 235.

⁵ Il riferimento è alla fascia più grave dei delitti, individuati dal co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., ossia ai delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico

lo nei casi in cui essi collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter della legge di ordinamento penitenziario⁶.

In caso contrario tale categoria di detenuti non potrà godere dei benefici penitenziari⁷.

Tale rigore normativo è temperato dalla possibilità di concedere i benefici penitenziari in presenza di una fattispecie collaborativa, prevista dalla norma ed espressamente definita oggettivamente irrilevante, che ricorre quando con sentenza di merito sia stata riconosciuta una delle attenuanti di cui agli articoli 62, co. 6, 114, o 116, co. 2, c.p.

Quindi, ai fini della concessione delle misure alternative alla detenzione a detenuti che si presumono socialmente pericolosi, un peso decisivo è attribuito all'elemento della collaborazione, che assume, nella configurazione della norma un ruolo centrale⁸. Di tal guisa viene «pienamente raggiunto l'obiettivo volto a differenziare l'operatività del momento esecutivo del processo penale nei confronti degli autori di delitti rilevanti una particolare propensione al crimine organizzato»⁹, secondo il noto orientamento «favorevole a ritenere

mediante il compimento di atti di violenza, al delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso o per delitti la cui commissione si avvale di tali condizioni, al delitto di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, ai delitti di riduzione in schiavitù o di commercio di schiavi o comunque di traffico di esseri umani, ai delitti di prostituzione minorile e di pornografia minorile, al delitto di violenza sessuale di gruppo, al delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, al delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope.

⁶ A parere di MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di MAIELLO, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO, PALIERO, XII, Torino, 2015, 242-243, l'intervento normativo istitutivo del regime penitenziario differenziato «diede luogo alla combinazione di un reticolo di preclusioni e premi per incentivare la collaborazione con la giustizia, sì da modellare il sistema trattamentale - articolato su benefici e misure alternative alla detenzione - in base al principio dell'individualizzazione in riguardo alle specifiche condizioni dei soggetti destinatari, secondo la pur preesistente previsione dello stesso art. 1, ult. co., ord. penit., di cui così furono scoperte le potenzialità regolatrici».

⁷ A parere di TRONCONE, *I provvedimenti di natura preventiva e punitiva*, cit., 237, l'art. 4-bis ha la natura di misura di polizia, che è «confermata dal fatto che il presupposto di operatività è costituito dal mero sospetto di appartenenza a gruppi criminali secondo gli esiti di accertamento da parte di organi di polizia territoriali, quali il Questore».

⁸ CARACENI, CESARI, Sub Art. 4-bis, in *Ord. penit. comm.*, cit., 50, osservano che la collaborazione rimane l'unica soluzione aperta ai condannati per i delitti di cui al 1° co. dell'art. 4-bis ord. penit., affinché le preclusioni per essi stabilite da tale norma possano essere rimosse. Del pari, IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1262, rileva che, in relazione ai detenuti per i reati di cui al 1° co. dell'art. 4-bis ord. penit., si presume che soltanto la collaborazione oggettivamente e concretamente utile possa far ritenere spezzati, come «dato presuntivo di esperienza», i collegamenti del reo con l'organizzazione criminale.

⁹ Così FIORIO, Sub art. 4-bis, in *Comm. c.p.p. Giarda, Spangher*, III, Milano, 2010, 10173. Osserva GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*,

che la linea di difesa dell'ordinamento penitenziario nei confronti della criminalità organizzata dovesse essere costruita differenziando il regime probatorio¹⁰ afferente alla concessione delle varie misure rieducative»¹¹.

2. Le questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 4-bis ord. penit.

Nel quadro costituzionale che pone al centro dell'esecuzione penale la dignità dell'individuo e il principio di umanizzazione della pena, un regime speciale di accesso a forme di pena flessibile, che si richiama alla particolare "pericolosità" degli individui condannati, «desunta dal settore, legislativamente predefinito, all'interno del quale è inserito il "tipo" di delitto commesso»¹², appare in netto contrasto con la funzione rieducativa della pena e con la valorizzazione della persona umana¹³.

Come è noto, la Corte costituzionale, con numerose pronunce¹⁴, ha attenuato

cit., 7, che l'art. 4-bis ord. penit, costituisce «testo di riferimento per una serie di altre disposizioni dichiaratamente funzionali alla costruzione di un regime penitenziario differenziato, in rapporto alla natura del reato commesso dal condannato».

¹⁰ Come è noto, prova negativa della insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, al fine di ottenere la concessione di un beneficio penitenziario, in relazione ai reati cosiddetti di mafia o di eversione, prova positiva dell'attuale sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, per poter negare il beneficio richiesto, in relazione a reati che denotano una peculiare pericolosità, individuati tassativamente dalla norma.

¹¹ DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi programmi del "doppio binario"*, cit., 90.

¹² Così, ancora, FIORIO, Sub art. 4-bis, cit., 10173.

¹³ Analoghe considerazioni valgono, sia pure nel quadro profondamente diverso di provvedimenti *lato sensu* amministrativi, per il regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis ord. penit., sulla cui legittimità più volte è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale, la quale ha statuito che la diversificazione del trattamento dei condannati rispetto alle modalità della privazione della libertà all'interno del carcere è ammissibile, purché siano rispettate alcune condizioni. In particolare, che gli eventuali inasprimenti restino in generale soggetti ai limiti e alle garanzie costituzionali. In tal senso Corte cost., n. 349 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, 2740, la quale puntualizza che «l'amministrazione penitenziaria, può adottare, nel rispetto dei principi costituzionali posti a garanzia della libertà personale, della funzione rieducativa della pena e del diritto di difesa [...] solo provvedimenti relativi alle modalità di trattenimento del detenuto all'interno dell'istituto penitenziario, mentre sono di competenza dell'autorità giudiziaria le misure che incidono nella qualità e quantità della pena come quelle che comportano un sia pur temporaneo distacco dal carcere». Ulteriori considerazioni sono svolte da Corte cost., n. 376 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 3623, che specifica ulteriormente come il regime differenziato di cui all'art. 41-bis, co. 2, ord. penit. «non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento [...]», di guisa che, per i giudici costituzionali, «l'applicazione dell'art. 41-bis non può equivalere, [...], a riconoscere una categoria di detenuti che sfuggono, di fatto, a qualunque tentativo di risocializzazione».

¹⁴ Gli interventi del Giudice delle leggi volti a correggere l'impianto normativo originario muovono da Corte cost., n. 306 del 1993 in *Cass. pen.*, 1994, 837, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, co. 2, d. l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui pre-

il rigore del regime speciale, «in vista della finalità rieducativa della pena»¹⁵.

Il Giudice delle leggi, infatti, ha dichiarato illegittimo l'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui condizionava la concessione dei benefici penitenziari, cui la norma fa riferimento, alla collaborazione, anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, rendesse impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata¹⁶.

Analogamente la norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva che i benefici penitenziari potessero essere concessi anche allorché la collaborazione fosse inesigibile per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamento con la criminalità organizzata¹⁷.

L'art. 4-*bis* ord. penit. è stato, inoltre, dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui precludeva la concessione di ulteriori permessi, in assenza di collaborazione o di relativa inesigibilità, nei confronti di condannati già ammessi a fruirne, prima dell'entrata in vigore della disciplina restrittiva, e sempre che non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata¹⁸, ovvero, nel caso in cui, indipendentemente dalla fruizione di pregressi benefici, il condannato avesse raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata¹⁹.

vedeva che la revoca delle misure alternative alla detenzione fosse disposta, per i condannati per i delitti indicati nell'art. 4-*bis* co. 1, ord. penit. che non si trovassero nella condizione per l'applicazione dell'art. 58-*ter* ord. penit., anche quando non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali degli stessi con la criminalità organizzata.

¹⁵ Per tale rilievo FILIPPI, SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 232.

¹⁶ Corte cost., n. 357 del 1994, in *Giust. pen.*, 1994, I, c. 353 e ss.

¹⁷ Corte cost., n. 68 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, 625 e ss. Tale interpretazione è stata seguita anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, che hanno ritenuto concedibili i benefici penitenziari anche con riferimento ai delitti ostativi previsti dall'art. 4-*bis* ord. penit., qualora il condannato non abbia prestato collaborazione perché fatti e responsabilità siano già stati completamente accertati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non gli abbia consentito di conoscere fatti e compartecipare riversabili nell'investigazione. Cfr. Cass., Sez. un., 5 ottobre 1999, Ronga, in *Riv. pen.*, 1999, 959 e ss.; nonché Id., Sez. I, 29 marzo 2002, Loiero, in *Guida dir.*, 2002, 21, 76; Id., Sez. I, 2 luglio 2004, Chionetti, in *Riv. pen.*, 2005, 1011, secondo cui, pur dopo le modifiche apportate alla legge di ordinamento penitenziario dalla legge n. 279 del 2002, l'aver riportato condanna per uno dei delitti ostativi previsti dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., non preclude la concessione dei benefici penitenziari nelle ipotesi in cui l'accertamento dei fatti e delle responsabilità sia avvenuto con sentenza irrevocabile sempre che siano stati acquisiti elementi utili ad escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

¹⁸ Corte cost., n. 504 del 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 1074.

¹⁹ Corte cost., n. 137 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, 1067.

Infine, la norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva che il beneficio della semilibertà potesse essere concesso ai condannati che, prima della data di entrata in vigore dell'art. 15, co. 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata²⁰.

Tuttavia, la più recente novellazione²¹, potenziando una logica prettamente general preventiva, ha ampliato il novero dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari, comprendendovi anche fattispecie criminose che non sono emblematiche di una partecipazione del reo a delitti di criminalità organizzata, di guisa che strumenti tradizionalmente riservati a quest'ultima forma di manifestazione del reato vengono impiegati «per “tamponare” le contingenze del momento»²².

In ogni caso, la Corte costituzionale ha sempre ritenuto ammissibili regimi differenziati di esecuzione carceraria e di accesso a forme di pena flessibile, purché vengano rispettati due limiti fondamentali.

In primo luogo, ogni provvedimento negativo incidente sul regime penitenziario del detenuto deve conseguire ad una condotta addebitabile al condannato; in secondo luogo, in nessun caso la finalità di prevenzione generale di difesa sociale propria della pena può spingersi fino al punto di rendere lecito il pregiudicare la finalità rieducativa della stessa²³.

3. La questione di legittimità costituzionale concernente la detenzione domiciliare speciale

Come è noto, il Tribunale di sorveglianza di Firenze, investito dell'istanza di

²⁰ Corte cost., n. 445 del 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 1310.

²¹ Il riferimento è alla triplice modificazione normativa di cui è stato oggetto l'art. 4-bis ord. penit., ossia, prima per effetto dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, poi, in sede di conversione, ad opera dell'art. 1, l. 23 aprile 2009, n. 38, infine in forza dell'art. 2, co. 27, lett. a), l. 15 luglio 2009, n. 94, per il necessario raccordo.

²² Così FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in *Il “pacchetto sicurezza 2009”*, a cura di Mazza, Viganò, a parere del quale si inscrivono nella cornice della politica penitenziaria del terzo millennio, le più recenti novelle legislative, che «superano l'esigenza di stabilizzare l'emergenza (l. 23 dicembre 2002, n. 479), per elevarsi a segnali di una inequivocabile radicalizzazione delle posizioni politiche ad esse sottese». Fra queste anche le penetranti modifiche apportate al microsistema delineato dagli artt. 4-bis e 41-bis l. 26 luglio 1997, n. 354. Secondo l'Autore «appare evidente come il comune denominatore di tali provvedimenti sia rappresentato dal massiccio ricorso alla pena detentiva, che vanifica definitivamente la filosofia della rieducazione che, solo un quarto di secolo fa, aveva incoraggiato la promulgazione della legge Gozzini».

²³ Corte cost., n. 306 del 1993, cit., 837.

concessione della detenzione domiciliare speciale, presentata da una donna nigeriana, detenuta per l'espiazione della pena di nove anni e sei mesi di reclusione, risultante dal cumulo delle pene inflitte con tre sentenze irrevocabili di condanna, una delle quali relativa, tra l'altro, ai delitti di cui agli artt. 600 e 601 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù e tratta di persone), compresi tra quelli in relazione ai quali opera il divieto di concessione dei benefici penitenziari, previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit., ha rilevato che, nonostante non sia ravvisabile alcun attuale e concreto pericolo di reiterazione delle condotte illecite da parte della condannata la sua richiesta non potrebbe allo stato essere accolta.

Infatti, vi osterebbe la preclusione prevista dal predetto art. 4-*bis*, in forza del quale le misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concesse ai detenuti e agli internati per taluni gravi delitti solo ove essi collaborino con la giustizia, a norma dell'art. 58-*ter*.

Nel caso in esame l'interessata non versava in tale situazione, giacché non risultava accertata una sua collaborazione con la giustizia, ovvero l'impossibilità, l'inesigibilità o l'irrelevanza di tale collaborazione.

Inoltre, alla stessa non avrebbe giovato neanche la scissione delle pene cumulate²¹ per verificare se quelle che presentavano carattere di ostatività fossero

²¹ La scindibilità del cumulo delle pene, là dove al condannato sia stata comminata la pena, sia per delitti cosiddetti ostativi, che per delitti non ricompresi nel regime restrittivo previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit., ha costituito un problema dai rilevanti risvolti di ordine pratico. Ritenendo accertata con la sentenza di condanna la pericolosità soggettiva del detenuto la giurisprudenza di legittimità, almeno inizialmente, negava la possibilità di scioglimento del cumulo (Cass., Sez. I, 5 maggio 1994, Gilona, in *Cass. pen.*, 1995, 2687; Id., Sez. I, 23 marzo 1994, Montegrando, *ivi*, 1996, 309; Id., Sez. I, 27 maggio 1992, Indolfi, in *Riv. pen.*, 1993, 646; Id., Sez. I, 23 marzo 1992, D'Alessandro, *ivi*, 1993, 354). A tale orientamento, sulla scia della Corte cost., n. 361 del 1994, in *Giust. pen.*, 1994, I, c. 321, secondo cui, dovendosi interpretare l'art. 4-*bis*, co. 1, primo periodo, ord. penit., in conformità al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., le misure alternative alla detenzione possono essere concesse ai condannati per i reati gravi indicati dalla stessa disposizione, quando essi abbiano espiauto per intero la pena per i reati stessi e stiano espiauto pene per reati meno gravi non ostativi alla concessione delle misure predette, se ne contrapponeva un altro che ammetteva lo scioglimento del cumulo delle pene. Sul punto, cfr. Cass., Sez. I, 12 maggio 1999, Parisi, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 838, secondo cui «il cumulo delle pene costituisce un beneficio per il condannato e tale deve permanere in tutta la fase esecutiva; sicché nel momento in cui l'unitarietà della pena dovesse tradursi in un danno, è consentito scioglierlo e prendere in considerazione le singole condanne in esso unificate, alle quali possono essere attribuite le pene espiaute, le quali, secondo il principio del *favor rei*, vanno riferite innanzi tutto alle condanne ostativo alla concessione dei benefici penitenziari»; nonché Id., Sez. I, 19 dicembre 1997, Bardanzellu, in *Mass. Uff.*, n. 209835; Id., Sez. I, 18 settembre 1997, Messina, in *Cass. pen.*, 1997, 2226; Id., Sez. I, 9 novembre 1992, Policastro, in *Riv. pen.*, 1993, 1053. Tuttavia, nonostante la sentenza della Corte costituzionale, permaneva l'orientamento che riteneva illegittimo lo scioglimento del cumulo, sia facendo riferimento alla natura unitaria del rapporto esecutivo in corso, sia ritenendo non vincolante la motivazione del giudice delle leggi (Cass., Sez. I, 26 gennaio 1995, Perrone, in *Cass. pen.*, 1995, 3528; Id., Sez. I, 12

state integralmente espiate in modo da potersi valutare il venir meno degli effetti preclusivi per l'accesso a benefici penitenziari. Infatti, essendo stata comminata una pena pari ad anni sette di reclusione per i reati ostativi, la sua integrale espiazione risultava ancora lontana.

Ciò premesso, il giudice rimettente ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, della l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui vietava la concessione della misura della detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinquies* ord. penit., in favore delle detenute madri di prole di età non superiore a dieci anni, condannate per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis*, co. 1.

Egli osserva che la norma censurata preclude l'accesso ai benefici penitenziari ai soggetti riconosciuti responsabili di gravi delitti, ponendo una sorta di presunzione di pericolosità, «che prescinde quasi del tutto dall'effettivo esame della personalità del soggetto e della validità, o meno, del percorso trattamentale seguito in carcere»²⁵.

A suo avviso il regime restrittivo, se può trovare giustificazione, in virtù di comprensibili esigenze di sicurezza e di difesa sociale, là dove individua categorie di delitti i cui responsabili, in ragione della gravità degli stessi, abbiano

novembre 1996, Liberti, in *Riv. pen.*, 1997, 343; Id., Sez. I, 6 agosto 1996, La Padula in *Riv. pen.*, 1997, 97. Nel corso degli ultimi anni, in seguito ad un intervento risolutivo delle Sezioni unite della Cassazione (Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, Ronga, cit., 959, che ha affermato che nel corso dell'esecuzione il cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato è scindibile, ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, in ordine ai reati che di questi non impediscono la concessione e sempre che il condannato abbia espiato la pena relativa ai delitti ostativi), si è affermato un orientamento favorevole allo scioglimento del cumulo. In tal senso Cass., Sez. I, 20 dicembre 2001, Caroppo, in *Giur. it.*, 2003, 555, secondo cui allorché si tratti di soggetto nei confronti del quale si debba eseguire una pena cumulata, parte della quale inflitta per taluno dei delitti indicati come ostativi nell'art. 4-*bis* ord. penit., deve darsi luogo, per il principio del *favor rei*, allo scioglimento del cumulo, calcolando per prima come pena espiata quella riferibile al reato ostativo, fermo restando che, per il resto, il rapporto esecutivo mantiene la sua unitarietà per cui, con riguardo al limite minimo di pena espiata previsto per la concessione della semilibertà, detto limite deve essere sempre calcolato con decorrenza dal primo giorno di carcerazione; *contra*, in tema di decorrenza del computo della pena espiata per accedere alla misura alternativa, Id., Sez. I, 1 aprile 2008, Ferrentino, in *Riv. pen.*, 2009, 357, secondo cui, ai fini del computo del periodo minimo di pena espiata per la concessione delle misure alternative alla detenzione, il *dies a quo* decorre dal momento in cui si è esaurita l'espiazione della pena relativa al reato ostativo e non da quello di inizio della carcerazione; Id., Sez. I, 12 dicembre 2003, Geria, in *Cass. pen.*, 2005, 1688, secondo cui il computo della porzione di pena espiata, da riferire al reato ostativo, va svolto tenendo conto anche delle eventuali riduzioni per liberazione anticipata, ex art. 54, ord. penit.; Id., Sez. I, 15 dicembre 2005, Pignataro, in *Mass. Uff.*, n. 233357, secondo cui la sospensione delle regole del trattamento penitenziario ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. penit. è applicabile anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa ai reati indicati nell'art. 4-*bis* della stessa legge.

²⁵ Trib. Sorv. Firenze, 31 gennaio 2013, M. F., in *G.U.*, 22 maggio 2013, n. 21.

un percorso più complesso ed impegnativo per accedere ai benefici penitenziari, che, invece, soggetti condannati per reati meno gravi possono conseguire più agevolmente, si pone in netto contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., allorché la misura "ostacolata" prescinda da qualsiasi contenuto rieducativo o trattamentale e si preoccupi solo di ripristinare, dove possibile, la convivenza tra madre e figli, consentendo così alla prole di godere di quelle cure di cui abbisogna per un corretto sviluppo psicofisico.

In altre parole, secondo il giudice *a quo* l'art. 4-*bis* ord. penit. trascura la diversità di *ratio* della detenzione domiciliare, che mira a proteggere l'infanzia, rispetto agli altri benefici penitenziari, che hanno per finalità primaria il reinserimento sociale del condannato.

Ne consegue un irrazionale e discriminatorio sbilanciamento dei valori in gioco, di guisa che, «pur essendo la norma orientata alla salvaguardia del diritto del figlio a ripristinare il naturale rapporto di convivenza con la madre, il "superiore interesse" del minore, anziché prevalere, sembra cedere il passo innanzi alla pretesa punitiva dello Stato ed ai rigori che il Legislatore ha inteso prevedere per l'accesso ai benefici penitenziari per i responsabili di gravi delitti»²⁶. Irragionevolmente, quindi, verrebbero riversate sulle fragili spalle del minore le conseguenze delle gravi responsabilità penali della madre e della sua scelta di non collaborare utilmente con l'autorità giudiziaria, ovvero del fatto che ella non riesca a vedere riconosciuta l'impossibilità, l'irrilevanza o la superfluità di una propria collaborazione con la giustizia.

In conclusione, secondo il giudice rimettente la formulazione dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. si discosta fortemente dal principio del superiore interesse dell'infanzia «ponendo in realtà ostacoli, in relazione all'art. 47-*quinqüies* ord. penit., non all'accesso da parte di un detenuto ad un beneficio penitenziario ma all'esercizio di un diritto del tutto diverso, quello del minore a vivere e a crescere mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con la propria madre, dalla quale ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione»²⁷.

4. La decisione della Corte costituzionale

La Corte costituzionale, nel ritenere fondata la questione di legittimità, preliminarmente si è soffermata sull'evoluzione della tutela del rapporto tra condannate madri e figli minori, sottolineando che l'ordinamento, attraverso l'introduzione della misura della detenzione domiciliare speciale, ha agevolato il compito per le condannate madri di provvedere alla cura e all'assistenza

²⁶ Trib. sorv. Firenze, 31 gennaio 2013, M. F., cit.

²⁷ Trib. sorv. Firenze, 31 gennaio 2013, M. F., cit.

dei figli²⁸.

Ciò posto, passando all'esame del merito della questione, ha sottolineato, in primo luogo, la natura peculiare della misura disciplinata dall'art. 47-*quinquies* ord. penit., e, pur non escludendone la funzione rieducativa, ha rilevato come «nell'economia dell'istituto in questione assuma un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età a instaurare un rapporto quanto più possibile normale con la madre (o eventualmente con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo»²⁹. Interesse, che non rileva soltanto con riferimento all'art. 3 Cost. in relazione all'esigenza di un rapporto differenziato, ma evoca ulteriori parametri costituzionali pure richiamati dal giudice rimettente e precisamente gli artt. 29, 30 e 31 Cost., posti a tutela della famiglia, del diritto-dovere di educazione dei figli e della protezione dell'infanzia³⁰.

Peraltro, ha osservato che l'interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione, trova riconoscimento anche in fonti sovranazionali, che qualificano come superiore l'interesse del minore, «stabilendo che in tutte le decisioni relative a minori, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, detto interesse deve essere considerato “preminente”»³¹.

Quindi, in virtù di tali considerazioni, ha rilevato come l'aver assoggettato anche la detenzione domiciliare speciale al regime restrittivo di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., accomunando fattispecie tra loro profondamente diversificate, sia senz'altro lesivo degli interessi costituzionalmente garantiti, tra i quali emerge, in particolare, l'esigenza di assicurare la preminenza dell'interesse del

²⁸ In dottrina, ritengono che la detenzione domiciliare speciale abbia confermato il *favor* accordato dalla legge penitenziaria allo stato di gravidanza ed alla maternità, sotto il profilo specifico della cura e dell'assistenza dei figli, CANEVELLI, *Misure alternative al carcere e tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 812; CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8 marzo 2001, n. 40), in *Leg. pen.*, 2001, 547.

²⁹ Corte cost., n. 239 del 2014, in www.dirittoegustizia.it, 4.

³⁰ L'interesse del minore ad instaurare e mantenere un rapporto quanto più possibile normale con la madre è valorizzato anche dall'art. 11 ord. penit., che consente alle madri di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni, prevedendo, altresì, che «per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido».

³¹ Corte cost., n. 239 del 2014, cit., 5, secondo cui, sul piano internazionale, vengono in particolare considerazione le disposizioni dell'art. 3, co. 1, della Convenzione dei diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, e dell'art. 24, co. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

minore.

A parere del Giudice delle leggi, infatti, la normativa non opera un corretto bilanciamento tra le esigenze preventive di contrasto alla criminalità organizzata, perseguite attraverso «l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione dei benefici penitenziari [...] rimuovibile» con una condotta collaborativa, e l'interesse del minore «a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo psico-fisico» alla cui tutela è diretta, in maniera precipua, la detenzione domiciliare speciale.

In tal modo, «il “costo” della strategia di lotta al crimine organizzato viene traslato su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare». D'altronde, osserva la Corte, una differenziazione di trattamento si appalesa necessaria anche se si guarda alla funzione rieducativa della pena che costituisce l'altra e concorrente *ratio* del regime di rigore. Infatti, la subordinazione dell'accesso alle misure alternative ad un indice normativo di ravvedimento del condannato, individuato nella condotta collaborativa, espressiva della rottura del nesso tra il soggetto e la criminalità, può risultare giustificabile allorché si discuta di misure che hanno quale finalità, in via esclusiva, la risocializzazione del condannato. Viceversa «cessa di esserlo quando al centro della tutela si collochi un interesse “esterno” ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo».

Tuttavia, viene precisato che nemmeno l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne forma oggetto di protezione assoluta, dovendo essere bilanciato con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore in seguito alla commissione di un reato. E proprio a tale logica di bilanciamento risponde la disciplina delle condizioni di accesso alla detenzione domiciliare speciale previste dall'art. 47-*quinquies*, co. 1, l. 26 luglio 1975 n. 354.

Allora, il corretto bilanciamento tra interessi contrapposti - quello di difesa sociale, sotteso al fine di perseguire il contrasto alla criminalità organizzata, e quello relativo alla tutela del minore - va operato non in astratto, bensì in concreto.

In altri termini, afferma la Corte, l'interesse del minore può cedere di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, ma la sussistenza di queste ultime va verificata non sulla base di indici presuntivi, quali quelli cristallizzati nella norma censurata, bensì in concreto, nel senso cioè che il giudice deve verificare nella specifica situazione sottoposta al suo vaglio la effettiva sussistenza del pericolo della commissione di ulteriori delitti da parte della

condannata.

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, l. 26 luglio 1975 n. 354, la Corte ha ritenuto, altresì, che la declaratoria di illegittimità vada estesa, in via consequenziale, anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria disciplinata dall'art. 47-*ter*, co. 1, lettere a) e b) della medesima legge, onde evitare che tale misura «avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore *in parte qua*».

5. La impossibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma oggetto di censura

In assenza di una esplicita previsione normativa, in dottrina, già prima che venisse sollevata la questione di legittimità costituzionale, si dubitava circa la possibilità di ricomprendere fra le misure alternative alla detenzione, precluse in caso di condanna per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* ord. penit., la detenzione domiciliare speciale³². Difatti, essendo frutto di una interpolazione della legge fondamentale di ord. penit. operata dalla l. 8 marzo 2001 n. 40, il legislatore non aveva potuto prenderla in considerazione, annoverandola fra le misure alternative alla cui concessione osta la condanna per uno dei reati previsti dalla norma.

La Corte costituzionale ritiene che vada escluso che la norma censurata si presti ad una lettura costituzionalmente orientata, tale da sottrarre la detenzione domiciliare speciale dalla sfera applicativa del divieto da essa previsto.

Le argomentazioni su cui si fonda la conclusione paiono ineccepibili.

In primo luogo viene fatto riferimento all' inequivoco dato letterale.

La detenzione domiciliare speciale va ricondotta nel novero delle misure alternative alla detenzione. Il regime restrittivo previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit. è riferito proprio a tali misure. Ne consegue che esso vada applicato anche

³² Coloro che propendevano per la esclusione della detenzione domiciliare speciale dal novero delle misure alternative si richiamavano al noto brocardo *ubi lex voluit dixit*, fondando la tesi sullo scopo della norma che mira a tutelare i minorenni dalle conseguenze della prolungata carcerazione dei genitori, uno scopo da ritenere prevalente sulle esigenze di tutela della collettività, e che crea una sorta di «zona franca di tutela» per i detenuti bisognosi di particolari interventi di assistenza. Così FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della l. 26 luglio 1975 n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, c. 446. Chi, viceversa, riteneva che la misura andasse ricompresa nel novero di quelle contemplate dall'art. 4-*bis* ord. penit., faceva rilevare che il silenzio della norma non potesse essere superato, non presentando la misura analogie con i casi di tutela della salute del detenuto. In tal senso FILIPPI, SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 131. In tal senso anche la giurisprudenza di legittimità, secondo cui la detenzione domiciliare rientra fra i benefici penitenziari la cui concessione è preclusa dall'art. 4-*bis*. Cfr. Cass., Sez. I, 13 febbraio 2004, Amalfi, in *Cass. pen.*, 2005, 505.

alla peculiare fattispecie di detenzione domiciliare in parola.

A tale considerazione si aggiungono ragioni di ordine sistematico.

Anzitutto, non sembra, che possa obiettarsi che la misura in questione, sebbene rientri nell'ambito delle misure alternative alla detenzione, giacché introdotta dalla legge n. 40 del 2001, esuli dalle misure prese di mira dal legislatore, che, dieci anni prima, aveva varato il regime restrittivo. Il co. 1 dell'art. 4-*bis* l. 26 luglio 1975, n. 354, è stato integralmente riscritto, prima dalla legge n. 279 del 2002, poi dal d. l. n. 38 del 2011, entrambi successivi alla legge n. 40 del 2001. È evidente che se il legislatore avesse voluto affrancare dalla disciplina preclusiva la detenzione domiciliare speciale lo avrebbe potuto fare, indicandolo nei nuovi testi normativi. A conferma di tale assunto sta la circostanza che il legislatore ha espressamente escluso dal divieto in questione ulteriori misure alternative alla detenzione introdotte successivamente al varo dell'originario regime dell'art. 4-*bis* ord. penit., quale, ad esempio, la detenzione domiciliare per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria. La Corte costituzionale rileva, ancora, che dall'espresso richiamo all'art. 4-*bis*, che compare nel co. 1-*bis* dell'art. 47-*quinqüies* ord. penit., non può desumersi, *a contrario*, che, in assenza di analogo richiamo le preclusioni previste dall'art. 4-*bis* ord. penit. non si applicherebbero alla detenzione domiciliare speciale, disposta ai sensi del co. 1 dello stesso art. 47-*quinqüies*. Infatti, il rinvio contenuto nel co. 1-*bis* svolge una funzione autonoma e ulteriormente limitativa, impedendo in assoluto alle condannate per i delitti di cui all'art. 4-*bis* di espiare la frazione iniziale di pena con modalità agevolate, anche quando si sia verificata la condizione che fa venire meno la preclusione all'accesso ai benefici penitenziari.

Infine, il giudice delle leggi sottolinea che la conclusione prospettata corrisponde pienamente al diritto vivente, registrandosi una generale convergenza di opinioni, sia in dottrina che in giurisprudenza, riguardo al fatto che la detenzione domiciliare speciale ricada anch'essa nel perimetro di operatività della norma censurata.

In conclusione, la peculiarità della *ratio* sottesa alla detenzione domiciliare speciale non vale a sottrarla al divieto previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit., mentre restano immuni dalla sfera di operatività di tale norma quei benefici penitenziari desumibili inequivocamente dal dato letterale, ossia i permessi cosiddetti di necessità (art. 30 ord. penit.), il rinvio dell'esecuzione della pena di cui agli artt. 146 e 147 c.p., l'affidamento in prova terapeutico, disciplinato dall'art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, le misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria, la cui esclusione dalla disciplina restrittiva è espressamente stabilita dall'art. 47-

quater, co. 9, l. 26 luglio 1975 n. 354³³.

6. La prevedibile eliminazione di una presunzione legale nel solco della linea di tendenza della giurisprudenza costituzionale

Come si è visto, la Corte costituzionale ritiene che l'art. 4-*bis* ord. penit., nel cristallizzare una presunzione astratta di pericolosità anche nei confronti della condannata madre di prole con età non superiore a dieci anni, non consente un corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti, rappresentati, da un lato, da quello della difesa sociale, sotteso al perseguimento del contrasto alla criminalità organizzata, dall'altro, da quello inerente alla tutela del minore. Tali interessi, infatti, vanno verificati in concreto, non essendo razionale che la pericolosità, ovvero la concreta sussistenza del pericolo di recidiva, si fondi su una presunzione assoluta, che, proprio perché tale, risulta incompatibile con la Costituzione. È il giudice che deve valutare nel caso concreto sottoposto al suo vaglio se sussista il concreto pericolo che la condannata commetta ulteriori delitti.

A fondamento della conclusione viene richiamata una precedente decisione della Corte, che, pur pronunciandosi su una questione strutturalmente diversa da quella in esame, aveva avuto modo di porre in evidenza la speciale rilevanza dell'«interesse del figlio minore a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione»³⁴.

Anche in tale occasione il Giudice delle leggi aveva richiamato la verifica giudiziale da effettuare nel caso concreto.

³³ In dottrina, tra gli altri, CANEVELLI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere. Aspetti giuridici. Commento alla l. 12 luglio 1999, n. 231*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1227; MAGLIONI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere. Aspetti medico-legali. Commento alla l. 12 luglio 1999, n. 231*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 121, ritengono che l'art. 47-*quater* ord. penit. non costituisca una nuova misura alternativa, in quanto si limita a dettare una disciplina derogatoria dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare a favore dei condannati ed internati affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria, sul presupposto della specificità della condizione di tali soggetti detenuti in carcere.

³⁴ Corte cost., n. 31 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 364, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 569 c.p. nella parte in cui stabiliva che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, co. 2, c.p. conseguisse di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Sulla scia di tale pronuncia, più di recente, Corte cost., n. 7 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 169, ha, parimenti, dichiarato l'illegittimità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabiliva che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, co. 2, c.p., conseguisse di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto.

Pertanto, la eliminazione della presunzione legale non era del tutto imprevedibile³⁵.

D'altronde, in forza di alcuni interventi normativi³⁶, negli ultimi anni, sono stati eliminati diversi sbarramenti preclusivi a benefici penitenziari.

Nella scia di tali interventi va inquadrata la decisione in commento, giacché anche essi, eliminando astratte presunzioni *iuris et de iure*, di pericolosità sociale, hanno rimesso la scelta alla valutazione discrezionale del giudice.

7. Una prima rilettura della disposizione normativa

Le argomentazioni della Corte costituzionale si concludono con la estensione della declaratoria di illegittimità anche alla detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), della legge n. 354 del 1975, e «ciò per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore *in parte qua*». Partendo dall'assunto che la *ratio* sottesa sia alla detenzione domiciliare speciale che a quella generica non sia da ricondurre soltanto alla situazione del minore da

³⁵ CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *questa Rivista*, 2014, 3, 9.

³⁶ Osserva DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 96, che una delle novità più significative contenute nel d.l. 1 luglio 2013, n. 78, conv., con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 94, è rappresentata dalla eliminazione di quegli automatismi carcerari che impedivano o comunque rendevano assai più difficile l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione ai condannati cui era stata applicata la circostanza aggravante della recidiva reiterata, di cui all'art. 99, co. 4, c.p.. Infatti, per effetto dell'abrogazione del co. 1.1 dell'art. 47-ter ord. penit. la detenzione domiciliare "tradizionale" può essere concessa ai recidivi reiterati in condizioni di parità rispetto agli altri condannati, mentre la modifica del co. 1-bis del medesimo art. rende la detenzione domiciliare infra-biennale accessibile ai recidivi alle stesse condizioni degli altri condannati. Tuttavia, va rilevato che la parificazione del trattamento non è completa perché inspiegabilmente è rimasta preclusa ai recidivi reiterati la detenzione domiciliare per gli infrasettantenni. A parere dell'Autrice si tratta di una grossolana dimenticanza del legislatore. Permangono, inoltre, ulteriori preclusioni normative. Vengono, infatti, stabilite soglie di pena più elevate per i recidivi reiterati al fine della concessione dei permessi premio, mentre, in forza dell'art. 58-quater, co. 7-bis, ai condannati cui sia stata applicata la recidiva reiterata non possono essere concesse per più di una volta le misure alternative dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà. Sempre in tema di preclusioni legislative CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 489, rilevano che la rilevante importanza attribuita, dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, ai precedenti penali a carico dell'autore del reato, al fine di ritardare o addirittura escludere la concessione di benefici penitenziari, se appaiono giustificabili, dal punto di vista criminologico, sembra difficile comprenderne l'introduzione alla luce del principio della rieducazione, che «impone piuttosto di considerare l'evoluzione della personalità del soggetto e costringe a considerare una situazione presente che rileverà nel futuro (e questo è sempre l'oggetto della valutazione dell'operatore penitenziario) mentre il far pesare una situazione, sia pure oggettiva, attinente al passato e che non può essere susprata dal soggetto con miglie del suo comportamento, non sembra soluzione razionale, in quanto toglie incentivi a superare il passato criminale e ad intraprendere percorsi di recupero».

tutelare, bensì anche ad una condizione in cui sia stato avviato un percorso di rieducazione del condannato, i Giudici della Consulta stabiliscono che anche per la concessione della detenzione domiciliare ordinaria il giudice debba verificare se sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

La decisione, che si inquadra nell'ipotesi dell'illegittimità costituzionale consequenziale³⁷, comporta una parificazione che potrebbe destare, *prima facie*, qualche perplessità.

La condizione della idoneità della misura a contenere il pericolo di recidiva nel delitto è un presupposto non espressamente previsto dall'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., che contempla la detenzione domiciliare ordinaria cosiddetta "a fini umanitari"³⁸.

La scelta normativa sembra dettata dalla *ratio* dell'istituto, che, nonostante le radicali modifiche apportate dalla l. 27 maggio 1998, n. 165, finalizzata a contrastare il sovraffollamento carcerario, continua ad assolvere principalmente finalità umanitarie ed assistenziali³⁹.

³⁷ Come è noto, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato vale anche per la giurisdizione costituzionale ed è reso esplicito dall'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87. Tuttavia, una importante eccezione a tale principio è prevista, con riferimento alle sentenze di accoglimento, proprio nel secondo periodo di tale articolo, secondo cui la Corte, quando dichiara la illegittimità costituzionale di determinate norme, «dichiara altresì quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata». Osserva ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 212, che questo «è il caso dell'illegittimità costituzionale consequenziale, che consente eccezionalmente di superare, in una prospettiva generale, i limiti della questione come prospettata dal giudice *a quo*, sotto il vincolo limitativo della rilevanza». Secondo l'Autore resta, però, difficile precisare i caratteri di tale consequenzialità. Anche CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 380-381, rileva che non è perfettamente pacifico in dottrina in che cosa consista il nesso di «consequenzialità», dando luogo, anche nella giurisprudenza costituzionale, a soluzioni non sempre costantemente conformi. A parere dell'Autore una «ipotesi di corretta applicazione del secondo periodo dell'art. 27 è quella in cui, proprio per effetto della decisione adottata dalla Corte col dichiarare la incostituzionalità di determinate norme, altre che con esse formavano sistema ne risultino "sbilanciate", nel senso che - ove non si provvedesse a farne cessare contestualmente l'efficacia - ne deriverebbero ingiustificate disparità di trattamento [...]». Tuttavia, continua ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 214, «l'uso che la Corte fa del potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale consequenziale è assai largo (sempre più largo nei tempi recenti) e difficilmente razionalizzabile alla stregua di un criterio coerente; esso si spiega più che in riferimento ai caratteri del giudizio costituzionale, con considerazioni attinenti alla tempestività della tutela dei valori costituzionali e all'economia dei mezzi giuridici».

³⁸ Per tale definizione cfr. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, cit., 10.

³⁹ Sottolineano le finalità di tipo umanitario, proprie dell'istituto, DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 867; PALIERO, *L. 27 maggio 1998, n. 165. Modifiche all'art. 656 c.p.p. ed alla l. 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni. Art. 4. Detenzione domiciliare*, in *Legisl. pen.*, 1998, 812; PIERRO, *La nuova disciplina della detenzione domiciliare nel quadro della trasformazione del sistema dell'esecuzione penale*, in *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, a cura di IOVINO, KALB, Milano, 1998, 287. Più di recen-

Tuttavia, nella prospettiva di contemperare le contrapposte esigenze del condannato e della collettività, va ricordato che il tribunale di sorveglianza può imporre prescrizioni di controllo e, secondo quanto stabilito dall'art. 284 del c.p.p., disporre forme anche elettroniche di verifica sulla loro osservanza anche nel corso dell'esecuzione della misura e non solo al momento dell'applicazione, in virtù del disposto dell'art. 58-*quinquies* l. 26 luglio 1975, n. 354⁴⁰.

Appare evidente che l'effetto più rilevante di tali prescrizioni sia proprio quello di evitare il pericolo di recidiva.

Allora, sebbene non espressamente prevista, la idoneità della misura ad evitare il pericolo di recidiva non può essere considerato presupposto estraneo alla misura alternativa alla detenzione in parola⁴¹.

Anche l'opinione secondo cui alla detenzione domiciliare generica siano estranee finalità di risocializzazione-rieducazione⁴² potrebbe destare apparentemente qualche dubbio.

Tuttavia, sebbene sporadico, il riferimento alla finalità risocializzante è conte-

te CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, cit., 10, a parere della quale «il legislatore non ha inteso ricollegare la *ratio* dell'istituto alla risocializzazione o al ravvedimento del condannato, bensì ha avuto di mira essenzialmente finalità» di tipo umanitario.

⁴⁰ Secondo DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 28, «tale ipotesi troverà, presumibilmente applicazione nei casi di inosservanza delle prescrizioni e [...] potrà auspicabilmente servire per evitare la revoca della misura alternativa, nell'ipotesi in cui si ritenga che possa essere sufficiente il più incisivo controllo realizzato attraverso il braccialetto elettronico».

⁴¹ A tal proposito Corte cost., n. 177 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 585, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 47-ter ord. penit., nella parte in cui configurava automaticamente il reato di evasione indipendentemente dalla durata dell'allontanamento nell'ipotesi di madre di prole infradecenne, osserva che, sebbene il pericolo concreto di commissione di ulteriori delitti non sia condizione esplicitamente enunciata in relazione alla detenzione domiciliare ordinaria, deve comunque ricorrere, secondo la giurisprudenza, stante la *ratio* comune delle misure alternative alla detenzione.

⁴² Di tale opinione CESARIS, Sub art. 47-ter, in *Ord. penit. comm. Della Casa, Giostra*, Padova, 2015, 583, per la quale la detenzione domiciliare, sebbene inserita nel capo VI del titolo I della legge dell'ordinamento penitenziario, tra le misure alternative alla detenzione, non può ad esse ricondursi, costituendo, piuttosto, una modalità alternativa di esecuzione della pena. Assunto che secondo l'Autrice si ricava più che dal dato letterale dall'assenza di qualunque contenuto risocializzante e di qualunque momento rieducativo, atteso che l'unica prescrizione impartita al beneficiario inerisce all'obbligo di non allontanarsi dal luogo indicato nel provvedimento quale sede dell'esecuzione. Di recente, nello stesso senso, PISANI, *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità*, in *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, a cura di Del Coco, Marafioti, Pisani, Torino, 2014, 78, per il quale la nuova morfologia della detenzione domiciliare è quella di una «novella pena «discrezionale» [...] eccentrica e neutra rispetto a finalità di risocializzazione-rieducazione. Caratteristiche «accentuate dal regime non trattamentale, se si vuole prescindere dal generico richiamo dell'art. 47-ter, co. 4, ord. penit. agli «interventi del servizio sociale», e dalla progressione negli spazi di libertà che, solo a costo di sforzi «retorici» non indifferenti, possono essere ricompresi nella nozione di «trattamento»».

nuto nel co. 4 dell'art. 47-ter ord. penit., che richiama le «disposizioni per gli interventi del servizio sociale», che devono essere determinate ed impartite dal tribunale di sorveglianza

Accomunare, perciò, le diverse *species* di detenzione domiciliare, ritenendo che l'obiettivo comune a tutte le misure alternative alla detenzione sia costituito dalla sola finalità di reinserimento sociale del condannato, non sembra condivisibile, giacché nella detenzione domiciliare cosiddetta a fini umanitari il destinatario della tutela è il minore, valore preminente che rende la sua concedibilità prevalente su parametri soggettivi, riconducibili ad una astratta pericolosità sociale del condannato⁴³.

Inoltre, va osservato che una verifica giudiziale di pericolosità svincolata dall'esame del caso di specie implicherebbe che la valutazione sia orientata unicamente verso fini di tutela di difesa sociale, risultando, così, l'istituto impoverito di contenuti personalistici.

In altre parole, orientando la valutazione in modo preponderante sul requisito astratto della pericolosità della detenuta madre, la misura subirebbe un evidente snaturamento della sua *ratio essendi*, acquisendo una diversa morfologia, che privilegia unicamente le esigenze di prevenzione, annullando le preminenti finalità umanitarie dell'istituto.

Tale deriva può essere evitata - come la Corte costituzionale ammonisce - lasciando all'apprezzamento discrezionale del giudice l'operazione di bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco⁴⁴.

Ovviamente, e non si può fare a meno di sottolinearlo, ciò comporta un ulteriore inasprimento del delicato compito riservato alla magistratura di sorveglianza, che si aggiunge a quello determinato dalla introduzione del nuovo reclamo giurisdizionale, ex art. 35-bis ord. penit., ad opera del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10⁴⁵.

⁴³ In tali termini, ancora, CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, cit., 12, la quale ritiene che se il legislatore avesse voluto contemplare il parametro in questione lo avrebbe dovuto introdurre espressamente nel dettato normativo in forza del principio secondo cui le modalità di esecuzione della pena extracarceraria devono essere fissate sulla base di criteri del trattamento individualizzato legislativamente predeterminati e non già in virtù di una finalità rieducativa ritenuta implicita alle misure alternative alla detenzione.

⁴⁴ Aveva auspicato tale soluzione CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, cit., 15, che sottolinea come ciò già avvenga normalmente nell'applicazione della detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b) della l. 26 luglio 1975, n. 354.

⁴⁵ Osserva DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 133, che «con tale disposizione si è dato finalmente riconoscimento normativo al principio, affermato in giurisprudenza, della tutelabilità in via giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti nei confronti dell'Amministrazione

