

Osservatorio sulla Corte costituzionale

Detenzione domiciliare speciale

La decisione

Detenzione domiciliare speciale - Madre di prole infradecenne - Concessione dei benefici - Divieto - Non esclusione - Irragionevole differenza - Illegittimità costituzionale (Cost., artt. 3, 29, 30 e 31; l. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 4-bis, 47-quinquies).

È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., l'art. 4-bis, co. 1, l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge.

Detenzione domiciliare - Madre di prole infradecenne che abbia da scontare una pena non superiore a quattro anni - Concessione dei benefici - Divieto - Non esclusione - Irragionevole differenza - Illegittimità costituzionale in via consequenziale - Condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti - Necessità (Cost., artt. 3, 29, 30 e 31; l. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 4-bis, 47-ter).

È costituzionalmente illegittimo, in via consequenziale, per violazione degli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., l'art. 4-bis, co. 1, l. 26 luglio 1975, n. 354, 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, co. 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

CORTE COSTITUZIONALE, 22 ottobre 2014 (c.c. 24 settembre 2014), n. 239 - TESAURO, *Presidente* - FRIGO, *Estensore*.

Il commento

**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**

SOMMARIO: 1. La statuizione della Corte costituzionale. - 2. L'oggetto dello scrutinio di legittimità costituzionale. - 3. L'impossibilità di una interpretazione c.d. adeguatrice della norma censurata. - 4. Il doppio livello argomentativo adottato dalla Corte nel vaglio di ragionevolezza. - 5. La (non imprevedibile) eliminazione di un automatismo legislativo. - 6. Le finalità umanitarie della detenzione domiciliare ordinaria in favore delle madri. - 7. Considerazioni a margine di una sentenza additiva di "regola di giudizio".

1. La statuizione della Corte costituzionale

Con la sentenza n. 239 del 2014, i giudici della Consulta hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, le misure della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinqüies* ord. penit. e della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., ferma restando, anche per quest'ultima, la condizione della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti¹. Cadono, dunque, le preclusioni stabilite dall'art. 4-*bis* ord. penit. alla concessione della detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinqüies*, co. 1, ord. penit.) e di quella ordinaria (art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit.) in favore delle detenute madri di prole di età non superiore a dieci anni, che siano state condannate per taluno dei c.d. reati ostativi indicati dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. Previa valutazione giudiziale di non pericolosità in concreto, è consentito l'accesso alla misura alternativa *de qua*, nella forma ordinaria o speciale, da parte della detenuta madre, ritenuta responsabile di uno dei delitti menzionati nell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., anche qualora la stessa non abbia prestato collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit., ovvero non sia stata riconosciuta l'inesigibilità, l'impossibilità o l'irrelevanza di tale collaborazione.

2. L'oggetto dello scrutinio di legittimità costituzionale

La questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze in riferimento agli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., aveva ad oggetto le preclusioni di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. alla concessione della sola misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinqüies* ord. penit.

Ad avviso del giudice rimettente, il regime restrittivo introdotto dal legislatore nei primi anni novanta, se può trovare giustificazione sulla base di comprensibili esigenze di sicurezza e di difesa sociale, là dove rende più complesso e impegnativo per gli autori di delitti di particolare gravità accedere a benefici penitenziari che mirino alla realizzazione della finalità rieducativa della pena, rivela invece la sua contrarietà al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., allorquando la misura "ostacolata" prescinda da qualsiasi contenuto rieducativo o trattamentale e sia volta unicamente, come la detenzione domi-

¹ Corte cost., n. 239 del 2014, in *questa Rivista* online, *Osservatorio sulla Corte costituzionale*. Per un primo commento della sentenza si veda, per tutti, TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, in *questa Rivista* online.

ciliare speciale, a ripristinare il rapporto di convivenza del figlio minore con la madre in un ambiente esterno al carcere. Invero, secondo il giudice *a quo*, la norma censurata, trascurando la diversità “quasi ontologica” della misura di cui all’art. 47-*quinquies* ord. penit. rispetto agli altri “benefici”, opera un irrazionale e discriminatorio sbilanciamento dei valori in gioco, giacché il “superiore interesse” del minore, anziché prevalere, finisce per cedere il passo innanzi alla pretesa punitiva dello Stato. In tal modo, le conseguenze delle gravi responsabilità penali della madre, così come il rifiuto di quest’ultima di collaborare utilmente con l’autorità giudiziaria, ricadono non sulla persona detenuta, ma – irragionevolmente – sulle “fragili spalle” del minore, al quale viene precluso il diritto di fruire della vicinanza e della protezione della madre ed, altresì, il diritto di essere educato dal genitore (da qui, il richiamo da parte del rimettente agli altri parametri costituzionali di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost.).

Il quesito di costituzionalità, così come formulato dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, non faceva alcun riferimento alla estensione – pur desumibile dall’art. 4-*bis* ord. penit. – del divieto di concessione dei benefici penitenziari anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria disciplinata dall’art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit. Tuttavia, la Corte costituzionale ha dichiarato, altresì, l’illegittimità costituzionale di quest’ultima disposizione, come conseguenza della decisione adottata, in applicazione dell’art. 27 legge 11 marzo 1953, n. 87. La Consulta ha chiarito come la declaratoria vada estesa anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria (prevista a favore della donna incinta o della madre di prole infradecenne con lei convivente, quando la pena della reclusione da espiare non sia superiore a quattro anni)², in modo da «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*»³. In tale ipotesi – ha precisato la Corte – la concessione della misura rimane comunque subordinata alla verifica della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti: condizione non enunciata in modo esplicito dall’art. 47-*ter* ord. penit. (a differenza di quanto accade per l’art. 47-*quinquies*, co. 1, ord. penit.), ma che deve comunque ricorrere, stante la identità di *ratio* tra le due discipline delle misure alternative in questione⁴.

Va rilevato che dall’oggetto dello scrutinio di legittimità costituzionale resta,

² Analoga possibilità è accordata al padre detenuto, nel caso in cui la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata ad assistere la prole (art. 47-*ter*, co. 1, lett. b), ord. penit.).

³ Corte cost., n. 239 del 2014, § 10.

⁴ Corte cost., n. 239 del 2014, § 10 richiama in proposito la sentenza della Corte cost., n. 177 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 1977, con nota di FIORIO, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell’interesse del minore*, *ivi*, 1986.

invece, estranea la disposizione dell'art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, ord. penit., compreso l'espresso richiamo all'art. 4-*bis* ord. penit. che compare nell'*incipit* del medesimo comma 1-*bis*. Quest'ultima norma vieta in assoluto alle madri condannate per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. di spiare presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ovvero in forma extracarceraria, la frazione iniziale di pena richiesta per l'accesso alla detenzione domiciliare speciale. Tale limitazione – stabilita da una norma distinta (comma 1-*bis* dell'art. 47-*quinquies* ord. penit.) da quella censurata – ha una funzione autonoma e non rientra affatto nella questione di legittimità sollevata dal giudice rimettente. Ne consegue, pertanto, che, anche dopo la declaratoria di incostituzionalità della sentenza in commento, rimane in vita, per le madri sottoposte al regime restrittivo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., il divieto assoluto di concessione della detenzione domiciliare speciale per l'espiazione del primo terzo della pena ovvero dei primi quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. Il compendio normativo sottoposto al sindacato della Corte resta, infatti, limitato all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. in relazione all'art. 47-*quinquies*, co. 1, ord. penit., vale a dire al «divieto di concessione della detenzione domiciliare speciale dopo l'espiazione della quota preliminare di pena»⁵.

3. L'impossibilità di una interpretazione c.d. adeguatrice della norma censurata

Nella sentenza in epigrafe, la Corte, in accordo con il giudice rimettente, ritiene di escludere la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione oggetto di censura, tale da sottrarre la detenzione domiciliare speciale alla sfera applicativa del divieto posto dall'art. 4-*bis* ord. penit.⁶ Le argomentazioni *in parte qua* appaiono ineccepibili.

L'inequivoco dato letterale, innanzi tutto, riconduce tale istituto speciale nel novero delle misure alternative alla detenzione cui il regime restrittivo è testualmente riferito.

Vi sono, inoltre, convergenti indici di natura sistematica – rilevati dal giudice delle leggi – che fanno decisamente propendere per siffatta conclusione.

Non varrebbe, infatti, obiettare che la misura in questione, in quanto introdotta con la legge n. 40 del 2001, esuli dall'ambito dei benefici avuti di mira dal legislatore allorché, dieci anni prima, aveva varato l'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. Questa norma è stata, come è noto, integralmente riscritta dapprima dalla legge n. 279 del 2002, poi dal d.l. n. 38 del 2011, entrambi successivi alla leg-

⁵ Corte cost., n. 239 del 2014, § 7.

⁶ Corte cost., n. 239 del 2014, § 7, anche con riferimento ai periodi seguenti nel testo.

ge n. 40 del 2001. Se il legislatore avesse voluto affrancare dal regime preclusivo la detenzione domiciliare speciale, lo avrebbe potuto fare, indicandolo nei nuovi testi normativi. A conferma di ciò, sta la circostanza che il legislatore ha espressamente escluso dal divieto in questione altre misure speciali introdotte in epoca successiva al varo dell'originaria disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. (ad esempio, la detenzione domiciliare per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, prevista dall'art. 47-*quater*, co. 9, ord. penit.).

Il giudice costituzionale rileva, altresì, come dall'espresso richiamo all'art. 4-*bis* ord. penit., che compare nel comma 1-*bis* dell'art. 47-*quinquies* ord. penit., non si possa desumere *a contrario* che, in assenza di analogo richiamo, le preclusioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. non si applicherebbero alla concessione della detenzione domiciliare speciale, disposta ai sensi dell'art. 47-*quinquies*, co. 1, ord. penit. Come osserva la Corte, il rinvio contenuto nel comma 1-*bis* svolge una funzione autonoma e ulteriormente limitativa, impedendo in assoluto alle condannate per uno dei reati ostativi elencati all'art. 4-*bis* ord. penit. di espriare con modalità agevolate la parte iniziale della pena indicata nello stesso comma 1-*bis*⁷.

Infine, la Consulta richiama la generale convergenza di opinioni, desumibile dal "diritto vivente", con riguardo al fatto che la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies*, co. 1, ord. penit. ricada nel perimetro di operatività dell'art. 4-*bis* ord. penit.⁸

4. Il doppio livello argomentativo adottato dalla Corte nel vaglio di ragionevolezza

Ciò premesso, la Corte passa all'esame del merito della censura di costituzionalità, muovendo dalla ricostruzione della *ratio* della detenzione domiciliare speciale. Al proposito, nella sentenza non si esita a sottolineare che, se è vero

⁷ Analogo rilievo era stato già operato dalla giurisprudenza di legittimità: v. Cass., Sez. I, 26 novembre 2013, Veliche, in *Mass. Uff.*, n. 258351.

⁸ In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 26 novembre 2013, Veliche, cit.; Id., Sez. I, 13 febbraio 2004, Amalfi, in *Riv. pen.*, 2005, 358; Id., Sez. I, 11 marzo 2003, Marenda, in *Mass. Uff.*, n. 224939. In dottrina, tra gli altri, CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri (Commento alla l. n. 40/2001)*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 810; CESARIS, Sub art. 47-*quinquies*, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, I, IV ed. a cura di Della Casa, Padova, 2011, 699; DEGL'INNOCENTI, FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2006, 149; DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Milano, 2010, 843; FILIPPI, SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, 131; FIORIO, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di Scalfati, Padova, 2004, 98; MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5.

che la misura in questione partecipa anch'essa della finalità di reinserimento sociale del condannato, «ciò nondimeno, è indubbio che nell'economia dell'istituto 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 ad instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo». Questo interesse – precisa il giudice delle leggi – «oltre a chiamare in gioco l'art. 3 Cost., in rapporto all'esigenza di un trattamento differenziato, evoca gli ulteriori parametri costituzionali richiamati dal rimettente (tutela della famiglia, diritto-dovere di educazione dei figli, protezione dell'infanzia: artt. 29, 30 e 31 Cost.)»⁹. Del resto, la tutela del minore trova riconoscimento anche in fonti di livello sovranazionale, che qualificano come «superiore» l'interesse del minore e tale da dover essere considerato «preminente» in tutte le decisioni giudiziali¹⁰, tanto più – aggiunge la Corte – quando si discuta «dell'interesse del bambino in tenera età a godere dell'affetto e delle cure materne»¹¹. Ciò posto, nella parte in cui assoggetta anche la detenzione domiciliare speciale al regime "di rigore" ivi previsto, l'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. accomuna fattispecie tra loro profondamente diversificate, poiché fa sì che la preclusione valga indistintamente per le misure ad esclusiva finalità rieducativa (la cui disciplina viene presa come *tertium comparationis*) e per quelle che, invece, perseguono precipuamente obiettivi di tutela esterni alle esigenze di risocializzazione del condannato, aventi ad oggetto beni costituzionali eterogenei, del tipo di quello che assume rilievo nell'ambito della misura alternativa in esame. La disciplina restrittiva oggetto di censura realizza, pertanto, un trattamento discriminatorio contrastante con l'art. 3 Cost. e non risulta giustificabile con riferimento al preminente interesse del minore che trova tutela nei parametri costituzionali di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost.¹² Sotto questo profilo, la sentenza si iscrive nel filone penalistico della giurisprudenza costituzionale pronunciata in materia di protezione dell'infanzia e di sostegno della genitorialità¹³.

Fin qui l'argomentazione del giudice costituzionale si pone su un livello nor-

⁹ In questi termini, anche con riferimento al precedente periodo, Corte cost., n. 239 del 2014, § 8.

¹⁰ Al riguardo, vengono richiamate (§ 8 della motivazione) le disposizioni dell'art. 3, co. 1, Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, e dell'art. 24, co. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

¹¹ Corte cost., n. 239 del 2014, § 8.

¹² Corte cost., n. 239 del 2014, § 9, anche con riferimento al periodo precedente.

¹³ Cfr. Corte cost., n. 350 del 2003, in *Giur. cost.*, 2003, 3634; Id., n. 215 del 1990, *ivi*, 1990, 1206. Più di recente, Corte cost., n. 7 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 169; Id., n. 31 del 2012, *ivi*, 2012, 364. V. *infra*, § 5.

mativo: la Corte ripercorre a ritroso il percorso logico del legislatore, constatando che esso non è caratterizzato da sufficiente razionalità.

L'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., infatti, 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 i valori in gioco e giunge a sacrificare eccessivamente il diritto del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne. Una volta assunto l'art. 3 Cost. a parametro di giudizio, la Corte sottopone la disposizione legislativa a un vaglio "negativo" di "non irragionevolezza". E l'esito è che la norma oggetto di censura non è idonea a superare il sindacato di razionalità o, meglio, di non irrazionalità.

La Corte costituzionale, tuttavia, non si ferma all'indagine sulla non irrazionalità del processo decisionale legislativo e va oltre, spingendosi a un vaglio "positivo" di "ragionevolezza", là dove indica al giudice la regola di giudizio da applicare al caso concreto, in modo da far sì che la disciplina in materia, nel suo *modus operandi*, risulti "ragionevole".

La strutturazione della presunzione di pericolosità in astratto non è razionale e dunque – nella prospettiva della Consulta – la concreta sussistenza del pericolo di recidiva deve potersi aprire all'accertamento giudiziale. Ed è qui che emerge la bivalenza della pronuncia: viene apportata al testo normativo una manipolazione *in melius* (con la eliminazione della presunzione legale assoluta), ma anche un'altra *in peius* (con la introduzione della regola di giudizio da applicarsi in riferimento alla disciplina di cui all'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit.)¹⁴.

Più in dettaglio, rilevata la necessità di un corretto bilanciamento tra esigenze contrapposte (quelle inerenti alla tutela del minore e quelle di difesa sociale sottese al contrasto della criminalità organizzata), la Corte sottolinea che è proprio la previsione della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti – quale condizione di accesso alla detenzione domiciliare speciale stabilita dall'art. 47-*quinquies*, co. 1, ord. penit. – a rispondere effettivamente a una simile logica di bilanciamento tra interessi confliggenti. Questo bilanciamento deve operarsi non in via astratta, sulla base di presunzioni prefigurate nel dettato normativo, bensì in concreto, in forza di un apprezzamento del giudice in ordine, appunto, alla «insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata»¹⁵.

Qui è agevole scorgere un secondo livello argomentativo nel ragionamento del giudice costituzionale: il giudizio di valore della Corte si colora di un fon-

¹⁴ Sul punto, v. più ampiamente *infra*, § 7.

¹⁵ Corte cost., n. 239 del 2014, § 9, anche con riferimento ai periodi precedenti.

damento empirico più penetrante¹⁶, poiché si impone al giudice comune una verifica della concreta sussistenza di esigenze di sicurezza sociale attraverso l'utilizzo di una precisa regola di giudizio, frutto del bilanciamento tra valori.

5. La (non imprevedibile) eliminazione di un automatismo legislativo

I giudici della Consulta ritengono che il diritto del minore a un rapporto continuativo con la madre e a fruire delle condizioni per un più equilibrato sviluppo psicofisico possa recedere di fronte ad esigenze di sicurezza della collettività non attraverso un automatismo carcerario, come quello risultante dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., bensì soltanto mediante una valutazione giudiziale individualizzata. La verifica degli interessi in gioco rapportata al singolo caso concreto è costituzionalmente imposta, mentre sarebbe preclusa proprio dall'automatismo legislativo in questione, che, basandosi su una irragionevole presunzione assoluta, risulta incompatibile con la Costituzione¹⁷.

Questa conclusione viene avvalorata dal confronto con un precedente, su cui si sofferma la motivazione della sentenza. Pur nell'ambito di una questione strutturalmente diversa da quella in esame, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità della pena accessoria consistente nella perdita della potestà genitoriale in relazione al delitto di alterazione di stato previsto dall'art. 567, co. 2, c.p., evidenziando, nel contempo, la speciale rilevanza dell'«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»¹⁸. Anche in quella occasione, il giudice costituzionale – utilizzando il parametro di ragionevolezza – aveva sostituito l'automatismo legale con la verifica giudiziale.

Alla luce del richiamo alle considerazioni svolte nella sentenza n. 31 del 2012, l'esito dell'attuale declaratoria di illegittimità non era del tutto imprevedibile.

E' noto, infatti, che in materia di trattamento sanzionatorio, le valutazioni sull'*an* e sul *quantum* della pena rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore e che molto raramente la Corte costituzionale ha pronuncia-

¹⁶ Sugli svolgimenti argomentativi seguiti dalla Corte costituzionale nell'ambito del vaglio delle presunzioni legali in materia cautelare, improntati a un ragionamento *normativo* e al contempo *empirico*, si veda, di recente, MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 457 ss.

¹⁷ Corte cost., n. 239 del 2014, § 9.

¹⁸ Corte cost., n. 31 del 2012, cit., 364. Successivamente, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. in relazione al delitto di soppressione di stato previsto dall'art. 566, co. 2, c.p.: Corte cost., n. 7 del 2013, cit., 169.

to decisioni di accoglimento nell'area del sindacato di legittimità della pena, rafforzando tra gli studiosi l'idea che soprattutto il *quantum* della misura punitiva sia un contenuto della legge penale¹⁹. Ciononostante, nel caso poi sfociato nella sentenza n. 31 del 2012, il giudice delle leggi – con una pronuncia senz'altro innovativa – ha dichiarato l'illegittimità, per irragionevolezza, della norma penale fondata sulla presunzione assoluta di inidoneità dei genitori, rimuovendo uno specifico automatismo sanzionatorio legato all'*an* di una pena accessoria²⁰. E la motivazione della decisione trova fondamento sulla preminente tutela dell'infanzia e della genitorialità, proprio come accade nella pronuncia in commento. Quindi, se, in un settore in cui il giudice costituzionale non interviene quasi mai, si è avuto come risultato un superamento dell'automatismo legislativo in nome della tutela degli interessi morali e materiali della prole, a maggior ragione, in un campo come quello della esecuzione della pena, tradizionalmente aperto a una più attenta considerazione delle conseguenze pratiche riconducibili alle modalità di applicazione della sanzione penale, ci si poteva aspettare una sentenza di accoglimento dello stesso segno.

Non a caso, storicamente è proprio nel sistema penitenziario che, per la prima volta, fa ingresso il principio secondo cui è da ritenersi illegittima l'esecuzione di una pena che non tenga conto degli interessi costituzionalmente tutelati di persone diverse dal condannato²¹.

Ciò che rende interessante e ancor più apprezzabile la decisione in esame è che l'esclusione dell'automatismo sfavorevole alla persona detenuta non è ascrivibile tanto all'ambito dell'orientamento ormai costante nella giurisprudenza costituzionale volto ad abbattere, in via generale, i limiti alla concessione di benefici penitenziari²², quanto piuttosto all'ambito delle pronunce – meno numerose – riguardanti la disciplina speciale dell'art. 4-*bis* ord. penit., notoriamente più refrattaria a disinvolti interventi manipolativi *in bonam par-*

¹⁹ Sul tema si rinvia, per tutti, al recente contributo di DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 184 ss.

²⁰ Il carattere particolare della questione dovrebbe portare ad escludere il prodursi di riflessi generali di impulso verso più ampie forme di discrezionalità giudiziale: LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 8.

²¹ Si pensi alle declaratorie di illegittimità costituzionale che hanno riguardato la disciplina originaria della detenzione domiciliare: Corte cost., n. 215 del 1990, cit., 1206, la quale aveva esteso al padre detenuto la concessione della detenzione domiciliare, allora concedibile alla madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente; Corte cost., n. 350 del 2003, cit., 3634, concernente la concessione della detenzione domiciliare a genitori condannati, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante.

²² *Ex plurimis*, v. Corte cost., n. 189 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2242; Id., n. 255 del 2006, *ivi*, 2006, 2687; Id., n. 436 del 1999, *ivi*, 1999, 3829.

*tem*²³.

6. Le finalità umanitarie della detenzione domiciliare ordinaria in favore delle madri

La Corte conclude il suo *iter* argomentativo stabilendo che, anche per la concessione della detenzione domiciliare *ordinaria* disciplinata dall'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., il giudice debba verificare se sussista il pericolo di commissione di altri reati da parte della madre già condannata per uno dei delitti indicati dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit.²⁴ La Consulta parte, infatti, dall'assunto che la *ratio* sottesa alla concessione, tanto della detenzione domiciliare speciale, quanto di quella generica non sia riconducibile soltanto a una situazione transeunte da tutelare, quale quella del minore in tenera età la cui madre sia stata condannata, ma anche a una condizione nella quale risulti almeno avviato un processo di rieducazione della persona condannata.

Se l'argomentazione dei giudici costituzionali può essere condivisibile per quanto attiene alla misura della carcerazione domestica speciale, posto che l'art. 47-quinquies, co. 1, ord. penit. prevede già la necessità di una verifica giudiziale in ordine alla inesistenza del concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, più di una perplessità sorge con riguardo alla *vis attractiva* esercitata da quest'ultima misura sulla detenzione domiciliare ordinaria.

Quantunque circoscritta al requisito di applicabilità della prognosi di non recidiva nei confronti delle madri condannate per determinati delitti ricollegabili all'area della delinquenza organizzata, la "parificazione" operata dalla Corte tra forma ordinaria e speciale di detenzione non può essere esente da critica.

A tale ricostruzione si può innanzi tutto obiettare che il presupposto attinente al profilo della pericolosità sociale non viene enunciato in modo esplicito dall'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit. per la concessione della detenzione domiciliare ordinaria c.d. "a fini umanitari"²⁵. Esiste una precisa ragione per questa scelta normativa: il legislatore non ha inteso ricollegare la *ratio* di questo istituto alla risocializzazione o al ravvedimento del condannato, bensì ha avuto di mira essenzialmente finalità umanitarie ed assistenziali²⁶, in osse-

²³ Tra le altre, v. Corte cost., n. 137 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, 1067 e Id., n. 504 del 1995, *ivi*, 1995, 4272 (in materia di permessi premio); Id., n. 445 del 1997, *ivi*, 1997, 3934 (in materia di semilibertà). V. anche Corte cost., n. 135 del 2003, in *Giur. cost.*, 2003, 997 (declaratoria di infondatezza in materia di liberazione condizionale dei soggetti condannati all'ergastolo).

²⁴ Corte cost., n. 239 del 2014, § 10.

²⁵ Non vale a far cadere questo assunto il fatto che nel comma 4 dell'art. 47-ter ord. penit. si faccia rinvio alle prescrizioni di cui all'art. 284 c.p.p.: si tratta di una disciplina di controllo e di cautela (mirata alla difesa sociale) che peraltro va rispettata *ex post*, dopo la concessione della misura. Questo rinvio legislativo, come tale, non può certo assurgere a presupposto di concessione della misura.

²⁶ In dottrina, tra gli altri, CESARIS, Sub art. 47-ter, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento*

quiuo al principio costituzionale di umanizzazione della pena (art. 27, co. 3, Cost.).

Che la finalità rieducativa sia pressoché estranea alla misura della detenzione domiciliare generica emerge dalla lettera della legge, giacché in tutta la disciplina l'unico e sporadico riferimento alla finalità risocializzante si rinviene nel comma 4 dell'art. 47-ter ord. penit., ove si accenna, timidamente, a «disposizioni per gli interventi del servizio sociale» che dovrebbero essere impartite dal tribunale di sorveglianza. Manca, per il resto, qualsiasi riferimento normativo a un programma trattamentale o a prescrizioni che siano funzionali a tale finalità²⁷. Va inoltre tenuto conto che questa misura – a differenza della detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies, co. 8, ord. penit.) – è destinata a cessare, in ogni caso, al compimento del decimo anno del figlio minore, senza che possa rilevare la circostanza soggettiva del ravvedimento ai fini della prosecuzione della modalità di detenzione extramuraria. Non solo, le novelle legislative del 1998, 2005, e 2011²⁸, ampliando l'ambito applicativo delle ipotesi di cui all'art. 47-ter, co. 1, ord. penit., hanno accentuato la finalizzazione in senso umanitario nonché la valenza deflativa dell'istituto²⁹.

Non valga, peraltro, a scalfire tale ricostruzione quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 350 del 2003, in ordine alla evoluzione subita in linea generale dalla misura della detenzione domiciliare, la quale avrebbe col tempo «assunto aspetti più vicini e congrui alla ordinaria finalità rieducativa [...], non essendo più limitata alla protezione dei soggetti deboli prima previsti come destinatari esclusivi»³⁰. A ben vedere, in quella decisione si faceva riferimento alla previsione della nuova figura della detenzione domiciliare infrabiennale (art. 47-ter, co. 1-bis, ord. penit.), applicabile genericamente a soggetti rispetto ai quali la misura risulti idonea a prevenire il pericolo di recidiva, in una prospettiva rivolta a obiettivi non desocializzanti. Invece, la *ratio* della disciplina di cui all'art. 47-ter, co. 1, ord. penit. resta ancorata, di per sé, alla *tutela del minore* e alla protezione di soggetti che comunque si trovano in condizioni tali da necessitare una particolare considerazione, onde evitare che

penitenziario commentato, cit., 676 ss.; DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, cit., 843; GREVI, Sub art. 1, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 9.

²⁷ Cfr. CESARIS, Sub art. 47-ter, cit., 636.

²⁸ L. 27 maggio 1998, n. 165; l. 5 dicembre 2005, n. 251 e l. 21 aprile 2011, n. 62.

²⁹ La misura viene sempre più utilizzata come strumento di deflazione carceraria, anche per far fronte al problema del sovraffollamento, che – come ha dichiarato la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia) – si risolve in una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti: la recente l. n. 117 del 2014 (insieme alle precedenti l. n. 10 del 2014 e n. 94 del 2013) è stata emanata per cercare di ripristinare una tutela allineata all'art. 3 Conv. eur. dir. uomo.

³⁰ Corte cost., sent. n. 350 del 2003, cit., 3634.

l'esecuzione della pena risulti contraria al senso di umanità.

Non si può pertanto condividere l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità – riprodotto anche nella sentenza costituzionale n. 177 del 2009³¹ – che richiede, per la concessione della detenzione domiciliare in genere, la previa valutazione prognostica di non recidiva, sulla base del rilievo per cui la *ratio* comune a tutte le misure alternative sarebbe quella di favorire il recupero del condannato e di prevenire la commissione di nuovi reati³². Non si possono accomunare tra loro le diverse *species* di custodia domestica: in quella “tradizionale” a fini umanitari il destinatario della tutela è un soggetto terzo ed è quindi fuori luogo imporre una verifica giudiziale sulla meritevolezza del detenuto.

Del resto, in dottrina non si è mai mancato di rilevare che i presupposti di applicazione della detenzione domiciliare umanitaria (a parte quello oggettivo correlato ai limiti di pena) si riferiscono esclusivamente alla condizione soggettiva dei destinatari della misura e non certo ad altri parametri soggettivi diversi, riconducibili alla pericolosità sociale del condannato³³. Inoltre, il parametro in questione, rapportandosi – come si è detto poco sopra – a una finalità rieducativa, per ciò stesso non può essere desunto in via implicita dall'art. 47-ter, co. 1, ord. penit.: se lo avesse voluto contemplare, il legislatore lo avrebbe dovuto introdurre espressamente nel dettato normativo, in forza del principio secondo cui le modalità di esecuzione della pena extracarcerarie «devono essere fissate sulla base dei criteri del trattamento individualizzato

³¹ Corte cost., n. 177 del 2009, cit., 1985.

³² Cass., Sez. I, 2 febbraio 2007, D'Emilio, in *Riv. pen.*, 2008, 191; Id., Sez. I, 13 luglio 2006, Pintus, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 35, 75, con riguardo alla ipotesi di detenzione domiciliare a favore del condannato ultrasettantenne di cui all'art. 47-ter, co. 01, ord. penit., anche se il dettato normativo introdotto con la l. n. 251 del 2005 non prevede espressamente il presupposto della idoneità della misura ad evitare il pericolo di recidiva. Ancora, con riferimento alla detenzione domiciliare in genere, v. Cass., Sez. I, 8 aprile 2003, Bisogno, in *Mass. Uff.*, n. 224424; Id., Sez. I, 28 gennaio 2000, Ranieri, *ivi*, n. 215494; Id., Sez. I, 28 gennaio 2000, Tibaldi, *ivi*, n. 215495; Id., Sez. I, 5 novembre 1996, Correale, *ivi*, n. 206768; Id., Sez. I, 24 ottobre 1996, Chiofalo, *ivi*, n. 206185. L'interpretazione estensiva che risulta da queste decisioni pare assai discutibile, stante il carattere di tassatività delle norme che disciplinano specifiche tipologie di misure alternative alla detenzione, le cui modalità di esecuzione sono corredate da altrettante tassative prescrizioni di contenuto interdittivo o propositivo. Nella ipotesi di detenzione domiciliare infrabiennale la Corte di cassazione ha, invece, escluso che le valutazioni sulla meritevolezza del beneficio debbano riguardare il «tasso di pericolosità sociale del condannato» ed ha correttamente applicato il presupposto, previsto dalla norma, della idoneità dello stato detentivo domiciliare a contenere il rischio di recidiva (da ultimo, Cass., Sez. I, 17 marzo 2009, Castiglione, in *Mass. Uff.*, n. 243745).

³³ In questo senso, attraverso un lucido raffronto tra la forma “classica” di detenzione domiciliare del co. 1 dell'art. 47-ter ord. penit. e la forma “atipica” del co. 1-bis dell'art. 47-ter ord. penit., v. PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998, n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in BERNASCONI, COMUCCI, MACCORA, PITTARO, PRESUTTI, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, a cura di Presutti, Padova, 1999, 63; v. altresì, tra gli altri, CESARIS, *Sub art. 47-ter*, cit., 634, la quale afferma icasticamente: «requisito per la concessione della detenzione domiciliare è solo la condizione di madre».

legislativamente predeterminati e non sulla base di una valenza rieducativa in essi implicitamente ravvisata»³⁴.

L'inserimento, nei termini di cui alla sentenza in esame, del requisito di non pericolosità nelle trame dell'istituto di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b) ord. penit. pare fuorviante anche alla luce di un'altra considerazione. La fisionomia della custodia domestica ordinaria si atteggia in modo differente rispetto a quella della sua omologa misura speciale. Lì, la condizione della prognosi di non recidiva viene prevista dal legislatore (art. 47-quinquies, co. 1, ord. penit.) per soddisfare esigenze di sicurezza sociale che potrebbero in quel caso più facilmente presentarsi³⁵, sia perché la misura è applicabile a soggetti autori di reati molto gravi, indice di più elevata pericolosità, sia perché le modalità esecutive della stessa sono molto più elastiche rispetto a quelle della detenzione domiciliare ordinaria, potendo la persona che ne usufruisce trascorrere un periodo di tempo all'esterno del proprio domicilio, secondo le disposizioni dettate dal tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art. 47-quinquies, co. 3, ord. penit.³⁶ Diversamente, il regime di esecuzione della misura nella forma ordinaria appare già piuttosto restrittivo, dato il rinvio dell'art. 47-ter, co. 4, ord. penit. alle modalità stabilite dall'art. 284 c.p.p. per gli arresti domiciliari. Quindi, anche sotto questo profilo, non vi può essere alcuna giustificazione per inserire come «necessario complemento»³⁷, come compensazione *in peius*, la condizione della prognosi di non recidiva nell'ambito della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, co. 1, ord. penit. Le esigenze di difesa sociale sottese alla misura speciale di cui all'art. 47-quinquies ord. penit. non sono ravvisabili con riguardo alla misura ordinaria della detenzione domestica.

In definitiva, per tutte le ragioni sopra evidenziate, non pare conferente l'estensione del requisito della prognosi di non recidiva alla misura della de-

³⁴ Così, acutamente, COMUCCI, *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare*, in BERNASCONI, COMUCCI, MACCORA, PITTARO, PRESUTTI, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, cit., 191.

³⁵ Non a caso, è richiesta una prognosi di non recidiva, più vicina a una esigenza «di cautela» ex art. 274, co. 1, lett. c), c.p.p., che non a una prognosi (più blanda) di idoneità della misura ad evitare che l'individuo commetta altri reati (art. 47-ter, co. 1-bis, ord. penit.). Cfr. CESARIS, *Sub art. 47-quinquies*, cit., 699.

³⁶ Il rinvio contenuto nell'art. 47-quinquies, co. 3, ord. penit. alla disciplina degli arresti domiciliari è limitato ai commi 2 e 4 dell'art. 284 c.p.p., con esclusione, in particolare, del comma 3 del medesimo articolo, contenente disposizioni di tenore più restrittivo.

³⁷ Questa la terminologia utilizzata nel medesimo significato da Corte cost., n. 177 del 2009, cit., 1985, ove, per un verso, si sono equiparate le conseguenze dell'allontanamento non autorizzato della condannata madre tra detenzione domiciliare speciale e ordinaria; per altro verso, si è imposto, come «correttivo» della estensione *in melius*, un requisito *in peius* consistente nella previa formulazione di una prognosi di inesistenza del concreto pericolo che la condannata commetta altri delitti. Un precedente suscettibile delle medesime critiche qui mosse alla sentenza in commento.

tenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit. Attraverso siffatta estensione, la Corte costituzionale rischia, per così dire, di far "rientrare dalla finestra" finalità risocializzanti che ben poco attengono alla configurazione legislativa dell'istituto.

La Corte avrebbe potuto, invece, valorizzare quanto da lei stessa affermato in ordine alla centralità e preminenza dell'interesse tutelato dalla misura della detenzione domiciliare (speciale): «un interesse "esterno" ed eterogeneo» rispetto alla persona del condannato e ai suoi progressi trattamentali³⁸. Un interesse esterno la cui salvaguardia è esclusiva, tanto più nell'ambito della detenzione domiciliare ordinaria. Sotto questo aspetto, appare più marcata la vicinanza (e la identità di *ratio*) della detenzione domiciliare umanitaria con la forma di detenzione domiciliare c.d. "in alternativa" al rinvio della esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., disciplinata dall'art. 47-ter, co. 1-ter, ord. penit.: anche in questa *species* di custodia domestica viene posta al centro della tutela un interesse diverso da quello della risocializzazione del condannato, che corrisponde, a seconda dei casi, al diritto dell'infante a ricevere le cure e l'assistenza della madre ovvero al diritto alla salute e alle terapie mediche. Coerentemente, questo istituto è costruito in modo tale da applicarsi anche ai condannati per taluno dei reati di cui all'art. 4-bis ord. penit.³⁹, senza che sia richiesta alcuna valutazione giudiziale in merito alla prognosi di non recidiva.

Da un punto di vista sistematico, anche la detenzione domiciliare umanitaria generica dovrebbe conformarsi *in toto* a questo schema normativo. La sentenza della Corte costituzionale ha avuto il merito di consentirne ora la fruibilità anche alle madri condannate per uno dei reati ostativi indicati dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., ma non è arrivata al punto di dare una effettiva prevalenza alle esigenze umanitarie sottese all'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., ponendole ancora una volta in ombra rispetto a quelle di tutela della collettività.

7. Considerazioni a margine di una sentenza additiva di "regola di giudizio"

Alla luce dell'analisi fin qui svolta, si può trarre qualche rilievo conclusivo con riguardo all'intervento additivo operato dalla Corte con la declaratoria di illegittimità in commento.

³⁸ Corte cost., n. 239 del 2014, § 9.

³⁹ In questo senso, Cass., Sez. I, 13 febbraio 2008, Squeo, in *Riv. pen.*, 2008, 1206; Id., Sez. I, 19 febbraio 2001, Mangino, in *Cass. pen.*, 2002, 2491. In dottrina, per tutti, DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. Dir.*, cit., 844.

Appare senza dubbio improntato a canoni di razionalità il discorso argomentativo dei giudici costituzionali volto ad aprire in favore delle detenute madri l'accesso alle misure della detenzione domiciliare speciale ed ordinaria, anche qualora le stesse abbiano commesso uno dei delitti menzionati nell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit.: dal regime "di rigore" ivi previsto, le madri condannate per gravi reati passano al regime "ordinario", applicabile alla generalità delle madri detenute.

Tuttavia, l'accesso da parte di questa categoria di detenute alla forma ordinaria di detenzione domestica umanitaria non può avvenire – secondo la Corte – in condizioni di totale parità rispetto alle altre condannate "comuni"¹⁰.

L'impressione che se ne trae è che si intenda evitare un passaggio brusco al regime penitenziario comune disciplinato dall'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., preferendo, piuttosto, un ingresso "condizionato" della detenuta madre in tale regime. La condizione da rispettare – come si è già rilevato – è che vi sia la non pericolosità in concreto della detenuta.

Nell'ultima parte della motivazione della sentenza traspare la preoccupazione che vengano sacrificate le istanze securitarie, specialmente nei casi riconducibili all'art. 4-*bis* ord. penit., ove i delitti commessi destano particolare allarme sociale. Il giudice delle leggi sembra chiedere alla magistratura di sorveglianza di prestare una particolare attenzione nella operazione di bilanciamento tra l'interesse di difesa sociale e quello del minore alle cure materne. Viene imposto al giudice di seguire il criterio preso a modello dall'art. 47-*quinq*ues ord. penit., che peraltro è diverso e, non a caso, più rigoroso e pregnante rispetto a quello della prognosi di idoneità della misura a contenere il rischio di recidiva, che pure permea il sistema delle misure alternative alla detenzione (v. artt. 47, co. 2 e 47-*ter*, co. 1-*bis*, ord. penit.).

La Corte avrebbe invece potuto, una volta eliminata la presunzione assoluta prevista dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., lasciare totalmente all'apprezzamento discrezionale del giudice l'operazione di bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco, come del resto avviene già normalmente nell'applicazione della disciplina della detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit.

Introducendo il parametro di valutazione in base al quale effettuare il bilanciamento, la Corte costituzionale pronuncia una sentenza additiva "di regola di giudizio", perché chiede al giudice di inserire nella sua decisione una motivazione "rafforzata", un *quid pluris* consistente nella valutazione della pericolosità in concreto della detenuta madre, peraltro non richiesto espressamente

¹⁰ Corte cost., n. 239 del 2014, § 10, anche con riferimento ai successivi richiami nel testo.

dalla legge.

In buona sostanza, la decisione in commento – tanto nella motivazione, quanto nel dispositivo – trasforma la *presunzione assoluta* di insussistenza dei presupposti che consentono la concessione delle misure alternative in esame (fondata sulla equiparazione tra non collaborazione e mancato realizzarsi della rieducazione) in una *presunzione relativa*, in quanto tale superabile con adeguata motivazione da parte del giudice in punto di sussistenza, in concreto, del requisito della prognosi di non recidiva.

Da un punto di vista tecnico-giuridico, questo passo conclusivo della pronuncia costituzionale desta perplessità, giacché alla caduta dell'automatismo legislativo corrisponde la previsione – di fonte giurisprudenziale – dell'obbligo di una verifica giudiziale di pericolosità.

E' agevole osservare come, in tal modo, il vaglio di ragionevolezza operato dalla Corte delle leggi rischi una vera e propria "esondazione"⁴¹ nel terreno della discrezionalità legislativa, oltre a determinare l'effetto di un aumento del tasso di concretezza del giudizio costituzionale.

Non c'è dubbio che la Corte abbia usato correttamente, quanto a tecnica argomentativa, lo schema tridimensionale della ragionevolezza imperniato sul *tertium comparationis*⁴². Tuttavia, nel dettare la regola di giudizio da applicarsi alle singole situazioni, la Corte si sovrappone al compito, istituzionalmente attribuito al giudice comune, di "giustiziere" delle esigenze dei casi concreti. Dunque, la verifica della ragionevolezza della presunzione legislativa viene a tradursi in un controllo di legittimità basato in modo stringente su criteri di razionalità empirica.

Quanto al problema del superamento dei limiti propri della *political question* delineati nell'art. 28 legge n. 87 del 1953, va rilevato che esso si iscrive nel quadro del carattere di non giustiziabilità del principio di sussidiarietà, nel suo significato, per quel che qui interessa, di esecuzione effettiva della pena privata della libertà come *extrema ratio*, a favore dell'impiego prioritario di sanzioni alternative alla detenzione. In questo ambito, in cui si possono ricom-

⁴¹ Per riprendere un termine di GIOSTRA, *Carcere cautelare obbligatorio: la campana della Corte costituzionale, le stecche della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4897, utilizzato, però, nell'ambito della materia cautelare e con riferimento all'atteggiamento della Corte di cassazione.

⁴² Sull'argomento e, in generale, sui criteri di valutazione di costituzionalità delle leggi nell'ambito del giudizio di ragionevolezza, si veda, ampiamente, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994, *passim*, con particolare riguardo agli interventi, contenuti nello stesso volume, di CERVATI, *In tema di interpretazione della costituzione, nuove tecniche argomentative e "bilanciamento" tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in *Il principio di ragionevolezza*, cit., 55 ss., 97 e di VOLPE, *Razionalità, ragionevolezza e giustizia nel giudizio sull'eguaglianza delle leggi*, cit., 193 ss.

prendere anche i presupposti di accesso alla forma di detenzione domiciliare umanitaria oggetto del presente scrutinio di costituzionalità, la “competenza” a decidere è riservata al potere politico, non al sindacato della Corte costituzionale, se non nei limiti del rispetto della ragionevolezza⁴³. Esula, pertanto, dal ruolo della Consulta utilizzare la sussidiarietà per dichiarare l’illegittimità costituzionale di una legge che – a parere della stessa – non rispetti questo principio.

Investita della questione, la Corte dovrebbe, in tali casi, pronunciare una declaratoria di inammissibilità, come del resto è già accaduto in passato con riferimento a questioni il cui accoglimento avrebbe avuto l’effetto di inasprire le condizioni per usufruire di misure alternative alla detenzione: «non compete alla Corte emettere sentenze additive che rendano deteriore la posizione del condannato in ordine alla esecuzione della pena»⁴⁴.

Nella fattispecie *de qua*, la scelta di politica criminale era già stata compiuta dal legislatore, con lo stabilire in modo tassativo che la fruizione della misura della detenzione domiciliare ordinaria per detenute madri non dovesse essere subordinato, in nessun caso, alla sussistenza del requisito della prognosi di non recidiva⁴⁵. Su questo assetto legislativo, il giudice costituzionale interviene con una sentenza manipolativa tale da eccedere – si ritiene – le sue funzioni istituzionali. Non pare potersi condividere l’introduzione, attraverso la verifica di legittimità, di un requisito in senso peggiorativo della vigente disciplina legislativa, con effetti *in malam partem*, per di più in un settore, quello della esecuzione delle pene e delle misure alternative, nel quale – nonostante l’ormai asserita estraneità alla sfera di applicazione del principio di irretroattività della legge penale⁴⁶ – non può mettersi in dubbio l’operatività del principio di stret-

⁴³ Sul carattere non dimostrativo del principio di *extrema ratio*, si veda Corte cost., n. 409 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, 1916. In dottrina, sul principio di sussidiarietà penalistico, v., tra gli altri, DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 75 ss.

⁴⁴ Così, Corte cost., ord. n. 167 del 1983, in *Giur. cost.*, 1983, 931 (fattispecie relativa alla introduzione di una nuova causa ostativa alla concessione della semilibertà); l’indirizzo è stato confermato da Corte cost., n. 29 del 1984, *ivi*, 1984, 100. Di recente, la Corte di cassazione ha ritenuto manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale riguardante l’art. 47-*quinquies* ord. penit. (sia pur sul piano delle conseguenze della misura), «nella parte in cui non prevede che l’esito positivo della misura alternativa della detenzione domiciliare comporti l’estinzione della pena, a differenza di quanto dispone l’art. 47, co. 12, ord. penit. con riferimento all’affidamento in prova al servizio sociale», motivando la sua decisione sull’assunto che debba rimanere «nella discrezionalità del legislatore la valutazione dei presupposti ai quali collegare, in ragione delle loro differenze, le diverse conseguenze in materia di estinzione della pena e degli effetti penali»: così, Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2013, Stagno, in *Mass. Uff.*, n. 255127.

⁴⁵ Al riguardo, v. *supra*, § 6.

⁴⁶ Dichiarata sin dagli anni novanta, a partire da Corte cost., n. 306 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, 2466; poi ribadita da Corte cost., n. 137 del 1999, cit., 1067; Id., n. 445 del 1997, cit., 3934; Id., n. 504 del 1995, cit., 4272. V., nello stesso senso, Corte cost., n. 257 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 2713; Id., ord.

ta interpretazione e della riserva di legge stabilita dall'art. 13, co. 2, Cost. in riferimento a qualsiasi forma di restrizione del diritto fondamentale della libertà personale⁴⁷.

Del resto, che si tratti di una materia di competenza del legislatore lo ha dimostrato, di recente, una proposta di modifica dell'art. 4-*bis*, co. 1-*bis*, ord. penit. elaborata dalla Commissione Palazzo, con la quale si intenderebbe trasformare in una presunzione relativa l'attuale presunzione assoluta di insussistenza (per i detenuti non collaboranti) dei requisiti che consentono, di regola, l'accesso ai benefici penitenziari⁴⁸.

È anche accaduto che, nell'esercizio del suo potere discrezionale, il legislatore, quando ha esteso l'applicabilità della disciplina penitenziaria "comune" a determinate categorie di detenuti particolarmente pericolosi – come ad esempio i recidivi "reiterati" ex art. 99, co. 4, c.p. –, non abbia stabilito alcuna presunzione relativa di sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti⁴⁹. E ciò, peraltro, pare molto indicativo della necessità di deferire alla volontà espressa del legislatore la previsione del requisito relativo alla ragio-

n. 108 del 2004, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 19, 15. Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass., Sez. un., 17 luglio 2006, A.S., in *Mass. Uff.*, n. 233976. Il "caso di coscienza" creatosi tra i giudici della Consulta durante l'esame della messa al voto del quesito relativo all'applicabilità dell'art. 25, co. 2, Cost. alla materia della esecuzione penale è descritto emblematicamente da G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 17 ss.

⁴⁷ V., ex plurimis, Corte cost., ord. n. 192 del 1988, in *Giur. cost.*, 1998, 1554; Id., n. 376 del 1997, *ivi*, 1997, 3623; Id., n. 349 del 1993, *ivi*, 1993, 2740, nella quale la Corte, dopo aver posto come punto fermo che le norme suscettibili di incidere sui diritti inviolabili dell'uomo, come quelle previste dall'ordinamento penitenziario (che è un tipico ordinamento derogatorio), «non possono essere applicate per analogia e vanno interpretate in modo rigorosamente restrittivo», afferma che «è certamente da escludere che misure [...] che incidono sulla qualità e quantità della pena, quali quelle [...] extramurali, e che perciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto, possano essere adottate al di fuori dei principi della riserva di legge e della riserva di giurisdizione specificamente indicati dall'art. 13, co. 2, Cost.».

⁴⁸ La Proposta, intitolata «Revisione delle norme che vietano la concessione di benefici nei confronti di detenuti o internati "non collaboranti"» (e consistente nell'aggiunta di un nuovo periodo nel comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit.), mirerebbe, in particolare, al superamento del c.d. "ergastolo ostativo": v. Relazione della Commissione istituita il 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss. Dunque, l'operazione intesa a introdurre nel tessuto legislativo, quanto alla materia disciplinata dall'art. 4-*bis* ord. penit., presunzioni relative, superabili con adeguata motivazione giudiziale (a sua volta sorretta dall'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»), è stata oggetto di una Proposta legislativa e non certo di un intervento additivo della Corte costituzionale.

⁴⁹ È il caso della legge 9 agosto 2013, n. 94, la quale, nel sopprimere la disciplina di rigore di cui all'art. 47-*ter*, co. 1.1, ord. penit. e, dunque, nel consentire anche ai recidivi reiterati la fruibilità della detenzione domiciliare umanitaria (art. 47-*ter*, co. 1, ord. penit.) e infrabiennale (art. 47-*ter*, co. 1-*ter*, ord. penit.), non ha, nel contempo, previsto alcuno sbarramento riconducibile alla verifica giudiziale di ulteriori presupposti di applicazione della misura alternativa *de qua*.

nevole prognosi di non recidiva⁵⁰, lungi da poter considerare il medesimo come immanente nel sistema⁵¹.

Alla luce di quanto rilevato, sembra qui configurarsi una situazione paradossale, nella quale la Corte costituzionale, con una sentenza additiva di regola, introduce una presunzione relativa di pericolosità sociale della persona condannata; presunzione che neppure il legislatore, quando ne ha avuto l'opportunità, ha ritenuto di dover sempre introdurre.

In questa occasione, la Corte, per non incorrere in una violazione del principio fondamentale della separazione dei poteri statuali⁵², avrebbe dovuto, piuttosto, pronunciare una sentenza "monitoria", invitando il legislatore a inserire una modifica della disciplina in materia. Quest'ultima avrebbe potuto eventualmente contemplare – con riguardo alle detenute madri ritenute responsabili di uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e non collaboranti con la giustizia – la previsione di una *presunzione relativa* di insussistenza dei presupposti per la concessione della detenzione domiciliare ordinaria a fini umanitari, superabile con idonea motivazione giudiziale.

ANNA MARIA CAPITTA

⁵⁰ E, infatti, per ora nessuno in dottrina si è sognato di affermare che, per effetto della novella n. 94 del 2013, la detenzione domiciliare possa essere concessa ai recidivi reiterati a condizioni di *non* perfetta parità rispetto agli altri condannati. V., ad esempio, DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 98.

⁵¹ In questo senso, invece, Corte cost., n. 177 del 2009, cit., 1985, cui fa rinvio la sentenza in commento.

⁵² In difesa di questo principio, ma con riferimento alla materia cautelare e, in particolare, al problema inverso della predeterminazione da parte del legislatore dei contenuti della decisione giurisdizionale (attraverso il disposto dell'art. 275, co. 3, c.p.p.), v. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.