

ERICA FARINELLI

Dottore di ricerca in Diritto processuale penale interno, internazionale e comparato – Università degli Studi di Perugia

Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello “speciale interesse del minore”

*Towards the overcoming of the penitentiary presumptions
between the reasonableness principle and the prevalence
of the “special interest of the child”*

Nel pronunciarsi sulla preclusione all’accesso alla detenzione domiciliare speciale prevista dall’art. 47-quinquies, comma 1-bis, ord. penit. per le madri condannate per delitti di cui all’art. 4-bis ord. penit., la Corte costituzionale coglie l’occasione per sviluppare ed approfondire il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale ispirato alle esigenze di tutela dell’interesse superiore del minore, già inaugurato dalla nota sentenza n. 239/2014.

In deciding on foreclosure for access to the special home detention provided for in art. 47-quinquies, comma 1-bis, of Italian prison law for mothers convicted of crimes under art. 4-bis of Italian prison law, the Constitutional Court takes the opportunity to develop and to deepen the new course of constitutional jurisprudence inspired by the requirements for the protection of the best interest of the child, already opened by the well-known judgment n. 239/2014.

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Chiamata a pronunciarsi sulla preclusione all’accesso alla detenzione domiciliare speciale per le madri condannate per i delitti di cui all’art. 4-bis ord. penit., la Corte costituzionale coglie l’occasione per sviluppare ed approfondire il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale ispirato alle esigenze di tutela dell’interesse superiore del minore (*the best interest of the child*¹), già inaugurato dalla nota sentenza n. 239 del 2014².

Anticipando solo in parte quanto si avrà occasione di precisare nel prosieguo, può sin d’ora osservarsi che la decisione in commento si inserisce nel novero delle sempre più numerose declaratorie di incostituzionalità volte a superare le presunzioni legislative di tipo assoluto e i connessi automatismi (sanzionatori, processuali o esecutivi-penitenziari che siano).

Già oggetto di un particolare vaglio critico “in via ordinaria” per le possibili frizioni con i diritti fondamentali della persona, le presunzioni in questione sono destinate ad un sindacato di costituzionalità “rafforzato” ove rilevi il concorrente interesse di tutela del minore, coinvolto – suo malgrado – nelle vicende penitenziarie dei genitori.

Il superiore interesse del minore – «soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione»³, specie se in tenera età – a godere dell’affetto e delle cure genitoriali è posto nuovamente al centro della riflessione giuridica relativa all’esecuzione penitenziaria del condannato-ge-

¹Sulle coordinate del principio nel quadro internazionale ed europeo, cfr., da ultima, E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

²La Corte costituzionale aveva già dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 4-bis, comma 1, ord. penit. nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall’art. 47-quinquies ord. penit., nonché, in via consequenziale, «per evitare che una misura avente finalità identiche ... ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore *in parte qua*», la misura della detenzione domiciliare prevista dall’art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), ord. penit., ferma restando, rispetto a tale ipotesi, la condizione dell’insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti (C. cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3922 ss.). Sulla pronuncia in questione si tornerà più diffusamente, *infra*, nella nota 39.

³In termini, cfr. C. cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit., § 8.

nitore e risulta preminente finanche rispetto alla differenziazione trattamentale riconducibile alla natura del reato da questi commesso⁴, con intuibili e rilevanti implicazioni sistematiche sulle modalità di espiazione della pena.

Questi, in sintesi, i punti nodali della pronuncia annotata, sui quali occorre, pertanto, soffermarsi, non prima di aver esaminato la questione rimessa al vaglio della Consulta, gli istituti giuridici direttamente coinvolti e le ragioni sottese alla declaratoria di incostituzionalità.

LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Nell'ambito di un procedimento di sorveglianza relativo a condannata alla pena di anni sette di reclusione per il delitto di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, il Tribunale di sorveglianza di Bari solleva, in relazione agli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, ord. penit., nella parte in cui impedisce l'accesso alle modalità di espiazione della pena ivi previste alle madri condannate per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

Nel caso di specie, la condannata – già ammessa alla detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 1-*ter*, ord. penit. (in relazione alla condizione legittimante il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena di cui all'art. 147, comma 1, numero 3), c.p.), in quanto madre di prole di età inferiore a tre anni – all'approssimarsi del compimento dei tre anni di età della figlia minore (momento dal quale sarebbe derivato il ripristino della detenzione carceraria) ha presentato istanza al magistrato di sorveglianza per ottenere la proroga, in via provvisoria, della detenzione domiciliare; contestualmente ha inoltrato al Tribunale di sorveglianza richiesta di concessione della detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies*, comma 1-*bis*, ord. penit., chiedendo, in subordine, che il Tribunale adito sollevasse questione di legittimità costituzionale della disposizione da ultimo citata, nella parte in cui esclude dalla concessione del beneficio i soggetti condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

Il giudice *a quo* esclude, in via preliminare, che nel caso di specie possano ritenersi operanti gli effetti della summenzionata pronuncia della Corte costituzionale del 2014, posto che la stessa ha riguardato il solo comma 1 (e non anche il comma 1-*bis*⁵) dell'art. 47-*quinquies* ord. penit., secondo cui, qualora non ricorrono le condizioni richieste ai fini della concedibilità del beneficio di cui all'art. 47-*ter* ord. penit., la detenuta madre di prole di età inferiore ai dieci anni può essere ammessa ad espiare la parte residua di pena anche in ambito domiciliare (secondo le modalità di cui al successivo comma 1-*bis*), purché sia stato scontato almeno un terzo della pena ovvero quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo.

Passando ad esaminare la situazione della condannata, il Tribunale rimettente rileva non solo il difetto dei presupposti per la concessione della detenzione domiciliare speciale ai sensi dell'art. 47-*quinquies*, comma 1, ord. penit. (non essendo stato ancora espiato un terzo della pena), ma anche la natura ostativa, *ex art. 4-*bis**, comma 1, ord. penit., del reato in esecuzione (l'art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), preclusiva anche dell'applicazione del comma 1-*bis* dell'art. 47-*quinquies* ord. penit., che avrebbe consentito alla condannata la possibilità di espiare, sin da subito, con le modalità agevolate ivi descritte, anche la frazione di quota-pena iniziale.

Non restava al giudice rimettente che esaminare l'ultima della richieste difensive: l'eventuale proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'unico disposto normativo astrattamente applicabile al caso di specie (l'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, ord. penit.), ma concretamente inapplicabile – come si è detto poc'anzi – stante lo sbarramento legislativo di tipo assoluto previsto per le madri condannate per delitto ricompreso nel “catalogo 4-*bis* ord. penit.”.

Nel vagliare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della indicata censura di costituzionalità, il Tribunale barese osserva che «la logica sottesa» alla pronuncia del 2014 dovrebbe applicarsi anche con riferimento alla preclusione assoluta sancita dall'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, ord. penit. per le madri

⁴Cfr., per tutti, V. Grevi, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in Id. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, p. 4.

⁵«*Per incidens*, va segnalato che tale autonoma limitazione – stabilita da una norma distinta [l'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, ord. penit.] da quella censurata [l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. con riferimento alla concessione della detenzione domiciliare speciale, disposta ai sensi dell'art. 47-*quinquies*, comma 1, ord. penit.] – resta estranea all'odierno scrutinio di legittimità costituzionale, il quale verte sul solo divieto di concessione della detenzione domiciliare speciale dopo l'espiazione della quota preliminare di pena» (così C. cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit., § 7).

condannate per taluno dei delitti elencati nel citato art. 4-bis ord. penit., poiché, diversamente, «le esigenze superiori di tutela della maternità e del minore, anziché prevalere, risulterebbero recessive rispetto alla pretesa punitiva dello Stato»⁶.

MISURE ALTERNATIVE EXTRAMURARIE E TUTELA DELLA GENITORIALITÀ NEL SISTEMA ORDINAMENTALE PENITENZIARIO

Tanto premesso in ordine alla *quaestio facti* da cui origina la rimessione alla Corte costituzionale e prima di soffermarsi sul più ampio commento delle motivazioni della sentenza, occorre tratteggiare – sia pure nei suoi tratti essenziali e funzionali alla comprensione delle problematiche sottoposte al vaglio di costituzionalità – il quadro normativo su cui la Consulta è chiamata ad intervenire⁷.

La misura alternativa della detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies* ord. penit. è stata introdotta dalla legge 8 marzo 2001, n. 40⁸, col dichiarato intento di ampliare la possibilità, per le madri (o i padri) condannati a pena detentiva, di scontare quest'ultima con modalità esecutive extracarcerarie, «al fine di evitare che l'espiazione della pena, nelle tradizionali forme della coercizione segregante, influisca negativamente sul rapporto madre-figlio condizionando, spesso in maniera irreparabile, lo sviluppo del minore in una fase particolarmente delicata della sua crescita»⁹.

Superando il limite – anche residuo – di pena quadriennale di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, ord. penit.¹⁰, l'art. 47-*quinquies*, comma 1, ord. penit., ha, così, consentito alle madri di prole di età non superiore ad anni dieci, condannate a pene detentive anche superiori ai quattro anni, di accedere alla detenzione domiciliare speciale «al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli», alla condizione, però, che, da un punto di vista «espiativo», abbiano già scontato almeno un terzo della pena (ovvero almeno quindici anni in caso di condanna all'ergastolo) e sempre che, in negativo, non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e, in positivo, che vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli.

Al medesimo beneficio sono ammessi, ai sensi del successivo art. 47-*quinquies*, comma 7, ord. pe-

⁶ Trib. sorv. Bari, ord. 12 ottobre 2015, iscritta al n. 52 R. Ord. 2016, in *G.U.*, 1^a serie spec., 2016, n. 11.

⁷ Con l'avvertenza che ci si limiterà ad esaminare i soli istituti espressamente richiamati dalla Consulta.

Ulteriori istituti espressivi della particolare attenzione riservata dal legislatore alla tutela della maternità e, più in generale, dei minori coinvolti nelle vicende carcerarie dei genitori sono, ad esempio, l'estensione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena fruibile da parte delle madri di prole inferiore ad anni uno (art. 146, comma 1, n. 2) c.p.) o di quello facoltativo con riferimento alle madri di prole di età inferiore a tre anni (art. 147, comma 1, n. 3) c.p.), i servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere (art. 11, comma 8, ord. penit.), la riconosciuta possibilità per le madri di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni e l'organizzazione di appositi asili nido negli istituti di detenzione (art. 11, comma 9, ord. penit.), l'assistenza all'esterno dei figli minori (art. 21-bis ord. penit.), il diritto di visita del figlio minore infermo o affetto da handicap in situazione di gravità e il diritto all'assistenza alle visite specialistiche relative a gravi condizioni di salute del figlio minore di dieci anni o di quello affetto da handicap grave (art. 21-ter ord. penit.), l'ammissione alla semilibertà consentita alle madri di figli di età inferiore a tre anni (art. 50, comma 7, ord. penit.). Per un quadro d'insieme, cfr. il contributo monografico di G. Co-stanzo, *Madre e bambino nel contesto carcerario italiano*, Roma, 2013.

⁸ Per una ricognizione del sistema penitenziario antecedente alla legge 40/2001, recante «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», ed una sintesi dell'iter legislativo, cfr. <http://www.ristretti.it/areestudio/donne/ricerche/mattei/secondo.htm>. Nella relazione accompagnatoria del d.d.l. si sottolinea che «la rottura della relazione madre-figlio è sempre drammatica e si rivela particolarmente dannosa nei casi di pene lunghe, quando l'eventuale ripristino di un rapporto significativo è necessariamente rimandato a un momento assai lontano nel tempo».

⁹ In questi termini, P. Canevelli, *Misure alternative al carcere e tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 812. Sul *nouum* legislativo, cfr. anche L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 547 e, da ultimo, F. Fiorentin, sub art. 47-*quinquies* ord. penit., A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., Milano, 2017, p. 2558 ss.

¹⁰ L'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) ord. penit., introdotto dall'art. 13 della l. 10 ottobre 1986, n. 663 (meglio nota come «legge Gozzini»), già prevedeva (e prevede tuttora) che la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possano essere espiate nella propria abitazione (o in altro luogo di privata dimora o in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero – per effetto della l. 21 aprile 2011, n. 62 – in case famiglia protette), quando la condannata è donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente (ovvero, ai sensi della lett. b), il padre, quando la madre è deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole). Sull'istituto, cfr. *ex multis*, tra i contributi più recenti, quelli di M. Gaspari, *La detenzione domiciliare nel quadro dell'ordinamento penitenziario*, in M. Gaspari-M. Leonardi, *La detenzione domiciliare*, Torino, 2017; G.M. Pavarin, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, p. 241 ss.

nit.¹¹, altresì, i padri detenuti, qualora la madre sia «deceduta o impossibilitata e non vi [sia] modo di affidare la prole ad altri che al padre»¹².

Nell'ottica di valorizzare ulteriormente il rapporto tra detenute madri e figli minori, conciliando le concorrenti esigenze di «limitare la presenza nelle carceri di bambini in tenera età» e di «garantire la sicurezza dei cittadini» anche nei confronti delle madri condannate per i reati considerati di «grave allarme sociale di cui all'articolo 4-bis ord. penit.»¹³, la legge 21 aprile 2011, n. 62¹⁴ ha, a sua volta, introdotto nel corpo dell'art. 47-quinquies ord. penit. il comma 1-bis.

«Al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli», la quota-pena preliminare di almeno un terzo della pena ovvero di almeno quindici anni prevista dal comma 1 può essere espiata dalle condannate madri, secondo le descritte modalità agevolate, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (I.C.A.M.) ovvero, qualora non sussista un concreto pericolo di reiterazione delittuosa o di fuga, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, di cura, assistenza o accoglienza ovvero, se istituita, in una casa famiglia protetta¹⁵.

L'inciso iniziale («salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis») preclude, tuttavia, espressamente, l'accesso a tali modalità espiative «di favore» alle madri condannate per taluna delle fattispecie delittuose richiamate dall'art. 4-bis della legge di ordinamento penitenziario, nel qual caso l'esecuzione del periodo di pena prodromico all'ammissione al beneficio dovrà necessariamente avvenire con le modalità inframurarie ordinarie di cui al comma 1. È sull'esclusione in questione che, come si è visto, si indirizza il dubbio di costituzionalità del *giudice a quo*.

LA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE TRA SUPERAMENTO DI PRESUNZIONI PENITENZIARIE E PREMINENZA DELL'INTERESSE DEL MINORE

Lo scrutinio di legittimità costituzionale muove dall'esame della disposizione censurata (l'art. 47-quinquies, comma 1-bis, ord. penit.) e dalle sue interrelazioni con il sistema degli altri benefici penitenziari astrattamente concedibili alle condannate madri, per poi giungere, mediante un percorso argomentativo connotato da apprezzabile chiarezza espositiva, ad esaminare le possibili frizioni con il vigente sistema costituzionale (e sovranazionale) di tutela del minore.

In via preliminare, la Corte respinge agevolmente – e del tutto condivisibilmente – l'obiezione solle-

¹¹ La formulazione normativa in questione ripropone, pur senza le limitazioni derivanti dall'avverbio «assolutamente», la dizione inserita nel testo dell'art. 47-ter, comma 1, lett. b), ord. penit. dalla l. 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone) intervenuta in via correttiva dopo la pronuncia con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità della norma *in parte qua* per violazione dell'art. 31, comma 2, Cost., laddove precludeva all'infante la possibilità di ricevere l'assistenza del padre detenuto, qualora la madre si fosse trovata nell'assoluta impossibilità di provvedere, non prevedendo «in tale caso e tale scopo, la detenzione domiciliare anche per il padre» (C. cost., 13 aprile 1990, n. 215, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1206).

¹² Interpellata a pronunciarsi sulla legittimità della norma in questione, nella parte in cui prevede che la misura alternativa della detenzione domiciliare speciale possa essere concessa al padre – qualora la madre sia impossibilitata a prendersene cura – soltanto se «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre» medesimo, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile «in ragione delle gravi lacune che segnano la descrizione della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* e che precludono il necessario controllo in punto di rilevanza» (C. cost., 9 luglio 2009, n. 211, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2442, con nota di C. Fiorio, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo, ibidem*, p. 2447 ss.). La formula legislativa censurata innanzi alla Consulta è passibile di una critica duplice, rivelando, anzitutto, una vera e propria «deminutio del padre rispetto «ad altri», anche terzi rispetto al consorzio affettivo di regola rappresentato da parenti ed affini», priva di alcuna giustificazione ragionevole e in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 215/1990. In secondo luogo, l'inciso normativo si appalesa intrinsecamente contradditorio, ove la stessa norma richiama, altresì, «la necessità che la legittimazione paterna sia riconosciuta «alle stesse condizioni stabilite per la madre» (per queste considerazioni, C. Fiorio, *Detenzione domiciliare speciale*, cit., p. 2453).

¹³ Così, testualmente, si legge nella *Relazione di sintesi redatta nell'ambito dei "Temi dell'attività parlamentare – Legge 62/2011 – Detenute madri"*, in <http://leg16.camera.it/561?appro=516>.

¹⁴ Per un'analisi d'insieme delle novità trasversali introdotte dalla legge 62/2011, recante, per l'appunto, «Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori», cfr. P. Corvi, *La n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri*, in *Corr. mer.*, 2011, p. 837 ss.; F. Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2616 ss.; C. Fiorio, *Madri detenute e figli minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 932 ss. e S. Marcolini, *Legge 21 aprile 2011 n. 62 – Disposizioni in tema di detenute madri*, in www.penalcontemporaneo.it.

¹⁵ La medesima legge 62/2011 ha novellato, altresì, il comma 1 dell'art. 47-quinquies ord. penit, con l'aggiunta dell'inciso finale «secondo le modalità di cui al comma 1-bis».

vata dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui il riferimento alle madri condannate per i delitti indicati dall'art. 4-bis ord. penit. determinerebbe un rinvio al regime sostanziale ivi descritto dal comma 1, consentendo, pertanto, alle condannate che abbiano collaborato con la giustizia, o che si siano trovate nell'impossibilità di farlo, di accedere alle descritte modalità di espiazione della pena.

Come già rilevato nel *leading case* del 2014¹⁶, la formulazione letterale del primo periodo del comma 1-bis dell'art. 47-quinquies della legge n. 354 del 1975 – recante un omnicomprensivo riferimento a «taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis»¹⁷ – non può in alcun modo essere inteso come un richiamo alle differenziate condizioni (tra le quali la collaborazione con la giustizia) per la concessione dei benefici penitenziari.

Viceversa, come si è visto poc'anzi, la norma censurata preclude, esplicitamente e in modo assoluto, l'accesso alle modalità agevolate di espiazione della prima parte di quota-pena alle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis ord. penit., quantunque, in ipotesi, si sia verificata la condizione della collaborazione con la giustizia.

Come già si è rilevato trattando della genesi del comma 1-bis dell'art. 47-quinquies ord. penit., l'istituto in questione è finalizzato a favorire l'instaurazione tra le madri detenute e i figli in tenera età di un rapporto quanto più possibile “normale”, nel quale assume una “speciale rilevanza” la tutela di un soggetto debole – il minore – distinto dal condannato e considerato meritevole di protezione particolare sia a livello costituzionale (in specie dall'art. 31, comma 2, Cost. ai sensi del quale «[la Repubblica] protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»¹⁸) sia da molteplici atti di derivazione internazionale¹⁹.

L'elevato rango da assegnarsi al superiore e preminente interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne non lo sottrae, tuttavia, in assoluto ad un possibile contemporaneamento con interessi contrapposti, dotati anch'essi di pari rilievo costituzionale.

Ricorrendo alla consolidata “tecnica del bilanciamento degli interessi”, costantemente praticata a fronte di presunzioni legislative di tipo assoluto per saggierne la ragionevolezza/irragionevolezza – arbitrarietà *ex art. 3 Cost.*²⁰, il Giudice delle leggi traccia il discriminare costituzionalmente ammissibile di eventuali presunzioni legislative connesse alle esigenze di difesa sociale sottese alla necessaria esecu-

¹⁶ La Corte costituzionale aveva già avuto modo di precisare che «nel comma 1-bis il richiamo [all'art. 4-bis ord. penit.] svolge una funzione autonoma e ulteriormente limitativa», impedendo «in assoluto alle condannate per i delitti di cui all'art. 4-bis di esprire la frazione iniziale di pena con modalità “agevolate”, anche quando si fosse verificata la condizione che rimuove la preclusione all'accesso ai benefici penitenziari (nella specie, la collaborazione con la giustizia)» (in questi termini, C. cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit., § 7).

¹⁷ Nella pronuncia in commento, la Consulta rileva, al § 2.1, che, in ogni caso, il giudice *a quo* non fornisce alcuna indicazione sull'eventuale collaborazione della condannata con la giustizia.

¹⁸ Dall'esame congiunto dell'art. 31, comma 2, Cost. e degli ulteriori precetti costituzionali dedicati, specificamente, alla famiglia come principale formazione sociale in cui l'individuo può realizzarsi (artt. 29, 30, 36 e 37 Cost.) e, più in generale, alla realizzazione dell'egualanza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) attenta dottrina ha desunto «la doverosità di un intervento dei pubblici poteri ... rivolto a predisporre le condizioni materiali affinché ciascun individuo possa stringere e conservare nel tempo i legami ... che si vogliono definire come familiari» (L. Lenti (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. VI, Milano, 2012, p. 777). Sull'art. 31 Cost., cfr. M. Bessone, *Commento all'art. 31 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, p. 135 e, più di recente, L. Cassetti, *Commento all'art. 31 Cost.*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 640 ss.

¹⁹ Cfr., in particolar modo, le previsioni di cui all'art. 3, comma 1, della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child*), approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176), secondo cui «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» e dell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e ri-proclamata, in vista della firma del Trattato di Lisbona, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo (ratificato e reso esecutivo in Italia con l. 2 agosto 2008, n. 130), a mente del quale «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente».

²⁰ Come costantemente affermato, «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di egualità, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». Si è, in particolare, osservato che «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (cfr., tra le innumerevoli pronunce in tal senso, C. cost., 16 aprile 2010, n. 139, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1643).

zione della pena inflitta nei riguardi del genitore in seguito alla commissione di un dato reato in rapporto alle istanze di tutela dell'interesse del minore.

In via di principio, il bilanciamento *de quo*²¹ è rimesso alle scelte discrezionali del legislatore e può manifestarsi mediante «regole legali» volte a determinare, in astratto, i confini entro i quali i diversi principi possono legittimamente ricevere «contemperata tutela»²². Si inscrivono in questo filone numerose disposizioni – tanto del codice di procedura penale quanto di ordinamento penitenziario – preordinate a tutelare l'interesse dei minori, figli di soggetti detenuti – *ante o post iudicatum* – «a mantenere un rapporto costante, fuori dal carcere, con le figure genitoriali» sino al compimento, da parte del minore, di una determinata età. Entro questi limiti l'esercizio della discrezionalità legislativa è costituzionalmente ammissibile.

Qualora, tuttavia, il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni *iuris et de iure*, neghi «in radice l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena», precludendo, così, al giudice di valutare la ricorrenza in concreto delle summenzionate esigenze di difesa sociale, «non si è più in presenza di un bilanciamento tra principi, che si traduce nella determinazione di una ragionevole regola legale», ma si è di fronte ad un «automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore». Così concepita la presunzione è costituzionalmente intollerabile e va espunta dal sistema.

I RIFLESSI DELLA "LOGICA DEL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE" SULLO STATUS PENITENZIARIO DEL CONDANNATO-GENITORE

Così ricostruiti gli istituti coinvolti e i passaggi più significativi del ragionamento logico-giuridico seguito dalla Corte costituzionale, è possibile trarre qualche spunto di riflessione finale.

Come si è già rilevato in premessa, l'odierna declaratoria di incostituzionalità si colloca, a pieno titolo²³, tra le pronunce volte a superare la proteiforme realtà delle presunzioni legislative assolute (e dei connessi automatismi), laddove arbitrarie e irrazionali²⁴.

Lungi dal negare la teorica possibilità di ricorso a presunzioni assolute nella disciplina di determinate materie, il Giudice delle leggi ha, invero, censurato negli anni tanto i meccanismi di diritto penale sostanziale quanto quelli di diritto processuale penale che non avessero superato il riscontro concreto di rispondenza delle stesse all'*id quod plerumque accedit*²⁵.

Settori elettivi, sotto il primo versante, sono stati quelli del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio bilanciamento *ex art. 69, comma 4, c.p.* sulla recidiva reiterata *ex art. 99, comma 4, c.p.*²⁶

²¹ Sulla tematica del bilanciamento cfr., per tutti, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992 e G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

²² In questi termini, in motivazione, la sentenza annotata al § 2.2, alla quale si riferiscono anche le citazioni letterali indicate subito dopo nel testo.

²³ Analogamente, G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁴ In generale, sul tema del sindacato della Corte costituzionale relativo agli automatismi sanzionatori, cfr., *ex plurimis*, G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", in www.treccani.it; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, p. 194 ss.; G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna 2012, p. 210 ss.

²⁵ Per taluni spunti di riflessione sul c.d. «governo dell'insicurezza sociale» e sui rapporti tra questo e gli «automatismi carcerari», cfr. G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in www.questionegiustizia.it.

²⁶ Come noto, la Corte costituzionale è stata chiamata, in molteplici occasioni, a sindacare la previsione in esame risultante dalla riscrittura operata dall'art. 3 della l. 5 dicembre 2005, n. 251 (cd. legge ex Cirielli). Pur senza negarne, in astratto, la compatibilità costituzionale, i giudici delle leggi hanno, di volta in volta, verificato la ragionevolezza delle conseguenze sul piano sanzionatorio della presunzione assoluta sottesa al divieto in questione.

Con una prima pronuncia del 2012 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del quarto comma dell'art. 69 c.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza dell'attenuante del fatto di lieve entità prevista (all'epoca) dall'art. 73, comma 5, di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – T.u. stupefacenti (C. cost., 15 novembre 2012 n. 251, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4043, con nota di C. Bernasconi, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, *ibidem*, p. 4057 ss.). Successivamente, nel 2014, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittima la stessa norma nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante della ricettazione di particolare tenuità di cui all'art. 648, comma 2, c.p. (C. cost., 18 aprile 2014, n. 105, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1849, a margine della quale C. Bernasconi, *L'ennesimo colpo inferto*

e, sul secondo versante, le presunzioni di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p.²⁷ ante novella del 2015²⁸.

Nella sentenza in commento, il costrutto argomentativo di base relativo agli automatismi legislativi correlati a presunzioni assolute è applicato all'esecuzione penitenziaria e si intreccia con quello della "speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore".

Definibile come teorica trasversale perché interessa i più disparati settori dell'ordinamento²⁹, la tutela riservata al superiore e preminente interesse del minore – dotata peraltro di una cogente copertura internazionale³⁰ – a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione è ri-applicata, dopo la sentenza 239 del 2014, al diritto penitenziario.

Consolidato e trasversale filo conduttore della giurisprudenza costituzionale sin dal 1981³¹, il rilievo

dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze, *ibidem*, p. 1858 ss.) e dell'attenuante della minore gravità dei fatti di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis, comma 3, c.p.(C. cost., 18 aprile 2014, n. 106, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1865, su cui v. E. Aprile, *Sul divieto di prevalenza delle attenuanti di cui agli artt. 648, comma 2, e 609-bis, comma 3, c.p. sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2348 ss.). Da ultimo, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della circostanza attenuante ad effetto speciale della collaborazione di cui all'art. 73, comma 7, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (C. cost., 7 aprile 2016, n. 74, in www.giurcost.org, con commento di G. Leo, *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, in www.penalecontemporaneo.it).

²⁷ Con il dichiarato intento di «introdurre misure [atte ad] assicurare una maggiore tutela della sicurezza della collettività, a fronte dell'allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale» (così si legge nelle premesse del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11), l'art. 2, comma 1, lett. a) e a-bis) d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38 aveva esteso la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. a numerose fattispecie delittuose tra loro eterogenee, poi oggetto di tutta una serie di decisioni con cui la Corte costituzionale ha progressivamente eroso l'ambito di obbligatorietà della più grave della cautele processuali.

Minimo comune denominatore dei numerosi arresti della Consulta è costituito dalla specifica attenzione riservata alle pecularità delle singole norme di volta in volta censurate per le quali si è rivelata costituzionalmente inaccettabile – anche alla luce del "principio del minore sacrificio necessario della libertà personale" – la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia inframuraria a fronteggiare le esigenze cautelari presupposte, in difetto di quelle connotezionali normative (forza intimidatrice del vincolo associativo e condizione di assoggettamento ed omertà da essa derivanti già scrutinate con successo sia dalla stessa Corte costituzionale sia dalla Corte e.d.u.) proprie del sodalizio di tipo mafioso, potendosi formulare agevolmente «ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della [medesima]». Per una rassegna delle decisioni di incostituzionalità a partire da C. cost., 21 luglio 2010, n. 265 sino a C. cost., 26 marzo 2015, n. 48, cfr., da ultimo, E. Marzaduri, *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in www.lalegislazionepenale.eu, p. 2. Per una ricostruzione generale della tematica, cfr., ex multis, F. Centorame, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino, 2016, spec. p. 178 ss.; M. Gialuz, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 6, p. 111 ss.; G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4897 ss.; V. Manes, *Lo "sciamone di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 457 ss. e, volendo, E. Farinelli, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, p. 303 ss.

²⁸ Per un commento comparativo delle novità apportate dall'art. 4 l. 16 aprile 2015, n. 47 con il sistema previgente, cfr., per tutti, E. Marzaduri, *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, cit., p. 1 ss.

²⁹ Come noto, l'esigenza di tutela del "preminente interesse del minore" costituisce il *leitmotiv* giurisprudenziale nel diritto di famiglia, specialmente dopo le riforme attuate con l. 19 maggio 1975, n. 151 e l. 4 maggio 1983, n. 184, ricorrendo come criterio-cardine, solo per fare taluni esempi, in materia di dichiarazione giudiziale di paternità, affidamento del figlio minore nelle situazioni di crisi coniugale, assegnazione della casa familiare, adozione.

Per l'espressa codificazione del principio operata dalla recente riforma della filiazione di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, cfr., in particolare, gli artt. 336-bis e 337-octies c.c. in tema di ascolto giudiziale del minore e gli artt. 337-ter e 337-sexies c.c., relativi, rispettivamente, all'adozione, «con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale» dei figli, dei provvedimenti relativi alla prole (in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio) e al provvedimento di assegnazione della casa familiare, da attribuirsi «tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli». Per un commento sistematico, F.R. Fantetti, *Responsabilità genitoriale e riforma della filiazione*, Rimini, 2014, spec. p. 117 ss.

³⁰ Dalle già citate disposizioni di fonte internazionale, quale quelle dettate dagli artt. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sulle quali cfr. *supra* la nota 19. Per un'ampia disamina anche di tipo sovranazionale, N. Di Lorenzo, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, in <http://www.cde.unict.it>.

³¹ Con la nota pronuncia con cui la Corte costituzionale, pronunciandosi in materia di adozione speciale (allora disciplinata

preferenziale assegnato alla tutela della situazione soggettiva del minore assume due diverse accezioni, configurandosi quale criterio-guida ispiratore non solo della discrezionalità legislativa sulla normativa minorile, ma anche dell'esercizio della discrezionalità del giudice nel singolo caso concreto³².

Come si è recentemente affermato, il principio del preminente (o superiore) interesse del minore «consiste nella difficile ma necessaria sintesi, nella ricerca del punto di equilibrio, tra le due opposte esigenze di rigidità e di flessibilità delle regole», da porsi «in ragionevole bilanciamento tra loro», risultando vietato «ogni irragionevole e ingiustificato equilibrio nell'una o nell'altra direzione»³³.

A questa filosofia di fondo si è ispirata, di recente e a più riprese, la Corte costituzionale con alcune pronunce degne di nota. Ci si riferisce, anzitutto, a due sentenze-gemelle rese in tema di pena accessoria, con cui la Consulta, valorizzando proprio «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»³⁴, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, comma 2, c.p.³⁵ o per quello di soppressione di stato ex art. 566, comma 2, c.p.³⁶, consegua di diritto la perdita della responsabilità genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto³⁷.

Sullo stesso filone si colloca, altresì, la sentenza in commento con cui è ripresa ed approfondita la “logica” di «sovrainclusività»³⁸ della sentenza n. 239/2014³⁹, con la quale era stata dichiarata l'il-

dal capo III titolo VIII del libro I del c.c.), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 30, comma 1 e 2, Cost., dell'art. 314/17, comma 1, c.c., nella parte in cui, anche quando l'adozione ordinaria era pronunciata da giudice diverso da quello competente per l'adozione speciale, disponeva che lo stato di adottabilità cessava per adozione ordinaria (C. cost., 10 febbraio 1981, n. 11, in *Giur. cost.*, 1981, p. 44 ss., con osservazione di C. Ebene Cobelli, *Le due adozioni nel giudizio della Corte*, *ibidem*, p. 434 ss.). In modo significativo, la Corte costituzionale ritenne che la prevalenza accordata dall'art. 314/17, comma 1, c.c., secondo l'interpretazione fornita dalla Cassazione, al provvedimento di adozione ordinaria «non [fosse] conforme ai principi costituzionali che impon[evano] anche sul piano della garanzia della difesa dei diritti in sede di giudizio una adeguata tutela dell'infanzia quando [fosse] necessario avvalersi di una famiglia sostitutiva di quella originaria», non assicurando «un trattamento ragionevolmente eguale di tutti i minori in stato di abbandono» e incentivando «indirettamente la conclusione di vicende iniziate in chiara elusione delle norme sull'adozione speciale».

³² In questo senso, L. Pomodoro, *Prefazione*, in E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit., p. 11.

³³ Così, testualmente, E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit., p. 16.

³⁴ Cfr., in questi stessi termini, C. cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, p. 364 ss.

³⁵ C. cost., 23 febbraio 2012, n. 31, cit., p. 364 ss., a margine della quale, cfr. M. Mantovani, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, *ibidem*; nonché L. Ferla, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1575 ss.; G. Leo, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in www.penalecontemporaneo.it. e A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4909 ss.

³⁶ C. cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, p. 169 ss., a commento della quale, v. M. Mantovani, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, *ibidem*, p. 176 ss. e V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto"*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁷ L'irragionevolezza delle norme è stata, invero, desunta dalla conseguenza “automatica” della decadenza dalla responsabilità genitoriale prefigurata dal disposto di cui all'art. 569 c.p. («la condanna pronunciata contro il genitore per alcuno dei delitti preveduti da questo capo importa la perdita della responsabilità genitoriale»), preclusiva di ogni possibile valutazione giudiziale e di bilanciamento, in concreto, tra l'interesse del minore e la necessaria applicazione della pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso.

³⁸ Per questa espressione, L. Pace, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3948, con cui l'A. intende riferirsi all'inclusione da parte della norma censurata di fattispecie estremamente eterogenee tra loro, con inevitabile estensione anche a «soggetti o fattispecie che rispetto alla ratio che la ispirava avrebbero dovuto rimanere esclusi».

³⁹ A commento della quale, cfr., *ex multis*, E. Aprile, *Sulla incostituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 141 ss.; A.M. 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 www.archiviopenale.it; G. Di Chiara, *Tutela della maternità, detenzione domiciliare speciale e divieto di concessione di benefici*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1277 ss.; F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in www.penalecontemporaneo.it; L. Pace, *La "scure della flessibilità"*, cit., p. 3948 ss.; F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, *ibidem*, p.

gittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non escludeva, in difetto di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata, dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies ord. penit.⁴⁰.

Nel sottolineare l'irragionevole «omologazione di trattamento» tra il regime di rigore sancito dall'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e la peculiare misura alternativa della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies ord. penit.⁴¹, il Giudice delle leggi ha chiarito che, affinché l'interesse del minore possa risultare «recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine», si rende necessaria una verifica in concreto (e non collegata ad indici presuntivi) della sussistenza e consistenza di quest'ultime, trasformando, così, il divieto assoluto previsto dall'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di concessione del beneficio in oggetto da “assoluto” in “relativo”⁴².

Con la medesima pronuncia, la Corte ha, altresì, dichiarato, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b), ord. penit. – ferma restando la limitazione generale di insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti – trattandosi di misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate.

La sostituzione, anche a livello di ordinamento penitenziario, di irragionevoli preclusioni legislative di tipo assoluto in valutazioni concrete, rimesse, caso per caso, all'organo giudicante – e, come tali, costituzionalmente ortodosse – non è in ogni caso “indiscriminata”, dovendo necessariamente confrontarsi con i diversi presupposti applicativi e le finalità di altri istituti, preordinati, a vario titolo, alla tutela del rapporto genitoriale con i figli minori, quali, ad esempio, quelli di cui agli artt. 21-bis o 21-ter ord. penit.⁴³.

Quanto, infine, alle implicazioni di più ampio respiro sistematico, non può non considerarsi l'auspicio da più parti manifestato ad un progressivo superamento, o quantomeno ad una revisione, anche in via legislativa, delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari fondate sul titolo di reato, alla ba-

3940 ss.; G. Tabasco, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in www.archivioopenale.it.

⁴⁰ Tra gli altri, cfr. F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit.*, cit., il quale rileva che «il corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti – quello di difesa sociale ... e quello inerente alla tutela del minore – deve operarsi non già in via astratta, ... bensì in concreto, nel senso cioè che il giudice deve verificare ... l'eventuale sussistenza nella specifica situazione sottoposta al proprio vaglio ... del pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata».

⁴¹ Detta omologazione, ad avviso della Corte costituzionale, «appare senz'altro lesiva dei parametri costituzionali evocati ove si guardi alla ratio storica primaria del regime [di cui all'art. 4-bis ord. penit.], rappresentata dalla incentivazione alla collaborazione, quale strategia di contrasto della criminalità organizzata». La Consulta evidenzia, in proposito, che «un conto ... è [perseguire] tale strategia ... tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari ... rimuovibile tramite la condotta collaborativa; altro conto è che la preclusione investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico», con conseguente traslazione del “costo” dell'opzione legislativa su un soggetto terzo, «estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare» (C.cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit., § 9).

Sulla compatibilità costituzionale della scelta legislativa di subordinare l'accesso a misure premiali e alternative alla collaborazione con la giustizia si è più volte espressa favorevolmente la Corte costituzionale, che, dopo aver delineato le figure della collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile, ha escluso ogni derivazione automatica dall'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. della preclusione *de qua*, ritenendola, piuttosto, correlata alla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo (C. cost., 9 aprile 2003, n. 135, in www.giurcost.org). La previsione della collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter ord. penit.* come condizione di accesso ai benefici penitenziari è stata, viceversa, oggetto di critica serrata da parte della dottrina, che ne ha rilevato una «svalutazione della funzione rieducativa della pena» (F. P.C. Iovino, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1262, nonché, analogamente, L. Filippi-G. Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, 3^a ed., Milano, 2011, p. 237). Per una ricostruzione delle problematiche concernenti il trattamento penitenziario differenziato, cfr. C. Fiorio, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in A. Bargi (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 1138 ss.

⁴² Così anche E. Aprile, *Sulla incostituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit.*, cit., p. 141, il quale definisce, altresì, la sentenza 239/2014 come «una pronuncia di accoglimento a contenuto additivo».

⁴³ E. Aprile, *Sulla incostituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit.*, cit., p. 145 rileva che la Corte costituzionale non ha esteso «l'effetto di consequenzialità» al differente istituto dell'assistenza all'esterno dei figli minori, di cui all'art. 21-bis ord. penit., in quanto il medesimo, «pur rispondendo alla medesima ratio di evitare pericolose interruzioni del rapporto tra genitori e figli minori di dieci anni, appare avere presupposti applicati ed effetti molto differenti rispetto a quelli della detenzione domiciliare».

se dell'attuale eterogenea⁴⁴ (e stratificata) versione dell'art. 4-bis ord. penit.⁴⁵, "norma-simbolo" del «doppio regime penitenziario»⁴⁶.

Si intende far riferimento, da un lato, ai lavori di due autorevoli Commissioni Ministeriali, insediate si nel corso del 2013, che, soffermandosi proprio sulla tematica in esame, hanno proposto la «soppressione di automatismi e preclusioni che impediscono l'individualizzazione del trattamento rieducativo»⁴⁷ o, in ogni caso, una seria «rimeditazione politico-sistematica dell'attuale art. 4-bis ord penit.»⁴⁸, ivi compresa la «necessità di attenuare le gravi conseguenze derivanti dal c.d. "ergastolo ostativo"»⁴⁹.

Dall'altro lato, occorre tenere in considerazione quanto previsto dall'art. 1, comma 85, lett. e) della legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando)⁵⁰, che, nell'enunciarne i «principi e criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario», da attuarsi nell'esercizio della delega conferita al Governo nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della legge medesima, demanda al legislatore delegato una «revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari», espressamente riferita ai «condannati alla pena dell'ergastolo», eccettuati, in ogni caso, «i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque ... le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»⁵¹.

⁴⁴ Basti pensare, solo per limitarsi all'esame dei "delitti di prima fascia" (per i quali cioè l'accesso ai benefici penitenziari è subordinato alla collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit.), che, nella sua formulazione attuale (derivante dalla riscrittura operata dall'art. 3, comma 1, lett. a), d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla l. 23 aprile 2009, n. 38), l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. annovera non solo i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, i delitti di associazione di tipo mafioso e di scambio elettorale politico-mafioso di cui agli artt. 416-bis e 416-ter c.p., i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolarne l'attività, ma anche i delitti contro la personalità individuale di cui agli artt. 600, 600-bis, comma 1, 600-ter, comma 1 e 2, 601, 602, il delitto di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-octies, il delitto di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione di cui all'art. 630 c.p., il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, comma 1 e 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri di cui all'art. 291-quater, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 ed il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

⁴⁵ Per un commento della disposizione in questione, sia consentito rinviare a E. Farinelli, sub art. 4-bis ord. penit., A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., Milano, 2017, p. 2125 ss.

⁴⁶ Cfr., per tutti, V. Grevi, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 4.

⁴⁷ Cfr. il § 13 punto b) della delineata «agenda ideale» relativa all'esecuzione penitenziaria del *Documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, elaborato dalla "Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione" presieduta dal Prof. G. Giostra, istituita con d.m. 2 luglio 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁸ Così il § 13 punto c) del summenzionato *Documento conclusivo della Commissione Giostra*, cit.

⁴⁹ Cfr. il § 2 della "Relazione" conclusiva redatta dalla "Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale", istituita con d.m. 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. F. Palazzo, in www.penalecontemporaneo.it. A margine della conclusione dei lavori della Commissione, v. F. Palazzo, *Fatti e buone intenzioni. a proposito della riforma delle sanzioni penali*, in www.penalecontemporaneo.it, il quale sottolinea il rilievo del «primo documento interinale», costituito da «una proposta di revisione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. per il solo fatto della loro mancata "collaborazione" (ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit.)». Sul tema, cfr., inoltre, F. De Minicis, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1269.

⁵⁰ Per un primo commento, cfr. G. Spangher (a cura di), *La Riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017.

⁵¹ Si vedano, in proposito, le ipotesi di modifica normativa attuative dei criteri della legge delega in G. Giostra – P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in www.penalecontemporaneo.it). Per quanto di interesse, cfr., soprattutto, i contributi di M. Bortolato, *La libertà di "non collaborazione": verso l'abolizione dell'ergastolo ostativo*, *ibidem*, p. 155 ss.; F. Fiorentin, *Superamento delle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari*, *ibidem*, p. 161 ss.; C. Fiorio, *Attenuazione delle preclusioni trattamentali*, *ibidem*, p. 170 ss. e F. Siracusano, *Modifiche all'art. 4-bis ord. penit.*, *ibidem*, p. 189 ss.

Interessanti elementi di riflessione per il legislatore delegato si traggono, altresì, dalla lettura dell'"Integrazione al parere, ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58, sulle modificazioni al codice penale e procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena", deliberata dal CSM nella seduta dell'11 novembre 2015, in www.csm.it. Nel documento in questione si legge, invero, che «appare improbabile che l'art. 4-bis sia destinato ad una integrale abolizione, quanto piuttosto ad semplice ristrutturazione del catalogo dei reati presupposto, il quale nel tempo ha assunto un carattere di spiccata eterogeneità, venendo a ricomprendere fattispecie che non presentano alcun collegamento con l'area della criminalità organizzata. In ogni caso, infatti, viene fatta salva la previsione di un regime speciale di maggiore rigore in relazione ai "casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale"». Pur non agevolmente prevedibile «la concreta soluzione tecnica attraverso cui si intenda rimuovere gli automatismi preclusivi attualmente in essere», il CSM ipotizza «un superamento dei meccanismi ispirati a presunzioni assolute di persistenza della pericolosità sociale in assenza di collaborazione con la giustizia» a favore di «meccanismi fondati su presunzioni relative di persistenti pericolosità, superabile con l'accertamento della rottura dei rapporti con il sodalizio criminale».