

Osservatorio sulla Corte costituzionale

ANNA MARIA CAPITTA

Revoca della misura alternativa e detenzione domiciliare per la cura dei minori: la Consulta rimuove l'automatismo ma continua a imporre la regola di giudizio

1. Con la sentenza n. 187 del 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, co. 1, 2 e 3, L. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui detti commi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinquies* ord. penit., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate nel co. 2 dello stesso art. 58-*quater* ord. penit. e ha altresì dichiarato, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27, L. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, co. 1, 2 e 3, ord. penit., nella parte in cui detti commi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare, prevista dall'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate al co. 2 dello stesso art. 58-*quater* ord. penit., sempre che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

Cadono, dunque, gli automatismi preclusivi alla concessione della detenzione domiciliare speciale e di quella "ordinaria" per la cura dei minori, che l'art. 58-*quater*, co. 1, 2 e 3, ord. penit. stabilisce per un periodo di tre anni a carico del condannato nei cui confronti sia stata revocata altra misura alternativa – in particolare, l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare o la semilibertà – precedentemente concessagli.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate d'ufficio dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, in riferimento agli artt. 3, co. 1, 29, co. 1, 30, co. 1, e 31, co. 2, Cost. avevano ad oggetto le preclusioni di cui all'art. 58-*quater*, co. 1, 2 e 3, ord. penit. alla concessione della sola misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* ord. penit.

La Consulta ha esteso, in via consequenziale, la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria in favore della donna incinta, della madre o del padre

di prole di età inferiore ad anni dieci con gli stessi convivente, quando la pena della reclusione da espiare non sia superiore a quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena (art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit.). Ciò per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente assoggettata a una disciplina deteriore *in parte qua*. Come già accaduto in precedenti occasioni (sent. cost. n. 211 del 2018; n. 239 del 2014 e n. 177 del 2009), in tale ipotesi la concessione della misura rimane comunque subordinata – secondo quanto precisato dalla Corte – alla prognosi della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

2. Ricostruito il quadro normativo degli istituti che fanno da sfondo alle questioni prospettate, la Corte costituzionale ha, anzitutto, ritenuto plausibile la soluzione interpretativa adottata dalla Sezione rimettente, secondo cui la preclusione alla concessione di una serie di benefici penitenziari di cui al combinato disposto dei primi tre commi dell'art. 58-*quater* ord. penit. si estende anche all'ipotesi della detenzione domiciliare speciale. Il Giudice delle leggi ha perciò escluso la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina oggetto di censura, tale da sottrarre la detenzione domiciliare speciale alla sfera applicativa del divieto posto dall'art. 58-*quater* ord. penit.

Superato il vaglio di ammissibilità, le questioni sono state ritenute fondate, in ragione del contrasto delle disposizioni censurate con l'art. 31, co. 2, Cost.

3. Passando all'esame del merito della censura di costituzionalità, la Corte muove dalla premessa in base alla quale la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, trova riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento costituzionale interno, sia nell'ordinamento internazionale, ove, in particolare, l'interesse del minore viene qualificato come "superiore" e tale da dover essere considerato "preminente" in tutte le decisioni giudiziali.

Ciò posto, la pronuncia in commento ricostruisce la *ratio* sottesa alla detenzione domiciliare speciale.

Sulla scorta delle sentenze n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017, la Consulta ha infatti ribadito che la misura in questione è finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto dal condannato 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. Ne deriva che – prosegue la Corte – subordinare l’accesso alle misure alternative a particolari condizioni dettate dalla presunta pericolosità del condannato «può risultare giustificabile quando si discuta di misure che hanno di mira, in via esclusiva, la risocializzazione dell’autore della condotta illecita. Cessa, invece, di esserlo quando al centro della tutela si collochi un interesse “esterno” ed eterogeneo», quale quello del minore (sent. cost. n. 239 del 2014). La detenzione domiciliare speciale, pur partecipando della finalità di reinserimento sociale del condannato, è primariamente indirizzata a consentire l’instaurazione, tra madri detenute e figli in tenera età, di un rapporto quanto più possibile “normale”: si tratta di un istituto – sottolinea la Corte – in cui assume rilievo prioritario la tutela di un soggetto debole, particolarmente meritevole di protezione, quale è il minore.

Sulla base di queste considerazioni, si sono susseguite, di recente, varie declaratorie di illegittimità in materia di detenzione domiciliare per la cura dei minori (sent. n. 211 del 2018; n. 76 del 2017; n. 239 del 2014; n. 177 del 2009; v. anche sent. n. 174 del 2018, in tema di assistenza all’esterno dei figli minori), che – come quella in commento – si inscrivono, sotto questo specifico profilo, nel filone penalistico della giurisprudenza costituzionale pronunciatisi in materia di protezione dell’infanzia e di sostegno della genitorialità e che, d’altra parte, sotto l’aspetto più generale del sindacato di razionalità delle leggi, mirano tutte ad abbattere le presunzioni di pericolosità previste in astratto dal legislatore.

Secondo l’orientamento costante della Corte costituzionale (cfr., *ex multis*, sent. n. 90 del 2017; n. 189 del 2010; n. 78 del 2007; n. 255 del 2006; n. 306 del 1993), infatti, devono essere eliminati gli indici presuntivi che precludono al giudice la possibilità di un bilanciamento in concreto tra esigenze contrapposte (per le declaratorie di incostituzionalità dell’art. 4-*bis* ord. penit., oltre alla sent. n. 239 del 2014, v. sent. n. 137 del 1999; n. 445 del 1997; n. 504 del 1995). Ed è prevedibile che, in futuro, in mancanza di opportuni e mirati provvedimenti legislativi, gli interventi manipolativi da parte dei giudici della Consulta troveranno ulteriore sviluppo e progressiva espansione, tenuto conto che i divieti alla concessione di benefici penitenziari e gli automatismi sono ancora presenti in numerose norme dell’ordinamento penitenziario.

Indubbiamente centrale, nella sentenza in esame, è dunque il rilievo secondo il quale, alla base dell’intera giurisprudenza costituzionale relativa, da un lato, alla detenzione domiciliare “ordinaria” per esigenze di cura dei minori e,

dall'altro, alla detenzione domiciliare speciale, stia il principio per cui «affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»: sent. cost. n. 239 del 2014 (§ 4.3., *Considerato in diritto*).

Si sancisce, ancora una volta, il principio di non recessione dell'interesse del minore di fronte a preclusioni legislative ispirate ad esigenze di difesa sociale. Tale principio ha condotto la Corte a ritenere costituzionalmente illegittimo l'automatismo preclusivo derivante dall'art. 58-*quater*, co. 1, 2 e 3, ord. penit., così come interpretato dal giudice rimettente.

La declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni censurate è stata pronunciata per contrasto delle stesse con l'art. 31, co. 2, Cost., da leggersi anche alla luce delle norme internazionali e sovranazionali che ne arricchiscono e completano il significato (sent. n. 388 del 1999). Va osservato come, ritenendo assorbite le ulteriori censure, il Giudice delle leggi non abbia ritenuto di soffermarsi, in particolare, sul parametro di cui all'art. 3, co. 1, Cost., richiamato dalla Sezione rimettente. Non viene perciò esplicitamente attuata dalla Corte l'indagine sulla non irragionevolezza del processo decisionale legislativo che ha condotto alla formulazione dei primi tre commi dell'art. 58-*quater*, ord. penit. Tuttavia, va da sé che, pur in modo implicito, la disciplina oggetto di censura non è stata reputata idonea a superare il vaglio di ragionevolezza. Ciò pare, del resto, ricavabile da quanto afferma la Consulta, là dove rimarca la differenza, rilevante anche sotto il profilo del trattamento normativo, tra misure finalizzate, in via esclusiva, alla risocializzazione del condannato e misure che, invece, perseguono precipuamente obiettivi di tutela esterni alle esigenze di recupero sociale ed aventi ad oggetto beni costituzionali eterogenei, del tipo di quello che assume rilievo nell'ambito della detenzione domiciliare speciale (§ 4.2., *Considerato in diritto*). Non si potrebbero perciò accomunare fattispecie tra loro diversificate, stabilendo che la preclusione valga indistintamente per entrambe le tipologie di misure.

4. La Corte ha concluso il suo *iter* argomentativo (§ 5, *Considerato in diritto*) ritenendo che, anche per quanto concerne la detenzione domiciliare ordinaria disciplinata dall'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., vada eliminata la preclusione di cui al combinato disposto delle norme censurate. Nel contempo, tuttavia, la Consulta ha stabilito che – anche per la concessione della de-

tenzione domiciliare per la cura dei minori – il giudice debba verificare se sussista il pericolo di commissione di altri reati da parte della madre o del padre di prole inferiore a dieci anni, condannati a una pena detentiva non superiore a quattro anni.

Quantunque circoscritta al requisito di applicabilità della prognosi di non recidiva nei confronti delle madri o dei padri per i quali sia stata revocata una misura alternativa, la “parificazione” operata dalla Corte tra forma ordinaria e speciale di detenzione domiciliare non può essere esente da critica.

A tale ricostruzione si può anzitutto 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 c.d. “a fini umanitari”. 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 assistenziali, in ossequio al principio costituzionale di umanizzazione della pena (art. 27, co. 3, Cost.). Che la finalità rieducativa sia pressoché estranea alla misura della detenzione domiciliare ordinaria 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 finalità. 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 2011 (l. 27 maggio 1998, n. 165; l. 5 dicembre 2005, n. 251 e l. 21 aprile 2011, n. 62), 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’istituto.

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 presentarsi, 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 paiono 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.

Quindi, per tutte le ragioni sopra evidenziate, non pare conferente l'estensione del requisito della prognosi di non recidiva alla misura della detenzione 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.

È agevole, peraltro, osservare che la motivazione sul punto relativo alla estensione della previsione della prognosi di non pericolosità alla detenzione domestica ordinaria è effettuata solo *per relationem*, con un mero rinvio alle decisioni pronunciate in precedenti occasioni (§ 5, *Considerato in diritto*). Inoltre, può essere significativo che, nella pronuncia in commento, a differenza di altre più risalenti sentenze (v., ad esempio, sent. n. 177 del 2009), non si faccia alcun cenno esplicito al rilievo per cui la *ratio* comune a tutte le misure alternative – e quindi anche a quella della detenzione domiciliare per la cura dei minori – sarebbe quella di favorire il recupero del condannato e di prevenire la commissione di nuovi reati. Anzi, la stessa Corte ha affermato chiaramente la preminenza e la centralità della salvaguardia dell'interesse del minore cui mira – tanto più – la misura della detenzione domiciliare ordinaria: un interesse "esterno" ed eterogeneo rispetto alla persona del condannato e ai suoi progressi trattamentali (§ 4.2., *Considerato in diritto*). E ciò in conformità a decisioni costituzionali più recenti che hanno ribadito come la detenzione domiciliare ordinaria risponda sempre a una «logica unitaria e indivisibile», vale a dire quella "umanitaria" (sent. n. 99 del 2019 e n. 211 del 2018).

Coerentemente con questo ragionamento e in linea con questa – sia pur timida – evoluzione giurisprudenziale, la Consulta avrebbe potuto, perciò, almeno in questa occasione, valorizzare la differente fisionomia della detenzione domestica ordinaria rispetto a quella della omologa detenzione speciale e 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 di cui all'art. 47-*ter*, co. 1, lett.

a) e b), ord. penit.

Invece, 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 del condannato, peraltro non richiesto espressamente dalla legge. In tal modo, il vaglio operato dalla Corte delle leggi rischia una vera e propria “esondazione” nel terreno della discrezionalità legislativa, oltre a determinare l’effetto di un aumento del tasso di concretezza del giudizio costituzionale. Dunque, la verifica di costituzionalità inerente alla presunzione legislativa viene a tradursi in un controllo di legittimità basato in modo stringente su criteri di razionalità empirica.

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» (ord. cost. n. 167 del 1983). Con la decisione in esame – giova rilevarlo – la Consulta ha introdotto 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 non può mettersi in dubbio l’operatività del principio di stretta 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 personale (sent. n. 376 del 1997; n. 349 del 1993).

Pertanto, piuttosto che apportare al testo normativo una manipolazione *in peius*, la Corte – per non incorrere tra l’altro in una violazione del principio fondamentale della separazione dei poteri statuali – avrebbe dovuto pronunciare una sentenza “monitoria”, sollecitando il legislatore a inserire una modifica della disciplina in materia, consistente nella previsione di una presunzione relativa, superabile con adeguata motivazione da parte del giudice in punto di sussistenza, in concreto, del requisito della prognosi di non recidiva.