

## QUESTIONI APERTE

---

### Detenzione domiciliare speciale

#### La decisione

**Detenzione domiciliare speciale - Applicazione provvisoria - Mancata previsione - Illegittimità costituzionale** (Cost., art. 31; L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 47-quinquies, co. 1, 3 e 7).

*È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 31 Cost., l'art. 47-quinquies, co. 1, 3 e 7, 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 prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare possa essere proposta al magistrato di sorveglianza, il quale, a sua volta, avrà la possibilità di disporre l'applicazione provvisoria della misura, nel qual caso devono trovare applicazione in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 47, co. 4, della medesima legge.*

CORTE COSTITUZIONALE, 3 febbraio 2022 (c.c. 11 gennaio 2022), n. 30 - AMATO, *Presidente* - PETITTI, *Relatore*.

#### **L'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale: un altro tassello verso il superamento degli automatismi preclusivi per la tutela dei minori**

La Corte costituzionale ha fronteggiato a più riprese il fenomeno della "decodificazione" legislativa in materia penitenziaria specialmente attraverso censure radicali delle preclusioni ostative alla concessione di misure alternative dirette a favorire il rapporto tra genitori e figli in tenera età.

Il presente contributo analizza la decisione n. 30 del 2022 in tema di applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale, inquadrandola nel filone della giurisprudenza costituzionale - inaugurato con la sentenza n. 239 del 2014 e ormai destinato a una progressiva espansione - secondo il quale è necessario garantire che la fruibilità della detenzione domiciliare per la cura dei minori sia valutata con bilanciamenti caso per caso, improntati a criteri non eccessivamente vincolanti per il giudice, così da assicurare il massimo grado di tutela a un interesse di rilievo costituzionale "esterno" alla esecuzione penale.

*Provisional measure of special home detention: another step to overcome the preclusive automatisms for child's interest protection*

*On several occasions the Constitutional Court has faced the legislative "decodification" phenomenon rooted in the penitentiary system, especially through radical censorships of preclusions to the access to alternative measures aimed at fostering the relationship between convicted parents and young children.*

*This paper analyzes the Constitutional Court's Judgement No. 30 of 2022 on the issue relating to provisional measure of special home detention, framing it in the Court's case law inaugurated by the Judgement No. 239 of 2014 and now expected to a progressive development. This constitutional jurisprudence deems it is necessary to guarantee that the possibility to access home detention for the care of juveniles is evaluated through case-by-case balances, without imposing too binding decision-making rules on the judge, in order to ensure the highest degree of protection to a constitutional interest, that is outside the penal execution.*

SOMMARIO: 1. La statuizione della Corte costituzionale. - 2. L'anticipazione in via sommaria della detenzione domiciliare speciale. - 3. Il principio di non recessione dell'interesse del minore di fronte a esigenze di difesa sociale correlate a indici presuntivi. - 4. Il quadro della giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi penitenziari. - 5. Rilievi conclusivi e prospettive future.

1. *La statuizione della Corte costituzionale.* La sentenza che si annota segna un ulteriore passo in avanti verso una più ampia tutela del figlio minore e del suo diritto alla cura e all'assistenza da parte del genitore condannato a una pena detentiva superiore a quattro anni o all'ergastolo. La disciplina della detenzione domiciliare speciale, là dove non consente l'anticipazione cautelare della misura da parte del giudice monocratico, è stata infatti dichiarata costituzionalmente illegittima dai giudici della Consulta<sup>1</sup>.

Nel caso specifico, il Magistrato di sorveglianza di Siena appuntava le sue doglianze sulla omessa previsione dell'applicazione provvisoria della custodia domestica speciale sia per contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., sia in riferimento all'art. 27, co. 3, Cost., ritenendo che l'attesa della decisione collegiale renderebbe inumana la pena sofferta dal genitore, che non potrebbe offrire assistenza al figlio minore di anni dieci. Inoltre, ad avviso del rimettente, la disposizione censurata rivelava la sua contrarietà al principio di essenzialità della cura genitoriale di cui agli artt. 30 e 31 Cost. e determinava una violazione delle fonti sovranazionali che affermano la preminenza dell'interesse del minore, come interposte dall'art. 117, co. 1, Cost.<sup>2</sup>. La Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione sollevata con riferimento all'art. 31 Cost., reputando assorbite le censure riferite agli altri parametri evocati dal rimettente.

In via preliminare, la Consulta ha delimitato l'oggetto delle questioni che, nel *petitum* formulato dal giudice *a quo*, riguardava l'art. 47-*quinquies* ord. penit. nel suo complesso, ma che in realtà, come si legge nella sentenza, attiene in particolare ai commi 1, 3 e 7, concernenti rispettivamente i requisiti di am-

---

<sup>1</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, in *questa Rivista*, 2022, rubrica *Giurisprudenza costituzionale*, con brevi notazioni di CAPITTA, *Estesa alla detenzione domiciliare speciale la possibilità di applicazione provvisoria con provvedimento monocratico*, e di PIVA, *Applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale*. Per un primo commento alla sentenza, v. CESARIS, *Osservazioni della Prof.ssa Laura Cesaris in ordine alla sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 2022*, in *osep.jus.unipi.it*, 1° marzo 2022.

<sup>2</sup> Mag. Sorv. Siena, ord. 1° febbraio 2021, est. Venturini, in *Gazz. Uff.*, 18 agosto 2021, 1<sup>a</sup> Serie Spec., 2021, n. 33. Per un commento all'ordinanza di rimessione, v. FIORENTIN, *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per condannate madri*, in *Sist. pen.*, 2021.

missione della madre alla detenzione domiciliare speciale, le competenze del tribunale e del magistrato di sorveglianza nell'applicazione e attuazione della misura e infine la concessione della stessa al padre in funzione sostitutiva della madre deceduta o impossibilitata<sup>3</sup>.

La sentenza in commento mira a ristabilire un equilibrio tra le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva e le garanzie costituzionali e sovranazionali correlate alla persona del minore, entrambe considerate nelle argomentazioni a supporto della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, co. 1, 3 e 7, ord. penit., nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare possa essere proposta al magistrato di sorveglianza, il quale, a sua volta, avrà la possibilità di disporre l'applicazione provvisoria della misura; nel qual caso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 47, co. 4, ord. penit.

Con la pronuncia additiva in esame cade, pertanto, l'automatismo legislativo che finora precludeva l'applicazione in via provvisoria e urgente della detenzione domiciliare speciale, quale misura volta a favorire lo sviluppo della relazione parentale e a proteggere la prole in tenera età dalla carcerazione materna o paterna.

La Corte censura, ancora una volta, il sistema degli automatismi preclusivi che ostacolano la fruizione di benefici penitenziari da parte del condannato.

In questo caso, la preclusione alla concessione anticipata della misura, ritenuta illegittima dalla Consulta, non è una preclusione espressa<sup>4</sup>, ma è comunque ricavabile implicitamente dalla disciplina della detenzione domiciliare speciale, là dove essa non consente l'applicazione provvisoria della misura, viceversa consentita nell'ambito di altri istituti, quali ad esempio l'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, co. 01, 1, 1-*bis* e 1-*ter*, ord. penit. Questa lacuna normativa, non colmabile in via interpretativa, integra dunque una preclusione che si fonda in termini astratti sulla sola entità della pena da espiare e che perciò impedisce al magistrato di

---

<sup>3</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 4. Si avverte che i numeri dei paragrafi di volta in volta indicati accanto alle citazioni delle decisioni costituzionali si intendono tratti dal *Considerato in diritto* di ogni sentenza.

<sup>4</sup> Preclusioni espresse sono, per esempio, quelle da ostatività dei titoli di reato, a norma dell'art. 4-*bis* ord. penit., con riguardo alle quali, anche per i nessi con la presente sentenza, v., *infra*, §§ 4 e 5.

sorveglianza di valutare in concreto l'interesse del minore in comparazione con le esigenze di difesa sociale.

Evidenziato così il *vulnus* generato dall'astrattezza del diniego normativo in questione, la Corte ha dichiarato illegittima la disposizione censurata per violazione del *favor* minorile assicurato dall'art. 31 Cost.

2. *L'anticipazione in via sommaria della detenzione domiciliare speciale.* Nella decisione in commento, la Corte costituzionale ha ricostruito, anzitutto, il quadro normativo degli istituti che fanno da sfondo alle questioni prospettate, con particolare riguardo alla detenzione domiciliare per la cura dei figli minori; ha ricordato la natura "sussidiaria" e "complementare" della figura speciale di detenzione domiciliare che, diversamente da quella ordinaria di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., può trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui la pena da scontare dal genitore superi il limite dei quattro anni di reclusione, sempre che non sussista «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» e vi sia «la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli» (art. 47-quinquies, co. 1, ord. penit.)<sup>5</sup>. Nonostante la diversità del presupposto concernente l'entità della pena - afferma la Corte - le due misure alternative perseguono la stessa finalità, cioè quella di evitare, fin dove possibile, che l'interesse del bambino sia compromesso dalla perdita delle cure parentali, determinata dalla permanenza in carcere del genitore, danno riflesso noto come "carcerizzazione dell'infante"<sup>6</sup>.

L'identità finalistica delle due figure di detenzione domiciliare, del resto, è stata più volte sottolineata dalla giurisprudenza costituzionale, che ne ha progressivamente assimilato le discipline sotto molteplici profili<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cfr., Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.1. Per un commento esaustivo alla disciplina contenuta nella norma, cfr., tra gli altri, CESARIS, Sub art. 47-quinquies, in *Ordinamento penitenziario commentato*<sup>3</sup>, a cura di Della Casa, Giostra, Padova, 2015, 596.

<sup>6</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.2. Di recente, proprio al fine di evitare il più possibile che gli infanti si trovino a dover vivere con le madri recluse la realtà del carcere, è stata approvata dalla Camera una proposta di legge in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori (Atto Camera 2298 - *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, approvato in prima lettura il 30 maggio 2022), che, tra l'altro, interviene sull'ordinamento penitenziario per coordinare gli istituti della detenzione domiciliare e della detenzione domiciliare speciale con la previsione, in presenza del concreto pericolo della commissione di ulteriori delitti, del ricorso alla custodia presso gli Istituti a custodia attenuata per le detenute madri (ICAM). Il provvedimento dovrà essere trasmesso al Senato.

<sup>7</sup> ...dal profilo riguardante il margine di tolleranza degli allontanamenti ingiustificati del genitore accudente (Corte cost., n. 211 del 2018; Id., n. 177 del 2009) a quello relativo alla estensione di entrambe le

La sentenza ricorda come l'art. 47-ter, co. 1-quater, ord. penit. - introdotto dalla L. 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone-Saraceni) e poi sostituito dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella L. 9 agosto 2013, n. 94 - stabilisca che, «[n]ei casi in cui vi sia un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione», l'istanza di detenzione domiciliare - anziché al tribunale di sorveglianza - «è rivolta al magistrato di sorveglianza che può disporre l'applicazione provvisoria della misura»<sup>8</sup>.

Ciò posto, la Consulta ha constatato che l'applicazione provvisoria della misura alternativa da parte del magistrato di sorveglianza è ammessa per la detenzione domiciliare ordinaria, mentre non è consentita per la detenzione domiciliare speciale, che pure dell'altra misura condivide la *ratio* di tutela del minore nel suo corretto e sano rapporto con il genitore al di fuori del contesto carcerario<sup>9</sup>. Dunque, anche sotto lo specifico profilo inerente all'applicazione anticipata della misura, i giudici costituzionali intendono allineare la disciplina della custodia domestica speciale a quella della omologa misura ordinaria.

In particolare, nella pronuncia si osserva che, sul piano sistematico, l'intervento cautelare del giudice monocratico non può prescindere dall'espiazione intramuraria della quota preliminare: di conseguenza, la fisiologica sommarietà della sua valutazione viene compensata dai dati oggettivi risultanti dal pregresso trattamento intramurario del genitore. Il periodo di espiazione preliminare - che rappresenta l'aspetto distintivo essenziale della detenzione domiciliare speciale rispetto a quella ordinaria - ha la funzione di bilanciare il superamento del "tetto" dei quattro anni di reclusione, poiché l'espiazione intramuraria di almeno un terzo della pena (o di quindici anni nel caso di ergastolo) consegna agli uffici di sorveglianza i risultati di una consistente esperienza trattamentale. Queste evidenze, ad avviso della Corte, sono idonee a guidare le determinazioni cautelari del magistrato di sorveglianza, il quale, perciò, decide sulla base di un quadro ben definito, che gli consente

---

misure a protezione del figlio ultradecenne gravemente invalido (Corte cost., n. 18 del 2020; Id., n. 350 del 2003); da quello concernente la caducazione degli automatismi preclusivi stabiliti dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. (Corte cost., n. 239 del 2014) a quello relativo alla eliminazione della preclusione triennale della misura a causa dell'avvenuta revoca di altro beneficio (Corte cost., n. 187 del 2019). Per un'analisi di queste pronunce e per i riferimenti bibliografici, v., *infra*, §§ 3 e 4.

<sup>8</sup> Sull'istituto dell'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare, v., tra gli altri, CESARIS, Sub *art. 47ter*, cit., 582.

<sup>9</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.4., anche con riferimento al periodo precedente del testo.

di valutare in concreto se l'interesse del minore, "stella polare" del suo giudizio, imponga l'anticipazione della misura o receda di fronte alle esigenze di difesa sociale.

Pertanto, secondo la Consulta, l'esclusione automatica dell'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale non può trovare una valida ragione giustificativa nel carattere sommario della decisione monocratica<sup>10</sup>.

Nella sentenza in epigrafe si è inoltre rilevato come l'allineamento dell'art. 47-*quinquies* ord. penit. al co. 1-*quater* dell'art. 47-*ter* ord. penit. debba riguardare anche il terzo periodo del comma medesimo, che a sua volta fa rinvio all'art. 47, co. 4, ord. penit., cioè alle disposizioni sull'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova al servizio sociale<sup>11</sup>.

Questo adeguamento sistematico implica il riconoscimento della natura cautelare dell'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale, che viene infatti disposta dal magistrato di sorveglianza con apprezzamento dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, mediante provvedimento di carattere interinale, cui deve seguire quello finale del collegio entro sessanta giorni. Affinché il magistrato di sorveglianza possa disporre con ordinanza, in via provvisoria, la detenzione domiciliare speciale, occorre quindi pur sempre che siano «offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione» alla misura (quelli di cui all'art. 47-*quinquies*, co. 1, ord. penit.) e «al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga» (art. 47, co. 4, ord. penit.).

Sul punto, va ricordato che la procedura d'urgenza prevista dall'art. 47, co. 4, ord. penit. - ora estesa dalla presente pronuncia all'art. 47-*quinquies* ord. penit. - è stata modificata dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella L. 21 febbraio 2014, n. 10: la nuova disposizione ha riconosciuto al magistrato di sorveglianza il potere di disporre, nelle more della decisione del tribunale di sorveglianza, non più la sospensione dell'esecuzione della pena, ma, appunto, l'applicazione provvisoria della misura. Si è perciò rimossa la precedente anomalia consistente nell'attribuire al provvedimento del giudice monocratico un contenuto più ampio - la completa liberazione del condannato

---

<sup>10</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, §§ 5.5.1. e 5.6., anche con riferimento ai tre periodi precedenti del testo.

<sup>11</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.7., anche con riferimento al periodo successivo del testo. In tema di anticipazione in via provvisoria dell'affidamento in prova, v., tra gli altri, PRESUTTI, Sub *art. 47*, cit., 515.

- rispetto a quello della decisione definitiva del tribunale di sorveglianza<sup>12</sup>. Alla luce di ciò, si comprende allora come la Corte abbia avuto buon agio a estendere anche alla forma speciale di detenzione domiciliare la nuova procedura di applicazione provvisoria di natura cautelare. Sarebbe stata, invece, priva di adeguata giustificazione l'estensione del precedente meccanismo d'urgenza a questa fattispecie, perché avrebbe comportato la messa in libertà di soggetti condannati a una pena che, per la sua entità, non si sarebbe potuta ritenere indicativa di una ridotta pericolosità.

Si può ancora osservare che, in linea generale, a monte della estensione del procedimento di applicazione provvisoria a una misura alternativa, in questo caso la detenzione domiciliare speciale, sembrerebbe opportuna la sussistenza di una conformità tra i presupposti oggettivi sostanziali delle due misure oggetto di comparazione. Ciò pare desumibile dalla sentenza costituzionale n. 74 del 2020, con la quale il giudice delle leggi era stato chiamato a estendere la procedura di applicazione provvisoria di cui all'art. 47, co. 4, ord. penit. alla semilibertà c.d. "surrogatoria" dell'affidamento in prova, cioè a quella forma di semilibertà che viene applicata in caso di pena detentiva inferiore a quattro anni e superiore a sei mesi. In quella occasione, la Consulta ha stabilito che, se la procedura di concessione della misura in via provvisoria esiste già per l'affidamento in prova, le cui condizioni di ammissibilità per l'accesso al beneficio sono conformi a quelle della semilibertà "surrogatoria", la medesima procedura accelerata deve potersi applicare anche all'istituto della semilibertà, allorché si ponga una identica situazione di grave pregiudizio al percorso di rieducazione del condannato<sup>13</sup>.

Nella fattispecie *de qua*, i due istituti posti a confronto sono la detenzione domestica nella forma ordinaria e quella nella forma speciale. Ora, a fronte dell'apparente diversità di requisiti oggettivi tra le due misure, la Corte - non a caso - si è preoccupata di precisare che va comunque considerato tutto il periodo preliminare di trattamento intramurario, richiesto per la detenzione domiciliare speciale e non per quella ordinaria. Questo tratto distintivo della ipotesi speciale di custodia domestica, cioè la "quota di espiazione prelimina-

---

<sup>12</sup> Con riguardo alla nuova disposizione di cui all'art. 47, co. 4, ord. penit. e ai rilievi della dottrina sulla irrazionalità della precedente procedura d'urgenza, v. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 105; PRESUTTI, *Sub art. 47*, cit., 515.

<sup>13</sup> Corte cost., n. 74 del 2020, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3, co. 1, Cost., l'art. 50, co. 6, ord. penit., nella parte in cui non consente al magistrato di sorveglianza di applicare in via provvisoria la semilibertà "surrogatoria" dell'affidamento in prova.

re”, ha proprio la funzione di compensare il superamento del “tetto” dei quattro anni di reclusione che si ha nella detenzione domiciliare speciale a differenza di quella ordinaria.

Va d'altra parte rimarcato che, nella citata pronuncia del 2020 – ove peraltro rilevava il principio di gradualità dei relativi benefici penitenziari, che viceversa nella fattispecie odierna non rileva – si è operato un importante *distinguo* tra disciplina sostanziale concernente i presupposti per l'ammissione alle misure e disciplina processuale riguardante l'applicazione in via provvisoria delle misure in questione<sup>14</sup>. Come a dire che, se anche un qualche disallineamento dovesse emergere sul piano sostanziale delle condizioni di accesso, ciò non osta alla eliminazione, da parte della Corte costituzionale, di eventuali profili di difformità tra le due misure coinvolte, allorché la censura concerna un aspetto inerente alla procedura di applicazione delle misure medesime.

Pertanto, posto che ad oggetto del suo scrutinio vi era una disposizione processuale – e benché in questo caso non vi fosse una totale omogeneità tra i presupposti oggettivi sostanziali dei due istituti considerati – la Consulta ha ritenuto di poter agire con un intervento manipolativo, estendendo alla detenzione domiciliare speciale la procedura d'urgenza, così come era avvenuto per la semilibertà “surrogatoria”. In quel caso, la *ratio* della decisione si era basata sulla irragionevolezza della distinzione tra misure che pongono identici problemi di urgenza, con riguardo alla esigenza di continuità dei possibili percorsi rieducativi insiti in entrambe le misure<sup>15</sup>. Qui, alla base della estensione della procedura di applicazione provvisoria alla detenzione domiciliare speciale vi è sempre un problema di urgenza, correlato però non a esigenze risocializzanti della persona detenuta, bensì alla tutela di interessi che fanno capo a soggetti diversi dal condannato e meritevoli di una peculiare protezione, quali i figli minori.

Nella presente sentenza, è la Corte stessa che richiama a questo proposito il suo precedente del 2020, proprio per segnalare l'incidenza negativa dell'«attesa dei tempi – fisiologicamente più lunghi – richiesti per la decisione del tribunale di sorveglianza»<sup>16</sup> e, soprattutto, per sottolineare come la gravità

---

<sup>14</sup> Si rinvia, volendo, a CAPITTA, *Estesa alla semilibertà “surrogatoria” la procedura di applicazione provvisoria da parte del magistrato di sorveglianza*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 2.

<sup>15</sup> Corte cost., n. 74 del 2020. Sul punto, cfr., LEO, *La Consulta estende, in favore del magistrato di sorveglianza, i poteri di applicazione provvisoria della semilibertà*, in *Sist. pen.*, 2020, 7.

<sup>16</sup> In questi termini, Corte cost., n. 74 del 2020, § 7.

di quella incidenza, venendo in rilievo il preminente interesse del bambino alle cure del genitore, assuma qui «una gravidanza particolare»<sup>17</sup>.

In definitiva, secondo i giudici costituzionali, la mancata previsione di una delibazione urgente nell'interesse del minore, ai fini dell'anticipazione cautelare della detenzione domiciliare speciale, impedisce il vaglio di quell'interesse in comparazione con le esigenze di difesa sociale ed è suscettibile di determinare l'ingresso del bambino in istituti di reclusione nella non breve attesa della decisione collegiale, esito che viceversa può essere evitato quando lo consenta una prognosi favorevole rinveniente dal buon progresso carcerario del genitore<sup>18</sup>.

*3. Il principio di non recessione dell'interesse del minore di fronte a esigenze di difesa sociale correlate a indici presuntivi.* L'assimilazione di trattamento normativo tra la detenzione domiciliare ordinaria e quella speciale, operata dalla presente sentenza con riguardo all'istituto dell'applicazione provvisoria, trova il suo fondamento nella tutela dei minori in tenera età.

La speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo e in un ambiente idoneo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, trova riconoscimento e tutela, come è noto, sia nell'ordinamento costituzionale interno (art. 31, co. 2, Cost.), 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 di autorità pubbliche o di istituzioni private che coinvolgono una persona minorenni<sup>19</sup>.

A sua volta, la detenzione domiciliare speciale - come già sottolineato nelle sentenze n. 239 del 2014<sup>20</sup>, n. 76 del 2017<sup>21</sup> e n. 187 del 2019<sup>22</sup> - «pur parteci-

<sup>17</sup> Così, Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.9.

<sup>18</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.10.

<sup>19</sup> Il principio del *best interest of the child* si trova sancito nell'art. 3, § 1, Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176, e nell'art. 24, § 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

<sup>20</sup> Corte cost., n. 239 del 2014. Per i commenti alla sentenza, v., tra gli altri, APRILE, *Sulla incostituzionalità dell'art. 4bis, comma 1, ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2015, 141 ss.; CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *questa Rivista*, 2014, 3, 1 ss.; DI CHIARA, *Tutela della maternità, detenzione domiciliare speciale e divieto di concessione di benefici*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1277 ss.; FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4bis ord. penit. laddove non*

pando della finalità di reinserimento sociale del condannato, è primariamente indirizzat[a] a consentire l'instaurazione, tra madri detenute e figli in tenera età, di un rapporto quanto più possibile "normale": si tratta di «un istituto in cui assume rilievo prioritario la tutela di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale è il minore»<sup>23</sup>. Anche nell'attuale pronuncia, la custodia domestica speciale si conferma quale strumento di tutela dell'interesse del minore, cioè di un interesse di rilievo

---

*esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014; 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, 3948; SCHIRÒ, *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 1067; SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2014, 3940 ss.; TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2015, 3, 1 ss.; TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, *ivi*, 2014, 3, 1 ss.

<sup>21</sup> Corte cost., n. 76 del 2017. La decisione è stata annotata da FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello "speciale interesse del minore"*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 872 ss.; 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 *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 321 ss.; MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1-bis dell'art. 47-quinquies ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1047; PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi legislativi alla luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in *Studium Iuris*, 2017, 1453; SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost.*, 2017, 733; TIBERIO, *La detenzione domiciliare speciale nella lettura della Corte costituzionale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, 6, 593 ss.; TOGNAZZI, *La detenzione domiciliare della madre: bilanciamento tra tutela della collettività e tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 8, 1034 ss.

<sup>22</sup> Corte cost., n. 187 del 2019. A commento di questa sentenza, v., tra gli altri, BRONZO, *Nessun automatismo nella detenzione domiciliare per la cura dei figli minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1728 ss.; 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*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 1 ss.; FIORENTIN, *Illegittima la preclusione triennale alla concessione della detenzione domiciliare per la cura della prole*, in *Guida dir.*, 2019, 7, 11; PULVIRENTI, *La detenzione domiciliare speciale non tollera, nel preminente interesse educativo del figlio minore, le preclusioni automatiche derivanti dalla revoca di una precedente misura alternativa*, in *Giur. cost.*, 2019, 2501 ss. V., altresì, CARACENI, *Preclusioni assolute ex art. 58-quater ord. pen. e detenzione domiciliare speciale: verso una nuova declaratoria di incostituzionalità?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 10, 257, in nota alla ordinanza di rimessione (Cass., Sez. I, ord. 13 luglio 2018, n. 32331, Giugliano, *ibid.*) con la quale erano state sollevate le questioni successivamente scrutinate nella sent. n. 187 del 2019.

<sup>23</sup> Così, Corte cost., n. 187 del 2019, § 4.2. Cfr., in precedenza, Corte cost., n. 76 del 2017; *Id.*, n. 239 del 2014.

costituzionale ed esterno rispetto alla persona condannata e ai suoi progressi trattamentali.

Antitetica alle finalità di tutela perseguite dalla detenzione domiciliare speciale è la disciplina delle presunzioni di pericolosità del condannato che, generando una preclusione assoluta nell'accesso ai benefici penitenziari, impedisce alla prole in età evolutiva di fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico. Nel caso di specie, la preclusione dell'anticipazione della misura detentiva domiciliare speciale comprime l'interesse del minore alle cure genitoriali e impone di attendere i tempi, solitamente non rapidi, della decisione del tribunale di sorveglianza. Questa attesa di tempi lunghi, peraltro non determinati, non è ammissibile per il bambino, perché – come in passato avevano già rilevato i giudici costituzionali – nell'ipotesi in cui sia coinvolto un figlio minore, non si può subordinare l'accesso alle misure alternative a particolari condizioni dettate dalla presunta pericolosità del condannato: ciò «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 in tenera età<sup>24</sup>.

Anche la sentenza in commento sancisce una totale incompatibilità tra interesse del minore e automatismi preclusivi: il divieto di applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale – basato, appunto, su un automatismo – «sacrifica in termini astratti l'interesse del minore all'accudimento genitoriale, impedendo al magistrato di sorveglianza di valutare le particolarità del caso concreto». Ciò si risolve, secondo la Consulta, in una violazione dell'art. 31 Cost.<sup>25</sup>.

Questa frizione di fondo tra automatismi e garanzie individuali viene risolta secondo il noto schema hegeliano: una volta stabilite tesi e antitesi, la Corte giunge alla elaborazione della sintesi.

Si afferma, infatti, che l'art. 31 Cost. impone la necessità di garantire che la fruibilità della detenzione domiciliare per la cura dei minori «sia valutata con

---

<sup>24</sup> In questi termini, Corte cost., n. 239 del 2014, § 9. Nello stesso senso, Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 76 del 2017.

<sup>25</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.6., anche con riferimento al periodo precedente del testo.

bilanciamenti caso per caso, refrattari a qualsiasi preclusione e automatismo»<sup>26</sup>.

A questa sintesi la Consulta era già approdata con la sentenza n. 239 del 2014, nella quale si era chiarito che «nemmeno l'interesse del minore (a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne), malgrado il suo elevato rango, forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore in seguito alla commissione di un reato» e alle condizioni che la regolano<sup>27</sup>. Tra l'altro, proprio a realizzare questo contemperamento è volta la disposizione che prevede, come condizione alla concessione della misura domestica speciale, la ritenuta insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della persona condannata (47-*quinquies*, co. 1, ord. penit.).

Da un punto di vista logico, la soluzione odierna non può che essere una "sintesi", in quanto il giudice delle leggi deve fare in modo che la disciplina della detenzione domiciliare speciale risulti rispettosa di tutti gli interessi costituzionali coinvolti. Perché questo sia possibile, occorre – ad avviso della Corte – che le esigenze di prevenzione e di contrasto alla criminalità possano prevalere sull'interesse del minore solo all'esito di una loro attenta valutazione giudiziale nel caso concreto e mai in astratto<sup>28</sup>.

In quello che si può considerare il passaggio centrale anche di questa pronuncia, viene infatti precisato che «[a]lla base della giurisprudenza costituzio-

---

<sup>26</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.3.

<sup>27</sup> In questi termini, Corte cost., n. 239 del 2014, § 9. Il rapporto tra genitore e figlio minore non riceve, dunque, una tutela assoluta, tant'è che nella successiva sentenza n. 174 del 2018, la Corte ha usato l'aggettivo «migliore», anziché «superiore» o «preminente» per definire l'interesse del minore (Corte cost., n. 174 del 2018, sulla quale, in dettaglio, v. *infra*, § 4). In dottrina, SIRACUSANO, *Tutela della continuità genitoriale e preclusioni penitenziarie: la Corte ne certifica l'assoluta incompatibilità*, in *Giur. cost.*, 2018, 1871, sottolinea, in proposito, come «[i]l richiamo al 'migliore interesse del minore' non sigl[i] alcuna presunzione insormontabile di 'preminenza' o 'superiorità' dello stesso rispetto agli altri interessi in gioco». V. anche CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1802, la quale, a commento della sent. n. 174 del 2018, osserva come la Corte volesse quasi rassicurare che le esigenze di difesa sociale non venissero in alcun modo pretermesse e, usando l'aggettivo «migliore», intendesse suggerire «una verifica dell'interesse del minore non solo in relazione alle altre esigenze 'esterne', quali quelle di difesa sociale, ma altresì in rapporto alla sua situazione complessiva, mediante una valutazione [...] dei suoi bisogni», *ibid.*, 1803.

<sup>28</sup> Cfr., Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.3.

nale sulla detenzione domiciliare nell'interesse del minore è il principio per cui tale interesse può recedere di fronte alle esigenze di difesa sociale solo quando la sussistenza e la consistenza delle stesse sia verificata in concreto, non già quando sia collegata a indici solo presuntivi, che impediscono al giudice di apprezzare le singole situazioni»<sup>29</sup>.

Si sancisce, ancora una volta, il principio di non recessione dell'interesse del minore di fronte a esigenze di difesa sociale supportate da automatismi preclusivi.

Nella decisione in esame si ripete, dunque, il *leitmotiv* che ha caratterizzato molti interventi manipolativi della Corte, a partire dal *leading case* in materia, rappresentato dalla sentenza n. 239 del 2014. In questo importante precedente, i giudici della Consulta hanno ritenuto costituzionalmente illegittimo l'automatismo della preclusione derivante dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., là dove essa non consente l'accesso alle misure della detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies*, co. 1, ord. penit.) e ordinaria (art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit.) in favore delle detenute madri di figli in tenera età, ritenute responsabili di uno dei reati ostativi indicati, appunto, dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit.<sup>30</sup>.

L'illegittimità del regime di rigore scrutinato è stata dichiarata essenzialmente per due ragioni. La prima è riconducibile a una violazione dell'art. 3 Cost. ed è ascrivibile alla ingiustificata estensione di una disciplina restrittiva – ispirata dalla necessità di incoraggiare i condannati per gravi delitti alla collaborazione – a un contesto nel quale la preclusione riverbera le sue conseguenze negative su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare. In secondo luogo, le argomentazioni della sentenza del 2014 si sono basate per la prima volta proprio sul principio di non recessione poco sopra ricordato, che trova il suo fondamento nello statuto costituzionale di tutela della famiglia e di protezione del minore infante (artt. 29, 30 e 31 Cost.). La Corte ha ritenuto infatti che l'interesse del minore possa recedere di fronte a 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 ponderata che eventualmente riveli davvero quella peri-

<sup>29</sup> Così, Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.3. In termini analoghi, Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

<sup>30</sup> Corte cost., n. 239 del 2014.

colosità che rende necessaria la carcerazione della madre condannata. 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 presunzione assoluta, risulta incompatibile con la Costituzione e, dunque, deve essere eliminato<sup>31</sup>.

Alla luce di questa primigenia decisione, si può affermare un principio generale che poi – come si vedrà tra poco<sup>32</sup> – è stato adottato anche nella successiva giurisprudenza costituzionale in materia di detenzione domiciliare e protezione della prole: la carcerazione del genitore non può in nessun modo risolversi in una punizione per il suo bambino e va considerata illegittima ogni presunzione legislativa, ancorata al titolo del reato ovvero superabile soltanto attraverso la collaborazione con la giustizia, che vieti, in casi prestabiliti, l'applicazione di misure volte a favorire lo sviluppo del rapporto genitoriale<sup>33</sup>. L'attuale pronuncia appare decisamente improntata a questa stessa *ratio*. La Corte infatti conclude così, icasticamente, il suo *iter* argomentativo: «l'astrattezza del diniego normativo» – in questo caso, quello relativo all'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale – «rapportata alla sola entità della pena in espiatione vulnera il *favor* per gli istituti di protezione del figlio in tenera età assicurato dall'art. 31, co. 2, Cost., da leggersi

---

<sup>31</sup> Cfr., Corte cost., n. 239 del 2014, § 9., anche con riferimento ai periodi immediatamente precedenti nel testo.

<sup>32</sup> V., *infra*, § 4.

<sup>33</sup> Paradossalmente, si rivela più restrittivo il criterio adottato dalla Consulta con riferimento alle presunzioni in materia di custodia cautelare. Da ultimo, la sentenza n. 17 del 2017 ha ribadito che, se è vero che l'interesse del minore resta sempre uguale a sé stesso, mutano invece le esigenze di difesa sociale, a seconda che il titolo di detenzione sia cautelare o esecutivo. «[L]e misure cautelari, a differenza della pena, [sono] volte a presidiare i *pericula libertatis*, cioè ad evitare la fuga, l'inquinamento delle prove e la commissione di reati [...] [s]e le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, ne consegue che il principio da porre in bilanciamento con l'interesse del minore è, nei due casi, differente. E non raggiunge, pertanto, il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l'interesse del minore fornisca esiti non coincidenti»: non è dunque manifestamente irragionevole l'esito del bilanciamento compiuto dal legislatore con l'art. 275, co. 4, c.p.p., là dove ha posto il divieto di custodia in carcere con riguardo a genitori di prole solo di età non superiore ai sei anni e non, invece, per quelli con bambini di età non superiore a dieci anni (in questi termini, Corte cost., n. 17 del 2017). Sotto un altro profilo, pare tuttavia quantomeno anomalo, e anzi lesivo della presunzione di innocenza, che la disciplina della esecuzione penale – afferente a una fase in cui si è già compiuto l'accertamento definitivo delle responsabilità dell'imputato – risulti addirittura più favorevole all'interesse materiale e morale del minore rispetto alla normativa riservata al processo, la quale, invece, costringe l'imputato con prole di età tra i sei e i dieci anni alla più grave delle misure cautelari, anche se è ancora in corso la verifica della sua colpevolezza.

anche alla luce delle disposizioni internazionali e sovranazionali che ne arricchiscono e completano il significato»<sup>34</sup>.

4. *Il quadro della giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi penitenziari.* Il percorso intrapreso dalla Corte costituzionale in tema di automatismi preclusivi penitenziari si presenta piuttosto articolato e va anche al di là del tema relativo alla tutela del minore, comunque posto al centro della riflessione dalla sentenza in esame.

Per cogliere la reale portata della presente pronuncia e per comprendere in quale contesto essa si colloca, può allora rivelarsi proficuo ripercorrere in uno sguardo d'insieme i vari filoni giurisprudenziali che hanno contribuito a contrastare la scelta del legislatore di prevedere preclusioni assolute nell'accesso ai benefici penitenziari.

In una prospettiva anche più ampia, si possono enucleare almeno tre piani in relazione ai quali è intervenuto il giudice costituzionale.

La Corte, anzitutto, si è adoperata per porre rimedio alle lacune normative in tema di misure alternative e, in secondo luogo, si è sforzata di sanare le disarmonie e le incoerenze sistematiche che affliggono l'esecuzione penale esterna, allineando la disciplina tra fattispecie ritenute meritevoli di assimilazione<sup>35</sup>. Con riguardo, poi, al terzo profilo – che è quello più rilevante ai fini di questa indagine – non va disconosciuto il tentativo della Consulta di rimuovere alcune norme ostative basate su presunzioni di pericolosità, perché

---

<sup>34</sup> Così, Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.10.

<sup>35</sup> Anche sul versante degli interventi legislativi più recenti, non vanno dimenticati i deludenti esiti della riforma penitenziaria confluita nei d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 e n. 124: a fronte di questa «deprimente involuzione politico-culturale», si registra «la controspinta esercitata dalla Consulta», che sta «tenendo la rotta costituzionale, tra l'altro introducendo, attraverso ineccepibili declaratorie di illegittimità, soluzioni scartate dal legislatore in sede di approvazione della riforma»: in questi termini si è espresso GIOSTRA, *Carcere. Rimettersi in cammino verso la Costituzione*, in *Sist. pen.*, 2019, 2. Sui pochi punti della riforma che hanno interessato le misure alternative, v. CARNEVALE, *Vestigia di una riforma mancata: il nuovo assetto delle misure alternative fra osservazione all'esterno, potenziamento di controlli e rivisitati poteri d'iniziativa*, in *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo carcerario"*, a cura di Bronzo-Siracusano-Vicoli, Torino, 2019, 165 ss. Sull'iniziale progetto di riforma, elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. Glauco Giostra e istituita con d.m. 19 luglio 2017 (cfr., COMMISSIONE GIOSTRA, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, Roma, 2019), poi espunto dal legislatore proprio nelle sue parti più qualificanti relative anche al sistema delle alternative alla detenzione, v., per tutti, GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 119.

ritenute in contrasto con le guarentigie costituzionali che fanno capo al condannato ovvero al figlio minore.

Può essere interessante osservare come le tre linee direttrici appena evidenziate, lungo le quali si è mossa la giurisprudenza costituzionale, corrispondano, rispettivamente, a tre fenomeni riconducibili alla crisi strutturale del sistema delle misure alternative alla detenzione<sup>36</sup>.

Il primo è quello che attiene alla incompletezza legislativa: ci si riferisce non solo agli spazi lasciati volutamente dal legislatore penitenziario alla libera discrezionalità del giudice, ma anche ai vuoti persistenti da molti anni nella disciplina delle misure alternative, che creano ingiustificate disparità di trattamento e che certo non favoriscono la realizzazione del finalismo rieducativo e del principio di umanità della pena.

Il secondo fenomeno si ricollega alla “destrutturazione” del sistema<sup>37</sup>, causata dai numerosi interventi legislativi che si sono avvicendati negli ultimi trent’anni e si sono sovrapposti all’impianto normativo originario del 1975, senza mai assumere una precisa linea razionale né un disegno coerente<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Crisi strutturale del sistema vuol dire che vengono meno quattro valori-cardine, propri della nostra tradizione filosofico-giuridica, tramandatici dal pensiero degli illuministi. I quattro valori fondamentali di un ordinamento normativo sono: completezza, coerenza, unità, stabilità. Per analogia impostazione, nel quadro di una indagine sulla disgregazione del sistema processuale penale, v. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, 7 ss. In questa sede, nell’analisi dei fenomeni degenerativi dei valori, verranno presi in considerazione, ovviamente in negativo, i primi tre valori tra quelli sopra elencati.

Con specifico riguardo alla esecuzione penale, son fin troppo noti i guasti del vigente sistema e la profonda metamorfosi della fisionomia degli istituti racchiusi nelle alternative alla pena detentiva prodotta dal legislatore a partire dall’inizio degli anni Novanta. Le misure alternative, da strumenti di attuazione della finalità rieducativa della pena e di salvaguardia delle istanze umanitarie, si sono trasformate, nel tempo, in strumenti primari della deflazione carceraria, tanto da operare ormai alla stregua di sanzioni sostitutive della pena detentiva. Sull’argomento v., per tutti, DELLA CASA, *La crisi d’identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperimenti di «diritto pretorio» e irrisolte carenze organizzative*, in *Cass. pen.*, 2002, 3278 ss.

<sup>37</sup> Per questa terminologia, v. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., 8, che intende per “destrutturazione interna” il «fenomeno di disorganicità e presenza di antinomie», *ibid.*

<sup>38</sup> Le tappe del cammino legislativo che - a partire dal 1998, con la legge Simeone-Saraceni n. 165 del 1998, e quantomeno fino al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in L. 21 febbraio 2014, n. 10 - hanno portato alla incoerenza interna del sistema e alla caduta dell’idea di rieducazione sarebbero forse troppo complesse da ripercorrere. Ciò non gioverebbe, del resto, ai fini di questa indagine, ove si prenderà in considerazione soltanto il fenomeno della destrutturazione correlato a stratificazioni normative che hanno generato irragionevoli difformità di regimi nell’ambito della detenzione domiciliare ordinaria c.d. “a fini umanitari” e in quella speciale.

Il terzo fattore che ha concorso allo sgretolamento dei valori tipici di un ordinamento giuridico moderno<sup>39</sup>, in ambito penitenziario, è rappresentato dalla c.d. “decodificazione”<sup>40</sup>: gli automatismi preclusivi, le norme ostative come quelle previste dall’art. 4-*bis* ord. penit. o dall’art. 58-*quater* ord. penit. – ma non solo – producono la disunità del sistema, costruendo una sorta di doppio binario caratterizzato da un regime differenziato applicabile a coloro che sono stati condannati per specifici delitti di particolare allarme sociale.

Nell’economia della presente trattazione, non è possibile sviluppare a tutto tondo il tema della crisi di legalità delle misure alternative, ma questi brevi cenni possono contribuire a chiarire la portata e il significato del lavoro compiuto dal giudice delle leggi proprio in relazione alle singole categorie dei fenomeni qui individuati.

La Corte costituzionale, dunque, oltre ad attivarsi per completare la disciplina dell’esecuzione penale là dove l’ha ritenuta lacunosa, ha cercato di fronteggiare la complessiva situazione di “disgregazione” interna al sistema delle misure alternative: destrutturazione e decodificazione si possono infatti considerare *species* appartenenti al *genus* della disgregazione.

Per ciò che concerne i profili inerenti alla incompletezza legislativa e alla incoerenza logico-sistematica, si possono annoverare varie decisioni costituzionali che hanno avuto come obiettivo comune quello di colmare i vuoti di tutela a danno dei figli della persona condannata e, nel contempo, quello di uniformare tra loro situazioni richiedenti un analogo trattamento.

L’attenzione ricade proprio sulla detenzione domiciliare, la cui operatività è stata sempre più allargata nel tempo, al fine di tutelare i bambini privi dell’assistenza materna e i figli disabili<sup>41</sup>.

Risale al 1990 la pronuncia che estese al padre detenuto – in caso di decesso o di impossibilità assoluta della madre – la concessione della detenzione do-

---

<sup>39</sup> In relazione al terzo fattore qui individuato, viene in rilievo la erosione del valore della unità del sistema.

<sup>40</sup> Per la definizione di “decodificazione legislativa” come «creazione di sistemi dotati di logiche autonome ed organiche *extra codicem*», v. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., 8.

<sup>41</sup> Sul tema, in dottrina, LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive*, cit., 324; MANTOVANI, *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, in *Leg. pen.*, 24 ottobre 2018, 1 ss.

miciliare, allora fruibile soltanto per la madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente<sup>42</sup>.

Ancora più delicato è il tema della disabilità della prole. La sentenza n. 350 del 2003 ha dischiuso la possibilità di concedere la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. a), ord. penit. a genitori condannati, madre o padre, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante<sup>43</sup>. Più di recente, con la decisione n. 18 del 2020, la Corte ha statuito che anche la misura della detenzione domiciliare speciale debba estendersi all'ipotesi del figlio portatore di grave disabilità, il quale si trova sempre in condizioni di particolare vulnerabilità fisica e psichica, indipendentemente dall'età<sup>44</sup>. Entrambe queste pronunce si inseriscono senz'altro nell'ambito di una ricca e cospicua giurisprudenza costituzionale che considera le relazioni umane, specie quelle di tipo familiare, fattori determinanti per il pieno sviluppo e la tutela effettiva delle persone più fragili<sup>45</sup>: ciò in base al principio personalista garantito dalla nostra Costituzione (art. 3, co. 2, Cost.), da leggersi unitamente al parametro di cui all'art. 31, co. 2, Cost., che accorda protezione costituzionale alla maternità<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Corte cost., n. 215 del 1990.

<sup>43</sup> Corte cost., n. 350 del 2003. Tra i commenti, v. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giur. cost.*, 2003, 3643 ss.; GIUNCHEDI, *La polifunzionalità della detenzione domiciliare a garanzia dell'assistenza ai figli invalidi: la portata innovativa della sentenza e le problematiche applicative*, *ivi*, 2004, 747 ss.

<sup>44</sup> Corte cost., n. 18 del 2020, nella quale si specifica che, anche nelle ipotesi oggetto dell'intervento additivo, restano fermi gli ulteriori requisiti per la concessione della misura, con particolare riguardo alla non sussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Va inoltre rilevato che, a differenza di quanto stabilito nella sentenza n. 350 del 2003 con riguardo alla custodia domestica ordinaria, questa decisione non estende la concessione della detenzione domiciliare speciale ai detenuti, padri di figli affetti da *handicap* grave, nei casi previsti dall'art. 47-quinquies, co. 7, ord. penit. Per alcuni commenti, CESARIS, *La detenzione domiciliare si conferma strumento di tutela di beni costituzionalmente protetti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1121 ss.; FIORENTIN, *Detenzione domiciliare speciale senza limiti per condannate con figli affetti da disabilità grave*, in *Guida dir.*, 2020, 19, 85; GIANFILIPPI, *Madri per sempre: l'età superiore ai dieci anni del figlio con handicap grave non inibisce la concessione della detenzione domiciliare speciale richiesta per assisterlo*, in *Giur. cost.*, 2020, 172.

<sup>45</sup> Tra le altre, v. Corte cost., n. 232 del 2018; Id., n. 203 del 2013; Id., n. 467 del 2002; Id., n. 226 del 2001; Id., n. 167 del 1999; Id., n. 215 del 1987.

<sup>46</sup> Un altro parametro costituzionale preso in considerazione di recente dalla Corte - e sempre espressione di un interesse "esterno" alla esecuzione penale - è stato quello dell'art. 32 Cost. Di fronte alla perdurante inerzia del legislatore, mostrata con riguardo al potenziamento delle misure alternative a contenuto terapeutico, è infatti intervenuta la Consulta con la sentenza n. 99 del 2019, in forza della quale è ora possibile, previa attenta valutazione del giudice, concedere la detenzione domiciliare c.d. "in deroga", prevista dall'art. 47-ter, co. 1-ter, ord. penit., al condannato affetto da grave malattia psichica

Ispirate precipuamente alla esigenza di eliminare vistose disparità di trattamento fra situazioni analoghe - e quindi ascrivibili all'intento di arginare il fenomeno della destrutturazione - sono le sentenze emesse in tema di allontanamento ingiustificato dal domicilio del genitore accudente. Con la pronuncia n. 177 del 2009, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, co. 1, lett. a), seconda parte, e co. 8, ord. penit., nella parte in cui non limitava la punibilità ai sensi dell'art. 385 c.p. al solo allontanamento protratto per più di dodici ore, così come invece era stabilito dall'art. 47-sexies, co. 2, ord. penit. La Corte, in questo modo, aveva dato uniformità alla disciplina delle infrazioni commesse in violazione del regime della detenzione domiciliare per le madri di minori di anni dieci, reputando che la normativa più flessibile, prevista per la misura domestica speciale in caso di ritardato od omesso rientro nell'abitazione, costituisse un *tertium comparationis* omogeneo e pertinente alla disciplina applicabile alla madre che si trovi in detenzione domiciliare ordinaria e che, quindi, debba scontare una pena di durata inferiore<sup>47</sup>. La successiva sentenza n. 211 del 2018 ha esteso il medesimo ragionamento al raffronto del trattamento penale degli allontanamenti dal domicilio dei detenuti padri, ribadendo come sia da ritenersi priva di giustificazione, anche in relazione al padre che si trovi in detenzione domiciliare ordinaria per esigenze di cura della prole, la maggior severità del regime sanzionatorio previsto, appunto, per la forma ordinaria di custodia domestica<sup>48</sup>.

---

sopravvenuta durante l'esecuzione della pena. Analogamente a quanto avviene per la tutela del minore, anche in questa materia occorre - ad avviso della Corte - che il giudice sia posto in grado «caso per caso e momento per momento» di operare un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute dei detenuti (art. 32 Cost.) e di assicurare che nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità (art. 27, co. 3, Cost.): in questi termini, Corte cost., n. 99 del 2019, § 5.3. A commento della sentenza, v., tra gli altri, PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1261; SIRACUSANO, *Il "reo folle" davanti al Giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1111. Sull'argomento, v., altresì, MANI, *La detenzione intramuraria "obbligata" del soggetto affetto da grave infermità psichica e l'assenza di strumenti alternativi idonei ad assicurare un trattamento conforme ai principi costituzionali e convenzionali*, in *questa Rivista*, 2018, 2, 1 ss.; MOSCATELLI, *Patologia psichica sopravvenuta del soggetto imputabile e modalità di esecuzione della pena: adeguatezza del trattamento sanitario e detenzione domiciliare*, *ivi*, 2018, 2, 1 ss.

<sup>47</sup> 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*; anche con riferimento al periodo precedente del testo.

<sup>48</sup> Corte cost., n. 211 del 2018.

In definitiva, le decisioni finora menzionate – le quali, si badi, non sono dirette a rimuovere preclusioni ostative all’accesso ai benefici penitenziari – sono accomunate da una *ratio* improntata alla tutela del minore in tenera età e del figlio disabile, quali terzi incolpevoli e bisognosi del rapporto quotidiano e delle cure del genitore detenuto. D’altronde, storicamente è proprio con questa giurisprudenza che fa ingresso nel sistema penitenziario 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 condannato<sup>49</sup>.

Per quanto riguarda il terzo profilo, quello riconducibile alla “decodificazione”, l’indagine si prospetta più ampia e complessa, perché occorrerà operare dei *distinguo* tra i diversi filoni giurisprudenziali.

In linea generale, la Corte costituzionale ha più volte criticato fortemente il fenomeno della decodificazione, che – come si è anticipato poc’anzi – consiste nella creazione di norme ostative alla concessione di misure alternative o di benefici penitenziari, basate su presunzioni di pericolosità e tese a impedire il normale esercizio della discrezionalità giudiziale: queste norme sono contenute principalmente – ma non solo – nell’art. 4-*bis* ord. penit.<sup>50</sup>, che è il simbolo delle leggi securitarie<sup>51</sup>. Divieto di concessione di benefici e di misure alternative in ragione del titolo di reato, mancata collaborazione con la giustizia come presunzione di pericolosità, automatismi carcerari e pena detentiva in funzione neutralizzatrice sono gli aspetti di questo regime penitenziario differenziato. Una sorta di casamatta, costruita su politiche di difesa sociale, nella quale viene legittimato persino l’ergastolo c.d. ostativo.

Le preclusioni di cui all’art. 4-*bis* ord. penit. si pongono palesemente in contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza, del finalismo rieducativo della pena e del diritto di difesa<sup>52</sup>. Il giudice delle leggi, tuttavia, pur non mancando di intervenire su singoli aspetti della disciplina dei di-

<sup>49</sup> Corte cost., n. 215 del 1990. Successivamente, Corte cost., n. 350 del 2003. Sull’argomento, nell’ambito di una trattazione più ampia in tema di “doppio binario” penitenziario, v. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in *questa Rivista*, 2015, 1, 16.

<sup>50</sup> Gli automatismi preclusivi penitenziari attengono al fenomeno della decodificazione, più che a quello della destrutturazione. Per uno sguardo d’insieme su questa disposizione, v. CARACENI-CESARI, *Sub art. 4bis*, cit., 44 ss.

<sup>51</sup> Sull’argomento, DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, in *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 74 ss.

<sup>52</sup> In dottrina, v., tra gli altri, GUAZZALOCA-PAVARINI, *L’esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, 312.

vieti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., in passato ne ha sempre confermato la legittimità nel suo complesso<sup>53</sup>.

Una eccezione a questa tendenza riguarda proprio le misure alternative indirizzate all'accudimento della prole, nell'ambito delle quali si è ampiamente favorita la possibilità di accesso alla detenzione domiciliare ordinaria e speciale, sganciandola da ogni riferimento astratto al titolo del reato commesso o alla entità della pena da espiare.

Va precisato che, poiché in questa materia si tratta sempre di declaratorie di illegittimità costituzionale che mirano alla caducazione di automatismi posti contro gli interessi della prole, tutta la linea della giurisprudenza costituzionale che ora si sta per descrivere è ricollegabile all'obiettivo di un indebolimento del fenomeno della decodificazione. Infatti, nei casi in cui la disposizione censurata corrisponda all'art. 4-*bis* ord. penit., va da sé che l'oggetto dello scrutinio riguardi il sottosistema speciale, dotato di una sua autonomia e ispirato a canoni antitetici rispetto a quelli che stanno alla base dell'ordinamento penitenziario<sup>54</sup>. Qualora la norma oggetto di censura - pur integrando una preclusione - non riguardi l'art. 4-*bis* ord. penit. (come ad esempio, l'art. 58-*quater*, co. 1, 2 e 3, ord. penit.) o faccia soltanto rinvio all'art. 4-*bis* ord. penit., la Corte deve comunque pronunciarsi sulla costituzionalità di una disciplina che, dal punto di vista sistematico, rivela una ancor più incoerente forzatura imposta dal legislatore e consistente nella operazione di immissione di uno schema atipico e antinomico all'interno del *corpus* normativo delle misure alternative alla detenzione: in questi casi, si può parlare di «decodificazione mascherata»<sup>55</sup>.

Nell'ambito del filone giurisprudenziale che ha segnato il superamento degli automatismi preclusivi che ostano alla fruibilità di benefici penitenziari posti a favore della genitorialità, si possono dunque analizzare, da un lato, le decisioni costituzionali il cui scrutinio ha avuto ad oggetto l'art. 4-*bis* ord. penit. e,

---

<sup>53</sup> Corte cost., n. 306 del 1993, la quale ha parlato, in proposito, di affievolimento della finalità rieducativa della pena e di non consonanza dello strumento della tipizzazione per titoli di reato con i principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena, pur ribadendo la legittimità delle preclusioni imposte dall'art. 4-*bis* ord. penit. V., altresì, Corte cost., n. 32 del 2016; Id., n. 135 del 2003; Id., n. 273 del 2001; Id., n. 39 del 1994.

<sup>54</sup> La stessa denominazione “doppio binario”, di uso comune anche nella dottrina processualpenalistica, è indice di una marcata divergenza di questo schema normativo rispetto a quello ordinario.

<sup>55</sup> Così, AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., 9.

dall'altro, quelle che non hanno riguardato direttamente la disposizione in questione.

La prima e unica pronuncia in materia con la quale si è censurato proprio l'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. è stata la già menzionata sentenza n. 239 del 2014<sup>56</sup>. Sin dall'inizio, questa decisione ha mostrato la sua eccezionale portata innovativa: è stata infatti la prima volta che la rimozione dell'automatismo, sfavorevole nel caso specifico al figlio minore, si poneva nell'ambito di quelle pronunce, meno numerose e piuttosto risalenti, riguardanti la disciplina speciale dell'art. 4-*bis* ord. penit., notoriamente refrattaria a disinvolti interventi manipolativi *in bonam partem*<sup>57</sup>.

Già da allora, peraltro, l'esito di una simile declaratoria di illegittimità costituzionale non era del tutto imprevedibile, proprio perché la questione prospettata poneva in rilievo l'interesse del minore, lo stesso interesse preso in considerazione in un precedente del 2012, in cui la Corte aveva dichiarato l'illegittimità, per irragionevolezza, di una norma penale fondata sulla presunzione assoluta di inidoneità dei genitori, eliminando uno specifico automatismo sanzionatorio legato all'*an* di una pena accessoria<sup>58</sup>. E poiché questo risultato si era raggiunto nell'ambito del trattamento sanzionatorio, cioè in un settore in cui il giudice costituzionale non interviene quasi mai, a maggior ragione, in un campo come quello della esecuzione della pena, tradizionalmente aperto a una più attenta valutazione delle conseguenze pratiche riconduci-

<sup>56</sup> Corte cost., n. 239 del 2014. V., *supra*, § 3, anche per più dettagliati riferimenti bibliografici.

<sup>57</sup> Cfr., tra le altre, Corte cost., n. 137 del 1999 e Id., n. 504 del 1995 (in materia di permessi premio); Id., n. 445 del 1997 (in materia di semilibertà). Va precisato che, in queste pronunce, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* ord. penit., non rimuovendo *tout court* l'automatismo, ma consentendo al giudice di valutare i progressi trattamentali del detenuto nella specifica ipotesi in cui fossero intervenute nuove disposizioni che avessero stabilito condizioni più restrittive per accedere a misure alternative o a benefici: ciò alla luce del principio di non regressione incolpevole dei trattamenti rieducativi. Corte cost., n. 68 del 1995 e Id., n. 357 del 1994 avevano invece inciso sempre sull'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., escludendone l'applicazione in caso di collaborazione impossibile o inesigibile.

<sup>58</sup> Corte cost., n. 31 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 4909, con nota di 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 senso conforme, Corte cost., n. 7 del 2013 e Id., 102 del 2020. Per un commento alla sentenza n. 7 del 2013, v., tra i molti, LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, 554; MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 2, 199. In tema di automatismi nel settore penalistico, v. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

bili alle modalità di applicazione della sanzione penale, ci si doveva aspettare una sentenza di accoglimento dello stesso segno.

La decisione n. 239 del 2014 costituisce una vera e propria pietra miliare in tema di “madri condannate per il 4-*bis*” anche per un altro ordine di ragioni. La Corte, invero, in quella occasione ha espunto non solo la presunzione di pericolosità fondata sul titolo di reato, ma – innovando ulteriormente sul punto – ha abbattuto anche la presunzione legale basata sulla equiparazione tra non collaborazione e mancato realizzarsi della rieducazione. L’assenza di collaborazione con la giustizia non può ostare alla concessione di un beneficio primariamente finalizzato a tutelare il rapporto tra la madre e il figlio minore. Sulla base di questo assunto, la Consulta ha ritenuto illegittimo il divieto di concessione della detenzione domiciliare speciale – e ordinaria nell’interesse dei minori – perché superabile alla sola condizione dell’avvenuta collaborazione (o della collaborazione impossibile, irrilevante o inesigibile). Con la sentenza del 2014, si abbattono perciò ben due indici presuntivi: il tipo di reato commesso, quale indice sintomatico di elevata pericolosità sociale, e la condotta collaborativa, come «indice legale del “ravvedimento” del condannato»<sup>59</sup> e unica situazione in grado di superare lo sbarramento alla fruizione di misure alternative. La novità che emerge dalla *ratio* di questa pronuncia è la “neutralizzazione”, di fatto, della operatività del meccanismo “ostativo” dell’art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. nell’ambito della detenzione domiciliare per responsabilità genitoriale, in ordine alla quale restano applicabili soltanto le ulteriori disposizioni dello stesso articolo e, in particolare, nei casi ivi previsti, i requisiti stabiliti dal co. 1-*ter* (che «non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva») e dal co. 1-*quater* (la positività dei «risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell’articolo 80») <sup>60</sup>. L’affrancamento dalla necessità della condotta collaborativa (o della presenza di una circostanza normativamente equivalente) segna dunque il *discrimen* tra detenzione domiciliare per la cura dei minori e tutte le altre misure alternati-

---

<sup>59</sup> Corte cost., n. 239 del 2014, § 9.

<sup>60</sup> V., sul punto, LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive*, cit., 328.

ve, le quali restano invece assoggettate alla disciplina dell'art. 4-*bis* ord. penit., ivi comprese le preclusioni di cui al co. 1 del medesimo articolo<sup>61</sup>.

Tra le pronunce che non hanno avuto direttamente ad oggetto l'art. 4-*bis* ord. penit., ma che hanno scrutinato una disposizione che conteneva un rinvio proprio a questo regime speciale, vi è senz'altro la sentenza n. 76 del 2017, con la quale è stata dichiarata – per contrasto con l'art. 31, co. 2, Cost. – l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, ord. penit., limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*,»<sup>62</sup>. La Corte ha censurato la clausola di esclusione assoluta contenuta nell'*incipit* della norma scrutinata, non in quanto irragionevole, ma per la stessa sua esistenza e in quanto lesiva dell'interesse del minore<sup>63</sup>. Si trattava, nel caso di specie, di una presunzione “del tutto assoluta”, ancora più stringente e indifferente anche alla eventuale collaborazione da parte della condannata, per cui, *a fortiori*, è stata eliminata dal giudice costituzionale<sup>64</sup>.

Con questa pronuncia, la Consulta ha dunque espunto dal sistema una terza tipologia di preclusione, che si aggiunge al binomio di presunzioni già censurato con la sentenza n. 239 del 2014.

In tale contesto, è agevole rilevare come la recente decisione che si annota – se pur non concerne disposizioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. – giunga ad abbattere una quarta specie di indice presuntivo, comunque presente in materia, che si basa, in tal caso, sulla entità della pena da espiare, a cui è correlata proprio l'astrattezza del divieto di accesso in via anticipata alla detenzione domiciliare speciale<sup>65</sup>.

Nel panorama delle sentenze che, rimuovendo le preclusioni poste in danno dei minori, hanno censurato norme che facevano rinvio – anche in via indiretta – all'art. 4-*bis* ord. penit., emerge un'altra declaratoria di illegittimità co-

<sup>61</sup> Con l'eccezione, allo stato attuale, del beneficio del permesso premio di cui all'art. 30-*ter* ord. penit. (Corte cost., n. 253 del 2019), di cui si tratterà in seguito in questo paragrafo.

<sup>62</sup> Corte cost., n. 76 del 2017, la quale ha eliminato il divieto di concessione della detenzione domiciliare speciale, per l'espiazione anche della frazione iniziale di pena menzionata all'art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, ord. penit., in favore delle detenute madri di prole di età non superiore a dieci anni, condannate per taluno dei c.d. reati ostativi indicati dall'art. 4-*bis* ord. penit. Per la bibliografia su questa pronuncia, v., *supra*, § 3.

<sup>63</sup> Cfr., LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori*, cit., 327.

<sup>64</sup> Cfr., MANTOVANI, *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, cit., 3.

<sup>65</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.10.

stituzionale concernente, questa volta, l'istituto dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci: l'art. 21-*bis* ord. penit. è stato infatti censurato nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21 ord. penit., con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, 1-*ter* e 1-*quater*, ord. penit., non consentiva l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori oppure lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che fosse stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-*ter* ord. penit.<sup>66</sup>. Sempre a proposito della conformazione degli indici legali presuntivi, è interessante notare come la fattispecie in questione, nella sua complessità, integrasse addirittura due tipologie di presunzioni. La prima correlata alla collaborazione con la giustizia, quale condizione per l'accesso al beneficio dell'assistenza all'esterno, sia per le detenute per uno dei reati elencati all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., sia per le condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, co. 1-*ter* e 1-*quater*, ord. penit.: qui la specie di presunzione non poteva che essere "figlia" della sentenza n. 239 del 2014 e la sua demolizione si è conformata alla *ratio* secondo cui la mancata condotta collaborativa non può essere d'ostacolo alla concessione di un beneficio configurato nell'interesse del minore<sup>67</sup>. Il secondo sbarramento normativo era invece rapportabile alla necessaria previa espiazione di una determinata frazione di pena, quale condizione affinché le detenute per uno dei reati *ex art.* 4-*bis*, co. 1, ord. penit. (anche quelle la cui collaborazione sia impossibile, inesigibile o irrilevante) potessero accedere al medesimo beneficio: qui la presunzione si rivelava "del tutto asso-

---

<sup>66</sup> Corte cost., n. 174 del 2018, in *Giur. cost.*, 2018, 1856, con nota di SIRACUSANO, *Tutela della continuità genitoriale e preclusioni penitenziarie: la Corte ne certifica l'assoluta incompatibilità*. Per altre annotazioni alla pronuncia, v. APRILE, *Osservazioni a C. Cost.*, 23.7.2018, n. 174, in *Cass. pen.*, 2018, 3691 ss.; CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, cit., 1798 ss.; FIORENTIN, *Tutela genitorialità [sic], una "messa a punto" costituzionale*, in *Guida dir.*, 2018, 38, 74 ss.; MANTOVANI, *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, cit., 1 ss.; PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 aprile 2019; SAPORITO, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1, 67 ss.; SCHIRO, *L'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 11, 105 ss.

<sup>67</sup> Corte cost., n. 174 del 2018.

luta” e «insuperabile»<sup>68</sup>, così come lo era stata nell’ambito della fattispecie esaminata dalla sentenza n. 76 del 2017, ove la preclusione legislativa subordinava la concessione della detenzione domiciliare speciale, in riferimento alle detenute per uno dei reati indicati dall’art. 4-*bis* ord. penit., alla espiazione della quota preliminare di pena menzionata all’art. 47-*quinqüies*, co. 1-*bis*, ord. penit.<sup>69</sup>.

Proseguendo nel cammino della Corte costituzionale in tema di automatismi, per quanto concerne quelli contemplati in disposizioni diverse dall’art. 4-*bis* ord. penit. e prive di un rinvio a tale articolato, viene in rilievo la pronuncia n. 187 del 2019, con la quale si è ritenuto costituzionalmente illegittimo, per violazione dell’art. 31, co. 2, Cost., il meccanismo ostativo di cui all’art. 58-*quater*, co. 1, 2 e 3, ord. penit., nella parte in cui prevedeva che non potesse essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale – e ordinaria ai sensi dell’art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit. – al condannato nei cui confronti fosse stata disposta la revoca di una misura alternativa (in particolare, l’affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare o la semilibertà) precedentemente concessagli<sup>70</sup>. L’interesse primario che la Corte ha inteso tutelare anche in questa occasione è stato non tanto quello alla rieducazione del condannato, quanto quello del minore a essere accudito da almeno uno dei genitori: un interesse “esterno” ed eterogeneo rispetto alla persona del condannato. Invero, la sentenza in parola dimostra di allinearsi a una recente evoluzione giurisprudenziale in materia, prospettata con più chiarezza dal 2018, secondo cui la detenzione domiciliare ordinaria per la cura della prole, là dove mira alla protezione della centralità e della preminenza dell’interesse del minore, risponde sempre a una «logica unitaria e indivisibile», vale a dire quella “umanitaria”<sup>71</sup>. Sulla base di questi rilievi, è stata estromessa la preclusione triennale alla concessione della detenzione

<sup>68</sup> Così, Corte cost., n. 174 del 2018, § 2.5.

<sup>69</sup> Corte cost., n. 76 del 2017.

<sup>70</sup> Corte cost., n. 187 del 2019, § 4.2., anche con riferimento al periodo successivo del testo. Per la già citata bibliografia inerente a questa sentenza, v., *supra*, § 3.

<sup>71</sup> V., Corte cost., n. 211 del 2018, § 2.3. e, successivamente, Corte cost., n. 99 del 2019. In queste pronunce, a differenza di altre precedenti (v., ad esempio, Corte cost., n. 177 del 2009), non si fa più alcun cenno esplicito al rilievo per cui la *ratio* comune a tutte le misure alternative – e quindi anche a quella della detenzione domiciliare nell’interesse del minore – sarebbe quella di favorire il recupero del condannato e di prevenire la commissione di nuovi reati.

domiciliare - nelle due specie considerate - a seguito dell'avvenuta revoca di altra misura.

Nell'ambito dell'analisi inerente alla "decodificazione", occorre ora fare cenno a un altro grande filone della giurisprudenza costituzionale, quello che ha contribuito ad abbattere gli sbarramenti alla concessione di benefici penitenziari per salvaguardare la funzione rieducativa della pena<sup>72</sup>.

Si tratta di un orientamento secondo cui, alla luce dei principi di «progressività trattamentale e [di] flessibilità della pena»<sup>73</sup>, costituisce criterio «costituzionalmente vincolante» quello che esclude «rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso» nella materia delle misure alternative dirette a conseguire finalità di risocializzazione<sup>74</sup>.

Una svolta innovativa, nell'ambito di questo orientamento, è stata segnata dalla decisione n. 149 del 2018, in tema di ergastolo e rieducazione del condannato, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità di una preclusione assoluta nell'accesso ai benefici penitenziari in relazione ad alcune ipotesi di sequestro di persona punite con la pena dell'ergastolo<sup>75</sup>. La previsione di una soglia rigida di ventisei anni di pena detentiva effettivamente scontata, impedendo al giudice qualsiasi verifica sul concreto percorso compiuto

---

<sup>72</sup> Tra le pronunce un po' più datate, v., Corte cost., n. 189 del 2010; Id., n. 255 del 2006; Id., n. 436 del 1999.

<sup>73</sup> Così, Corte cost., n. 255 del 2006. In senso conforme, Corte cost., n. 257 del 2006; Id., n. 445 del 1997. A loro volta, i valori collegati alla flessibilità del trattamento penitenziario sono ritenuti coesenziali alla funzione rieducativa, poiché necessari per l'attuazione dei principi di «proporzionalità e di individualizzazione della pena»: così, ancora, Corte cost., n. 255 del 2006.

<sup>74</sup> In questi termini, Corte cost., n. 436 del 1999.

<sup>75</sup> Corte cost., n. 149 del 2018, anche con riferimento al periodo successivo del testo. La disposizione censurata era l'art. 58-*quater*, co. 4, ord. penit., nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 630 e 289-*bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato. A commento della sentenza, tra gli altri, DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, 145 ss., il quale ha parlato di una «svolta nella giurisprudenza della Corte costituzionale», in quanto, per la prima volta, la censura di incostituzionalità «investe frontalmente una forma di ergastolo», *ibid.*, 146; FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, in *Giur. cost.*, 2018, 1657 ss.; PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.; PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, 2018, 1646 ss.; SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1787 ss.

dall'ergastolano, contrasta con la finalità di rieducazione del condannato nella fase di esecuzione della pena e, dunque, va censurata. Nelle argomentazioni sviluppate in questa sentenza, è assai significativa l'affermazione del principio di preminenza della funzione rieducativa della pena e della sua non sacrificabilità sull'altare di altre, pur legittime, funzioni della pena. Il giudice delle leggi ha posto come unico fulcro del trattamento penitenziario il principio di rieducazione del condannato, affermando a chiare lettere la sua ineliminabilità, il suo primato rispetto a ogni altra funzione della pena<sup>76</sup> e, dunque, la sua "non recessione" di fronte a esigenze di prevenzione generale<sup>77</sup>.

A completare il quadro così delineato, è intervenuta un'ulteriore pronuncia, con la quale è stata rimossa la rigida preclusione ai benefici penitenziari anche nei confronti dei condannati a pena temporanea per alcune ipotesi di sequestro di persona: per effetto di questa sentenza – e della precedente n. 149 del 2018 – il regime "ultra speciale" di cui all'art. 58-*quater*, co. 4, ord. penit. è stato interamente caducato<sup>78</sup>.

Nella medesima prospettiva inaugurata con le due sentenze appena citate, si pone un'altra decisione costituzionale che ha sicuramente corroborato, almeno in un primo tempo, i contenuti dell'indirizzo giurisprudenziale in esame: si tratta della sentenza n. 253 del 2019, con la quale il giudice costituzionale ha sottratto all'applicazione dell'automatismo preclusivo previsto dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. la disciplina relativa alla concessione del beneficio del permesso premio di cui all'art. 30-*ter* ord. penit.<sup>79</sup>. La presunzione della man-

<sup>76</sup> Corte cost., n. 149 del 2018, § 7., anche con riferimento al periodo precedente del testo.

<sup>77</sup> Corte cost., n. 149 del 2018, § 2.1., *Ritenuto in fatto*. Tutto ciò è espressione di una cultura penale rinnovata e profondamente diversa rispetto a quella riconducibile alla teoria della polifunzionalità della pena, sulla base della quale la Corte, più di quarant'anni fa, aveva legittimato la pena dell'ergastolo: v. Corte cost., n. 264 del 1974.

<sup>78</sup> Corte cost., n. 229 del 2019, la quale ha censurato l'art. 58-*quater*, co. 4, ord. penit., nella parte in cui si applica ai condannati a pena detentiva temporanea per i delitti di cui agli artt. 630 e 289-*bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato. Per un commento, v., tra gli altri, CAPITTA, *Corte costituzionale e flessibilità della pena: rimossa la rigida preclusione ai benefici penitenziari anche nei confronti dei condannati a pena temporanea per alcune ipotesi di sequestro di persona*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 1 ss.; KALB, *Dal «monito» al legislatore alla declaratoria di illegittimità: una sentenza «annunciata» in materia di preclusione automatica all'accesso ai benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2019, 2965 ss.

<sup>79</sup> Corte cost., n. 253 del 2019, in *questa Rivista*, 2019, rubrica *Giurisprudenza costituzionale*, con brevi notazioni di CAPITTA, *Permesso premio ai condannati per reati ostativi: la Consulta abbatte la presunzione perché assoluta - Corte cost., n. 253 del 2019*, e di PIVA, *Reati ostativi e permessi premio - C. Cost. n. 253/2019*, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit.,

cata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata che incombe sul detenuto non collaborante è stata ritenuta “assoluta” dalla Corte, perché non può essere superata da altro se non dalla collaborazione stessa: è proprio il carattere assoluto della presunzione, e non la presunzione in sé stessa, a risultare in contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost. L’irragionevolezza della presunzione assoluta di perdurante pericolosità, infatti, si basa su una generalizzazione che può essere contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto e che devono, perciò, poter essere oggetto di specifica valutazione da parte della magistratura di sorveglianza<sup>80</sup>. L’accostamento di questa pronuncia con la sentenza n. 239 del 2014 è evidente, ma mentre lì l’automatismo di cui all’art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. è stato totalmente azzerato, senza che sulla condannata madre incomba alcun onere probatorio per poter accedere alla detenzione domiciliare, qui la presunzione di pericolosità è stata solo tra-

---

allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Per ulteriori riflessioni sulla pronuncia, v., senza pretesa di esaustività, BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all’accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *Sist. pen.*, 28 gennaio 2020; CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 1, 211 ss.; CIRIOLI, *Bertoldo e la presunzione assoluta di pericolosità sociale: entrambi impiccati a una pianta di fragole? Un breve commento alla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, *ivi*, 2020, 4, 227 ss.; DELLA MONICA, *La irragionevolezza delle presunzioni che connotano il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi. Riflessioni a margine della sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 1, 994 ss.; DE SIMONE, *L’ergastolo ostativo, una lenta uscita di scena*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 15; DODARO, *L’onere di collaborazione con la giustizia per l’accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 259 ss.; FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, in *Cass. pen.*, 2020, 1019 ss.; FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 3, 649; MALAVASI, *Il problema del permesso premio ai condannati per fatti gravi pur senza la collaborazione con la giustizia*, in *questa Rivista*, 2020, 1, 1 ss.; MANNA, *Ergastolo, ergastolo ostativo, CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, *ivi*, 2021, 3, 17; MONACO, *L’ergastolo ostativo nel dialogo fra le Corti. Aspettando il giudice delle leggi*, *ivi*, 2021, 1, 20; NICOLÒ, *L’ergastolo “ostativo” al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, 2021, 1, 6; PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 30 marzo 2020, 1 ss.; PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giur. cost.*, 2019, 3321 ss.; RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2019.

<sup>80</sup> Corte cost., n. 253 del 2019, § 8., anche con riferimento al periodo precedente del testo.

sformata in “relativa”<sup>81</sup> e, per superarla, si richiede un regime di prova rafforzata principalmente consistente nell’onere di allegazione di elementi tali da escludere non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali<sup>82</sup>.

La decisione in parola e la sentenza n. 263 del 2019<sup>83</sup> – collocate entrambe alla fine di quell’anno – appaiono, peraltro, le ultime di una serie virtuosa di interventi “demolitori” della Corte costituzionale<sup>84</sup>, dal momento che lo stesso

---

<sup>81</sup> Al riguardo, CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 219, parla di «trasformazione (che non è cancellazione) di un meccanismo che possiamo genericamente riportare alla categoria delle presunzioni di pericolosità». Secondo RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., 5, con questa sentenza «è stata rimossa una presunzione assoluta, forse sostituita da una presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa». È condivisibile anche l’opinione di DE SIMONE, *L’ergastolo ostativo, una lenta uscita di scena*, cit., 15, per la quale la Corte «non si limita a trasformare la presunzione da assoluta a relativa, ma detta una serie di limiti talmente stringenti da far pensare a una svolta solo formale che lascia intatte le problematiche» legate al sistema presuntivo di cui all’art. 4-bis ord. penit. Certo è che la nuova veste della presunzione in discorso rischia di rimanere quella della doppia presunzione legale, di pericolosità sociale e di persistenza dell’adesione al sodalizio criminoso, con la conseguenza – per dirla con GALLANI-PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Il diritto alla speranza. L’ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 159 – di «ingabbiare il giudice» in un reticolo di regole decisorie che gli impediscono di effettuare valutazioni discrezionali individualizzanti.

<sup>82</sup> Corte cost., n. 253 del 2019, § 9.

<sup>83</sup> Corte cost., n. 263 del 2019, la quale ha stabilito che i detenuti minorenni, condannati per uno dei reati ostativi, possano accedere alle misure penali di comunità, ai permessi premio e al lavoro esterno anche se, dopo la condanna, non abbiano collaborato con la giustizia. In commento alla decisione, v., tra gli altri, BERNARDI, *L’ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l’art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *Sist. pen.*, 29 gennaio 2020; COPPETTA, *Incostituzionale il regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari ai minorenni: un epilogo annunciato*, in *Giur. cost.*, 2019, 3207; MANTOVANI, *L’esecuzione penale minore abbandonata definitivamente il modello decisorio caratteristico del “doppio binario trattamentale”*. *Anche nei confronti dei detenuti per i reati di “prima fascia” non collaboranti l’accesso ai benefici penitenziari deve essere valutato caso per caso*, in *Cass. pen.*, 2020, 1468; PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 3321 ss.

<sup>84</sup> Vi sarebbe – a quanto consta – una sola sentenza isolata, successiva alle sent. n. 253 e n. 263 del 2019, che ha prodotto la caducazione di una preclusione assoluta e, cioè, quella che ostava alla concessione della detenzione domiciliare per il condannato ultrasettantenne già dichiarato recidivo: Corte cost., n. 56 del 2021 (sulla quale, cfr., CARCANO, *Automatismi: tra ragionevolezza e individualizzazione della pena*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 novembre 2021). Tuttavia, vi è da osservare che la custodia domiciliare ex art. 47-ter, co. 01, ord. penit. non è compresa tra le misure che hanno una funzione soltanto risocializzante. Infatti, la Consulta ha ritenuto irragionevole la preclusione assoluta stabilita dalla

giudice delle leggi ha iniziato a dichiarare manifestamente inammissibili questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., con riguardo all'accesso alle misure alternative in genere<sup>85</sup>. E più di recente, in riferimento a questioni in tema di ergastolo “ostativo”, ha ritenuto di dover rinviare il giudizio costituzionale a date di udienza successive, così da garantire al legislatore «un congruo tempo» per completare i lavori parlamentari relativi alla riforma del regime differenziato di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.<sup>86</sup>. Non solo, l'orientamento volto a superare l'assolutezza delle presunzioni, che sembrava prendere forza tra gli anni 2018 e 2019, pare mostrare ora alcuni segni di indebolimento, posto che sono riscontrabili persino pronunce recenti di segno contrario<sup>87</sup>.

---

norma oggetto di censura, in rapporto non solo al principio di rieducazione, ma anche a quello di umanità della pena.

<sup>85</sup> Corte cost., ord. n. 242 del 2021.

<sup>86</sup> Corte cost., ord. n. 97 del 2021, la quale, nel rinviare al 10 maggio 2022 la nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate, ha contestualmente indirizzato al legislatore un monito a provvedere. Per i commenti, tra i molti, v. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.*, 2021; RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, *ivi*, 28 febbraio 2022.

Da ultimo, Corte cost., ord. n. 122 del 2022 ha rinviato ulteriormente all'udienza pubblica dell'8 novembre 2022 la trattazione delle medesime questioni, tenuto conto dello stato di avanzamento dell'*iter* di formazione della legge. Il testo del disegno di legge è al momento in discussione al Senato: Atto Senato 2574 - *Modifiche in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia*, pubblicato in *questa Rivista*, 2022, rubrica *Dal Parlamento* (sul quale, v., *infra*, § 5).

<sup>87</sup> Corte cost., n. 173 del 2021, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, co. 1, 2 e 3, ord. penit., nella parte in cui prevede che non possa essere concesso, per la durata di tre anni, l'affidamento in prova al servizio sociale previsto dall'art. 47 ord. penit., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa, ai sensi dell'art. 47, co. 11, dell'art. 47-*ter*, co. 6, o dell'art. 51, co. 1, ord. penit. Dunque, la medesima preclusione triennale censurata nella sentenza n. 187 del 2019, in riferimento al solo art. 31 Cost., è stata ritenuta in questo caso non in contrasto con il principio di finalizzazione rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.) e non irragionevole al punto da integrare una lesione ai sensi dell'art. 3 Cost. Sul tema, v. COLALICOVO, *Revoca dell'affidamento in prova e preclusione triennale alla concessione di misure alternative: un nuovo attacco al “doppio binario penitenziario”*, in *Sist. pen.*, 2020, in commento alla relativa ordinanza di rimessione (Mag. sorv. Spoleto, ord. 5 novembre 2020, est. Gianfilippi, *ibid.*).

V., altresì, Corte cost., n. 50 del 2020, che contiene un'altra declaratoria di infondatezza, questa volta, in merito alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, co. 1-*bis*, ord. penit., là dove preclude ai condannati per uno dei reati elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit. l'accesso alla detenzione domiciliare c.d. “infrabiennale”. Sulla base di un impianto motivazionale piuttosto faticoso e inconsueto, la Consulta – se, sotto il profilo delle opzioni di politica penitenziaria, ha considerato opinabile la scelta normativa in questione, ritenendola peraltro rientrante nell'ambito del potere discrezionale del legislatore – sul piano del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, ha reputato la disposizione censurata non irragio-

In definitiva, se si vuole paragonare la tenuta dei due orientamenti volti a censurare gli automatismi preclusivi, si può affermare che, mentre risulta relativamente oscillante l'indirizzo concernente misure alternative a esclusiva finalità rieducativa, continua a mostrarsi davvero "granitico" il filone giurisprudenziale inteso a rimuovere preclusioni che investano una misura configurata nell'interesse del minore.

Del resto, non è un caso che la Corte abbia più volte rimarcato la differenza – rilevante anche sotto il profilo del trattamento normativo – tra misure costruite unicamente in chiave di progresso trattamentale del condannato e misure che, invece, perseguono precipuamente obiettivi di tutela esterni alle esigenze di recupero sociale e aventi ad oggetto beni costituzionali eterogenei, del tipo di quello che assume rilievo nell'ambito della detenzione domiciliare per la cura del minore<sup>88</sup>. Non si potrebbero pertanto accomunare fattispecie tra loro diversificate, stabilendo che la preclusione di volta in volta considerata valga indistintamente per entrambe le tipologie di misure<sup>89</sup>.

Preclusioni che vengono rimosse quando si tratta di proteggere l'interesse del figlio minore possono non essere censurate dal giudice delle leggi se è in questione soltanto la finalizzazione rieducativa del beneficio.

Si può osservare che nella sentenza qui in commento, il giudice costituzionale – ritenendo assorbite le ulteriori censure – non ha ritenuto di soffermarsi, in particolare, sul parametro di cui all'art. 3 Cost. richiamato dal rimettente<sup>90</sup>. Non viene perciò esplicitamente attuata dalla Corte l'indagine sulla eventuale disparità di trattamento prodottasi nel processo decisionale legislativo che ha

---

nevole in relazione al principio di responsabilità penale personale e alla necessaria finalità rieducativa della pena. Per alcune riflessioni sulla sentenza, v. ACETO, *Detenzione domiciliare "generica" e reati ostativi: automatismi preclusivi tra istanze di soppressione ed esigenze di politica criminale*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 1 ss.; LEO, *Detenzione domiciliare ordinaria: non illegittima la preclusione per i reati di cui all'art. 4bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2020.

<sup>88</sup> V., tra le altre, Corte cost., n. 187 del 2019, § 4.2.; Id., n. 174 del 2018, la quale ha specificato che i requisiti previsti per l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli in tenera età non possono coincidere con quelli per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno, che è esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato. Sul punto, v., MANTOVANI, *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, cit., 10.

<sup>89</sup> Corte cost., n. 239 del 2014, § 9., nella quale si è anche precisato come la disciplina restrittiva scrutinata realizzasse un trattamento discriminatorio contrastante con l'art. 3 Cost., oltre a non risultare giustificabile con riferimento al preminente interesse del minore.

<sup>90</sup> Corte cost., n. 30 del 2022, § 6.

condotto alla formulazione dell'art. 47-*quinquies*, co. 1, 3 e 7, ord. penit.<sup>91</sup>. Peraltro, l'esigenza di mantenere contraddistinte e di differenziare il trattamento tra misure per l'accudimento della prole e benefici solo risocializzanti è emersa dalla motivazione della presente decisione, là dove, nel richiamare la sentenza n. 173 del 2021<sup>92</sup>, si è messa in luce la «differente sorte d[ella] preclusione» triennale da revoca di altra misura – vale a dire, la sua mancata espunzione dal sistema – con riguardo a misure alternative in cui, come nell'affidamento in prova al servizio sociale, non sia direttamente coinvolto l'interesse del bambino alla cura genitoriale<sup>93</sup>.

*5. Rilievi conclusivi e prospettive future.* Alla luce della presente indagine, si possono trarre alcune considerazioni conclusive.

In linea generale, la sentenza qui annotata si iscrive nel filone penalistico della giurisprudenza costituzionale che si è pronunciata in materia di protezione dell'infanzia e di sostegno della genitorialità e che ha sempre mirato ad abbattere le preclusioni ostative alla concessione di benefici penitenziari primariamente finalizzati a tutelare il rapporto tra la madre e il figlio minore<sup>94</sup>.

Con specifico riferimento agli orientamenti sopra delineati<sup>95</sup>, questa decisione ha una portata bivalente.

Anzitutto, contribuendo a un ulteriore allineamento tra le due ipotesi di detenzione domiciliare (ordinaria e speciale), essa si può collocare tra le pronunce costituzionali che hanno provveduto a sanare alcune incoerenze sistematiche, uniformando la disciplina tra istituti ritenuti meritevoli di un analogo trattamento<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Tra l'altro, nel caso di specie, i termini della questione apparivano addirittura rovesciati: mancava (e manca tuttora) ogni preclusione all'accesso in via provvisoria e urgente all'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47, co. 4, ord. penit.), pur essendo questa una misura tipicamente volta alla risocializzazione, mentre sussisteva il divieto di applicazione provvisoria proprio in riferimento alla detenzione domiciliare speciale, quale strumento che mira alla tutela della prole minore.

<sup>92</sup> Corte cost., n. 173 del 2021.

<sup>93</sup> In questi termini, Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.3.

<sup>94</sup> Per la descrizione analitica di questa giurisprudenza e per la già citata bibliografia, v., *supra*, § 4. Per un elenco delle decisioni, v. Corte cost., n. 18 del 2020; Id., n. 211 del 2018; Id., n. 177 del 2009. Inoltre, v. Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014. V., nello specifico, le indicazioni nelle note che qui immediatamente seguono.

<sup>95</sup> V., *supra*, § 4.

<sup>96</sup> Cfr., Corte cost., n. 18 del 2020; Id., n. 211 del 2018; Id., n. 177 del 2009. Per la trattazione sul punto inerente alla «destrutturazione», v., *supra*, § 4.

Da un altro punto di vista, l'attuale sentenza è inquadrabile nella linea giurisprudenziale che ha avuto come obiettivo il superamento del fenomeno della "decodificazione" legislativa in tema di misure per la cura della prole<sup>97</sup> e, all'interno di questo ambito, essa si può ulteriormente classificare tra le decisioni il cui scrutinio non ha avuto ad oggetto direttamente l'art. 4-*bis* ord. penit., bensì preclusioni collocate nel tessuto normativo delle alternative alla detenzione<sup>98</sup> (decodificazione "mascherata")<sup>99</sup>.

La disciplina censurata è, infatti, quella dell'art. 47-*quinquies*, co. 1, 3 e 7, ord. penit., nella parte in cui non consente e, dunque, preclude al giudice monocratico di poter disporre l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale. Va peraltro rilevato che la misura della custodia domestica speciale è ormai accessibile anche alle madri condannate per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit.<sup>100</sup>; di conseguenza, la caducazione dell'automatismo preclusivo che si è generata a seguito di questa sentenza potrà avere effetto anche nei confronti delle detenute madri che abbiano commesso determinati delitti ricollegabili all'area della delinquenza organizzata.

Da tutto ciò emerge come il *dictum* contenuto nella pronuncia in esame sia in grado di segnare ulteriormente una strada certa per il futuro, tutte le volte in cui le preclusioni penitenziarie vedano un coinvolgimento di interessi "esterni" alla esecuzione penale. È prevedibile che saranno progressivamente eliminati dal giudice delle leggi tutti gli automatismi che consentono in astratto l'utilizzazione di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale.

A rendere particolarmente "granitico" e irremovibile il filone giurisprudenziale inteso a cancellare gli sbarramenti normativi che riguardino misure indirizzate all'accudimento della prole è proprio la necessità di assicurare la massima tutela a beni costituzionali "eterogenei".

Un segnale di questo fondamento logico su cui si basa anche la presente sentenza è costituito dal fatto che, assai sovente in questa materia, la declaratoria di illegittimità si incentra soltanto sulla violazione dell'art. 31 Cost.<sup>101</sup> - ritenendosi infatti assorbite le censure riferite al canone di ragionevolezza di cui

<sup>97</sup> Cfr., Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014. Per l'indagine relativa alla "decodificazione", v., *supra*, § 4.

<sup>98</sup> Cfr., Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 76 del 2017. V., *supra*, § 4.

<sup>99</sup> Cfr., AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., 9. V., *supra*, § 4.

<sup>100</sup> Corte cost., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

<sup>101</sup> A parte quanto era avvenuto, ad esempio, con la sentenza n. 239 del 2014, la quale si era focalizzata anche sul parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost., per il vaglio di ragionevolezza.

all'art. 3 Cost.<sup>102</sup> – mentre nelle decisioni in tema di benefici a esclusiva finalità risocializzante si denuncia, in genere, la violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., mettendosi in evidenza la volontà di sindacare scelte di politica penitenziaria che comportino un “irragionevole” sacrificio della funzione rieducativa della pena<sup>103</sup>.

Sembrerebbe che la condizione necessaria (e sufficiente) per salvare la ragionevolezza di una presunzione che ostacola valide occasioni di recupero sociale sia che essa risponda a dati di esperienza generalizzati, tali da escludere o ridurre al minimo la possibilità di formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa<sup>104</sup>. Quando l'indice presuntivo in questione risulta conforme a questo criterio non è irragionevole. Tant'è che la Corte non ha mai messo in dubbio la ragionevolezza “intrinseca” delle presunzioni<sup>105</sup>: piuttosto, ha rimosso le preclusioni *ex lege* per il loro carattere assoluto<sup>106</sup> o per la loro peculiare conformazione<sup>107</sup>.

Invece, se entra in gioco l'interesse del minore, la presunzione non viene soltanto trasformata in relativa, ma viene censurata *in toto* e in ogni caso, per la sua stessa esistenza, non bastando il vaglio della sua ragionevolezza su base empirica. La presunzione su cui si basa l'automatismo, infatti, risulta incompatibile con il principio secondo cui le garanzie costituzionali a protezione del minore infante esigono «sempre e comunque»<sup>108</sup> una verifica in concreto del bilanciamento tra esigenze di difesa sociale e interesse alla preservazione del rapporto genitoriale con figli in tenera età<sup>109</sup>.

<sup>102</sup> Cfr., Corte cost., n. 30 del 2022, § 6. Per altri esempi, v. Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017.

<sup>103</sup> V., ad esempio, Corte cost., n. 253 del 2019; Id., n. 229 del 2019; Id., n. 149 del 2018.

<sup>104</sup> Per questa regola consolidata anche in altri ambiti, v., *ex multis*, Corte cost., n. 265 del 2010 e Id., n. 139 del 2010. In dottrina, sul vaglio delle presunzioni legali in materia cautelare, improntato a un ragionamento normativo e al contempo empirico, si veda, tra gli altri, MANES, *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 459.

<sup>105</sup> In tal senso, v. BRONZO, *Nessun automatismo nella detenzione domiciliare per la cura dei figli minori*, cit., 1732.

<sup>106</sup> Emblematico l'esempio di Corte cost., n. 253 del 2019.

<sup>107</sup> Corte cost., n. 229 del 2019; Id., n. 149 del 2018. Sul punto, v. BRONZO, *Nessun automatismo nella detenzione domiciliare*, cit., 1732.

<sup>108</sup> Così, LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori*, cit., 327.

<sup>109</sup> Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014. Da ultimo, proprio la sentenza in commento: Corte cost., n. 30 del 2022, § 5.3.

Sia consentita un'ultima considerazione, alla luce del recentissimo disegno di legge - approvato dalla Camera e trasmesso al Senato in data 1° aprile 2022<sup>110</sup> - concernente la riforma del regime speciale di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. Senza pretesa di esaustività, in questa sede preme rilevare come la linea portante a cui si informa l'Atto del Senato n. 2574 del 2022 sia quella di far cadere la presunzione assoluta di immanenza dei collegamenti con la criminalità organizzata connessa alla mancata collaborazione e di imporre però al giudice una valutazione basata su regole di giudizio molto rigorose e articolate ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale, gravando nello stesso tempo il condannato non collaborante di specifici oneri di allegazione su un duplice tema di prova<sup>111</sup> - assenza di collegamenti attuali e assenza di pericolo di ripristino dei rapporti con il crimine organizzato<sup>112</sup> - oneri peraltro coincidenti con quelli già configurati dalla sentenza del 2019 in tema di permessi premio<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Atto Senato 2574 - *Modifiche in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia*, cit.

<sup>111</sup> In realtà, vi sarebbe un altro onere dimostrativo, che si andrebbe a sommare a quelli qui citati, e che verterebbe - secondo il nuovo art. 4-*bis*, co. 1-*bis* e co. 1-*bis*.1, ord. penit., Atto Sen. 2574 - sull'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o sull'assoluta impossibilità di tale adempimento.

<sup>112</sup> Il nuovo testo dell'art. 4-*bis*, co. 1-*bis*, ord. penit., Atto Sen. 2574, prevederebbe che i benefici penitenziari di cui al co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. possano essere concessi, «anche in assenza di collaborazione con la giustizia», ai condannati per taluno dei reati ostativi ivi elencati, «purché gli stessi [...] allegino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa». Particolarmente ostica pare la prova che ha per oggetto l'accertamento di elementi negativi. In sostanza, si ritorna alla disciplina prevista dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in L. 12 luglio 1991, n. 203 (vigente prima della introduzione della regola di massimo rigore operata con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in L. 7 agosto 1992, n. 356), secondo la quale, per i reati c.d. "di prima fascia", l'accesso alle misure era subordinato all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Al riguardo, autorevole dottrina aveva segnalato come questa regola probatoria rischiasse già di configurarsi come *probatio diabólica*: cfr., GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale e incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., 4 ss.; v. anche DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., 101 ss.

<sup>113</sup> Corte cost., n. 253 del 2019, sulla quale si rinvia al precedente paragrafo: v., *supra*, § 4.

Per quanto qui interessa e, dunque, con particolare riguardo alle misure poste a protezione della prole, è probabile che il giudice delle leggi intervenga a censurare il nuovo art. 4-*bis* ord. penit., giacché questa normativa – se dovesse entrare in vigore nel testo all’esame del Senato – si rivelerebbe più aspra rispetto all’assetto attuale risultante dalle statuizioni costituzionali in materia di art. 4-*bis* ord. penit. e tutela del minore. Infatti, come è noto, la pronuncia n. 239 del 2014, nell’eliminare radicalmente la presunzione di pericolosità correlata alla non collaborazione, aveva fissato un criterio di bilanciamento, stabilendo che, anche per la concessione della detenzione domiciliare ordinaria, il giudice dovesse verificare l’insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della madre già condannata per uno dei reati menzionati nell’art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. (seppure tale requisito non fosse enunciato in modo esplicito dall’art. 47-*ter*, co. 1, lett. a) e b), ord. penit.)<sup>114</sup>. Certo, così facendo, la Consulta aveva chiesto ai tribunali di sorveglianza di prestare una particolare attenzione nella operazione di bilanciamento tra l’interesse di difesa sociale e quello della prole alle cure materne; tuttavia, non aveva introdotto vincoli stringenti in relazione ai poteri istruttori del giudice né aveva imposto rigorosi regimi di prova basati su parametri probatori elevati<sup>115</sup>.

<sup>114</sup> Corte cost., 239 del 2014. Per alcuni rilievi critici al riguardo, si rinvia, volendo, a CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall’art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, cit., 14 ss. Quando la Consulta indica i criteri valutativi del bilanciamento da compiersi di volta in volta secondo la discrezionalità applicativa del giudice, senza tuttavia predeterminare una regola generale di composizione degli interessi in conflitto, si parla in dottrina di «delega di bilanciamento “in concreto”»: l’espressione è di BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 88 ss.; ID., *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 3574. Sul punto, v. anche SAPORITO, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, cit., 76.

<sup>115</sup> Similmente, nel censurare il divieto normativo di applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale, la pronuncia in commento (Corte cost., n. 30 del 2022, §§ 5.6. e 5.7.) non ha statuito regole decisorie ulteriori cui il magistrato di sorveglianza si debba attenere: ha solo ricordato il carattere sommario dell’ordinanza monocratica, la quale dovrà essere disposta nel rispetto dei requisiti previsti dalla legge (art. 47, co. 4, ord. penit., cui fa rinvio l’art. 47-*ter*, co. 1-*quater*, ord. penit. e al quale è stato allineato l’art. 47-*quinqüies* ord. penit.). Pertanto, per effetto di questa sentenza, non incombe sul genitore condannato (ovviamente, si intende, per uno dei reati di cui all’art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit.) alcun onere di allegazione contraria e, una volta eliminata la presunzione legislativa, dal punto di vista del giudice torna a reintegrarsi lo schema dell’atto motivato, che presuppone «a monte, la libertà decisoria e, a valle, la necessità di rendere conto dei percorsi argomentativi che hanno condotto alla decisione»: così, sia pur con specifico riferimento al “doppio binario” processuale in materia cautelare, MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d’innocenza)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2012, 13. Sotto-

Ben diversa e più restrittiva è la disciplina che emerge da questo disegno di legge, con il quale viene persino coniato, in aggiunta a quanto detto, un vero e proprio onere probatorio contrario che incomberebbe sul detenuto quando dall'istruttoria svolta dovessero emergere informazioni che depongano a suo sfavore<sup>116</sup>.

Per questo, in una prospettiva futura, è possibile e anche auspicabile che la Corte si orienti verso una declaratoria di illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 31 Cost., di queste disposizioni, la cui attuazione è, a tutt'oggi, *in itinere*.

Del resto, se lo statuto costituzionale del minore esige ancora bilanciamenti che davvero consentano di tenere conto delle peculiarità del caso concreto, non dovrebbe esservi alcuno spazio per regole di giudizio troppo rigide e configurate in modo tale da limitare oltre misura la discrezionalità della magistratura di sorveglianza.

**ANNA MARIA CAPITTA**

---

linea, proprio nel settore della sorveglianza, l'importanza di un costruito motivazionale completo e approfondito del provvedimento del giudice, onde evitare automatismi e arbitri, VISENTIN, *Il rigetto immotivato del permesso premio tra norme interne e principi europei*, in *questa Rivista*, 2022, 1, 10 ss.

<sup>116</sup> Cfr., art. 4-bis, co. 2, ord. penit., Atto Sen. 2574.