

**PRECLUSIONI ASSOLUTE EX ART. 58-QUATER ORD. PEN.
E DETENZIONE DOMICILIARE SPECIALE:
VERSO UNA NUOVA DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITÀ?**

*Nota a [Cass., Sez. I, ord. 10 luglio 2018 \(dep. 13 luglio 2018\),
n. 32331, Pres. Iasillo, Est. Centofanti](#)*

di Lina Caraceni

SOMMARIO: 1. La questione sul tappeto. – 2. Detenzione domiciliare speciale e tutela dell’infanzia: le coordinate costituzionali e sovranazionali. – 3. L’art. 58-*quater* co. 1-3 ord. pen. e il raggio d’azione del divieto di concessione delle misure di favore. – 4. (*segue*) La pressoché inevitabile incostituzionalità dell’ennesimo meccanismo di preclusione assoluta.

1. La questione sul tappeto.

Ancora una volta la Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di meccanismi preclusivi della legge penitenziaria per l’accesso a misure di favore costruiti ricorrendo a presunzioni assolute, perciò atte ad impedire ogni apprezzamento discrezionale da parte del giudice della sorveglianza, che tenga in considerazione gli elementi del caso concreto e l’evoluzione della personalità del condannato, nell’ottica del principio rieducativo della pena consacrato nell’art. 27 co. 3 Cost.

E questa volta nel mirino del giudice remittente finiscono i primi tre commi dell’art. 58-*quater* ord. pen., i quali prevedono, per la durata di tre anni, un inderogabile divieto di accesso al lavoro all’esterno, ai permessi premio, alle misure alternative dell’affidamento in prova “rieducativo” (art. 47 ord. pen.), della detenzione domiciliare e della semilibertà per il condannato che «sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell’articolo 385 del codice penale» o nei cui confronti sia «stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell’articolo 47, comma 11, dell’articolo 47-*ter*, comma 6, o dell’articolo 51, primo comma».

Il quesito posto all’attenzione della Consulta dall’ordinanza in commento è se il divieto di accesso ora richiamato operi anche rispetto alla concessione della detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies* ord. pen., nel qual caso, secondo la Corte di cassazione, saremmo in presenza di una disciplina in contrasto con gli artt. 3 co. 1, 29 co. 1, 30 co. 1 e 32 co. 2 Cost.

2. Detenzione domiciliare speciale e tutela dell'infanzia: le coordinate costituzionali e sovranazionali.

La verifica in ordine alla riconducibilità della misura prevista dall'art. 47-*quinquies* ord. pen. all'interno dello spettro di operatività del divieto di accesso ai benefici penitenziari contenuto nelle disposizioni oggetto di scrutinio di costituzionalità, richiede un breve inquadramento dell'istituto della detenzione domiciliare speciale introdotta dalla legge 8 marzo 2001, n. 40 e successivamente potenziata dalla legge 21 aprile 2011, n. 62 «nell'ambito del processo di progressivo ampliamento dei presidi a tutela del rapporto tra condannate madri (e, a certe condizioni, padri) e figli minori»¹.

Si prevede che, laddove le madri in esecuzione *intra moenia* non possano accedere alla detenzione domiciliare "ordinaria" ex art. 47-*ter* ord. pen. (perché debbono scontare pene di entità superiore ai quattro anni o perché non ricorre una delle circostanze che determinerebbe il rinvio dell'esecuzione della pena) e vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli infradecenni, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, queste «possano essere ammesse a spiare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura assistenza e accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena». Pure le condannate all'ergastolo possono fruire del beneficio se hanno spiato almeno quindici anni.

Nella relazione al d.d.l. governativo che ha portato all'introduzione della peculiare misura di detenzione domestica² si legge che la finalità perseguita è abolire la carcerazione dei minori e assicurare loro l'«assistenza materna in modo continuo ed in ambiente familiare», così da salvaguardare l'interesse dei figli in tenera età a ricevere il supporto e le cure parentali indispensabili per una crescita equilibrata, in attuazione dell'art. 31 Cost. che protegge e promuove «il rapporto genitore-figli e soprattutto vuole tutelare lo sviluppo psico-fisico del minore anche grazie alla presenza dei genitori, non importa se condannati»³.

Come in più occasioni riconosciuto dai giudici della Consulta, la detenzione domiciliare speciale, pur partecipando della finalità rieducativa assegnata ai benefici penitenziari, è prioritariamente indirizzata alla «tutela di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, qual è il minore»⁴. Più che

¹ Testualmente, Cass., Sez. I, ord. 10 luglio 2018, n. 32331.

² D.d.l. presentato il 24 dicembre 1997 e reperibile in *Atti Camera*, XIII legislatura, stampato n. 4426.

³ L. CESARIS, sub art. 47-*quinquies*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 597.

⁴ Tra le molte, cfr. Corte cost., sent. 8 marzo 2017, n. 76 (in *Giur. cost.*, 2017, p. 725 ss., con nota di P. SECHI), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies* comma 1-*bis* ord. pen. limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*». In termini analoghi si è anche espressa Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239 (in questa *Rivista*, 27 ottobre 2014, con nota di F. FIORENTIN, [La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri](#)), nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* ord. pen. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari proprio la detenzione domiciliare speciale. Secondo la Corte l'interesse del

di una misura alternativa al carcere, in effetti, dovremmo parlare di una diversa modalità di esecuzione della pena detentiva, al pari delle ipotesi di detenzione domiciliare “ordinaria” riservate alla madre condannata. Invero, il beneficio di cui all’art. 47-ter ord. pen. è stato introdotto per finalità umanitarie ed assistenziali, primariamente per garantire beni di rilievo costituzionale, quali la salute e la maternità; rispetto alle altre misure alternative più che ad una funzione rieducativa, assolve a compiti di tutela di peculiari condizioni personali del condannato⁵. Se l’art. 47-ter co. 1, lett. a) e b) ord. pen. punta ad assicurare ai figli infradecenni un sano e costante rapporto affettivo con la madre al di fuori del carcere, in presenza di condanne che non superino i quattro anni di reclusione (anche se costituenti residuo di maggior pena), l’art. 47-quinquies ord. pen. segue la stessa logica e amplia il raggio d’azione della detenzione domestica estendendola alle condannate che debbono espiare sanzioni assai più severe. In definitiva, attraverso questa modalità alternativa di esecuzione della pena detentiva si intendono «privilegiare determinate situazioni soggettive che necessitano di una protezione alla massima estensione, a fronte delle quali l’esigenza retributiva della pena deve assumere un ruolo secondario»⁶.

Del resto, l’«interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell’ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione», non solo assume una speciale rilevanza nella nostra Carta fondamentale (segnatamente l’art. 31 co. 2 Cost.)⁷, ma rappresenta un valore di rango superiore in diverse norme di diritto internazionale, a cui il nostro ordinamento è tenuto ad uniformarsi. Il riferimento è agli artt. 3 co. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo⁸ e 24 co. 2 della Carta dei diritti

minorenne ad una regolare crescita psico-fisica in un ambiente familiare, pur se non assoluto, è prevalente rispetto a quello dello Stato di esercitare la potestà punitiva nella forma dell’esecuzione *intra moenia* (per un approfondimento sul punto, v. *infra* nel testo).

⁵ Preme, comunque, sottolineare che la tutela della maternità è una tutela indiretta, poiché lo scopo della misura è evitare l’ingresso in carcere degli infanti: impedire che i figli in tenera età siano costretti a vivere da reclusi seguendo, senza colpa, le sorti del genitore, magari pagando un costo troppo alto per la loro fragilità (purtroppo le cronache giudiziarie di questi giorni riportano la tragica morte dei due fratellini spinti giù dalle scale dalla mamma detenuta nella sezione nido del carcere femminile di Rebibbia: G. BIANCONI, *Rebibbia, i figli uccisi dalla madre in cella e il giallo dei domiciliari respinti*, in *Corriere della Sera*, 22 settembre 2018).

⁶ M. E. PERRONE, *Misure alternative alla detenzione, in L’esecuzione e il diritto penitenziario*, a cura di A. Diddi, Pisa, 2017, p. 258.

⁷ Cfr. Corte cost., sent. 12 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, p. 364 ss., che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall’art. 567 co. 2 c.p., consegna di diritto la perdita della responsabilità genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell’interesse del minore nel caso concreto. La rilevanza di questo arresto, per il tema che ci occupa, sta nel fatto che la Corte, «con un’inusuale inversione di prospettiva, giudica della legittimità di una norma penale contemplante una pena accessoria, non dall’angolazione di chi la subisce effettivamente, ma da quella di coloro, *id est* i figli minori, sui quali si irradieranno le conseguenze delle restrizioni imposte al primo, ossia al genitore»: M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodosi: il caso della pronuncia sull’art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 378.

⁸ La Convenzione è stata adottata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia col la legge 27 maggio 1991, n. 176.

fondamentali dell'Unione Europea⁹: entrambe le disposizioni prevedono che l'interesse superiore del fanciullo deve ricevere una considerazione preminente in tutte le decisioni di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi. Un precetto che assume una pregnanza particolare quando si discute del diritto del figlio in tenera età a godere dell'affetto e delle cure materne. Questo fa sì che nel momento in cui si dovesse procedere ad un giudizio di bilanciamento, tali prioritarie istanze dovrebbero prevalere su ogni altra, anche su quelle di difesa sociale sottese all'esercizio della potestà punitiva e all'esecuzione della pena nei confronti del genitore condannato¹⁰.

Tuttavia, la primazia riconosciuta all'interesse del figlio non si erge a valore assoluto, sempre preminente su ogni altro; l'assunto trova conferma proprio nella disciplina della detenzione domiciliare speciale, che sottopone a condizioni l'accesso alla misura: tra queste vi è l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata¹¹. Dunque, il legislatore sposa la logica del bilanciamento dando rilievo anche all'interesse dell'ordinamento a soddisfare le istanze di difesa sociale, ma affinché le esigenze comunque considerate prevalenti non vengano irragionevolmente compromesse, occorre che la sussistenza e l'entità di ulteriori valori in gioco possano essere valutati caso per caso e non già attraverso indici presuntivi «che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»¹². Ciò che le Carte internazionali e la Costituzione impongono è una valutazione da parte del giudice dell'insussistenza, nella situazione data, di un pericolo di reiterazione del reato idoneo a precludere l'applicazione anche di queste misure poste a tutela del superiore interesse del figlio minore.

3. L'art. 58-*quater* co. 1-3 ord. pen. e il raggio d'azione del divieto di concessione delle misure di favore.

È indubitabile che i primi tre commi dell'art. 58-*quater* ord. pen. introducano dei rigidi sbarramenti per la fruibilità dei benefici previsti dalla legge di ordinamento penitenziario che non lasciano margini di apprezzamento al giudice¹³; e l'intento

⁹ La Carta, proclamata il 7 dicembre 2000, è stata adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

¹⁰ Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, cit., V. anche Corte cost., sent. 10 giugno 2009, n. 177, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1977 ss., con nota di C. FIORIO.

¹¹ L'altro presupposto per poter fruire della misura domestica è che vi sia la «possibilità di ripristinare la convivenza con i figli»; ebbene, un beneficio da adottare nell'esclusivo interesse della prole. Sul punto, P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 810.

¹² Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, cit.

¹³ Si esprime in termini di «divieto automatico e generalizzato» L. CESARIS, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2251. Va tuttavia segnalato quell'indirizzo giurisprudenziale che tenta di ridimensionare l'automaticità del divieto previsto dal co. 1 dell'art. 58-*quater* ord. pen., riconoscendo al giudice un potere discrezionale attraverso cui valutare in maniera approfondita la personalità del condannato che abbia posto in essere una condotta di evasione: Cass., Sez. I, 10 novembre 2009, P.G. in c. Resta, in *CED Cass*, n. 245682.

perseguito sembra essere abbastanza chiaro: sanzionare la scarsa affidabilità di un condannato responsabile di «condotte negative “emblematiche”», quali l’evasione o i comportamenti che abbiano portato alla revoca di alcuni benefici precedentemente concessi¹⁴. Una presunzione di «inidoneità temporanea del soggetto, evaso o inadempiente alle prescrizioni, a quelle forme di attenuazione della pena detentiva che sono proprie dei permessi premio o delle misure alternative»¹⁵. E particolarmente severo si profila il co. 2 dell’art. 58-*quater* ord. pen. a proposito dei condannati che hanno subito la revoca di un beneficio: una disposizione che intende colpire quanti manifestino la propria inadeguatezza nell’ottica risocializzativa auspicata dall’art. 27 co. 3 Cost., dopo aver illuso «su una loro presunta capacità di percorrenza del cammino rieducativo»¹⁶.

L’ambito di applicazione di questo divieto assoluto, di durata triennale (art. 58-*quater* co. 3 ord. pen.), sembra riferirsi alle sole misure tassativamente elencate: assegnazione al lavoro all’esterno, permessi premio, affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall’art. 47 ord. pen., detenzione domiciliare e semilibertà. Si tratterebbe di previsione eccezionale, di stretta interpretazione¹⁷ e perciò insuscettibile di applicazione analogica¹⁸, lasciando così al di fuori della sua area di operatività le forme peculiari di affidamento in prova (quello terapeutico *ex* art. 94 d.p.R. 9 ottobre 1990, n. 309 e quello per malati di AIDS *ex* art. 47-*quater* ord. pen.)¹⁹, la liberazione condizionale e altresì la liberazione anticipata.

Dubbi residuano (e veniamo alla questione che ci occupa), a proposito del riferimento alla detenzione domiciliare. Una locuzione tanto generica, frutto di una tecnica legislativa che, specialmente in materia penitenziaria, indulge sovente all’approssimazione, pone l’interrogativo se nel concetto possa essere ricompresa pure la detenzione domiciliare speciale *ex* art. 47-*quinquies* ord. pen. Si sono espressi in senso contrario quanti ritengono che «l’eccezionalità e la tassatività del regime preclusivo in

¹⁴ C. CESARI, sub art. 58-*quater*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 734.

¹⁵ F.P.C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 441. V. anche M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, p. 193.

Dal punto di vista dell’ambito di applicazione soggettiva, dell’art. 58-*quater* ord. pen., dopo la riforma attuata dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, tanto in caso di evasione (co. 1) che di revoca delle misure (co. 2), il divieto triennale di concessione dei benefici penitenziari ivi elencati opera per tutti i condannati (F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 830) e quale che sia il reato per cui sono in esecuzione di pena (F. DELLA CASA, *Le recenti modifiche 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 V. Grevi, Padova, 1994, p. 112).

¹⁶ B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 356, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356*, in *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, vol. II, Torino, 1995, p. 767.

¹⁷ F. FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in *Misure alternative alla detenzione*, a cura di F. Fiorentin, Milano, 2012, p. 614.

¹⁸ In giurisprudenza, v. per tutti, Cass., Sez. I, 3 marzo 2010, Silva, in *Rass. Penit. e crim.*, 2010, f. 2, p. 79.

¹⁹ F. DELLA CASA, *Le recenti modifiche*, cit., p. 112. In giurisprudenza, a proposito dell’inapplicabilità dell’art. 58-*quater* ord. pen. all’affidamento in prova terapeutico, v. Cass., Sez. I, 3 marzo 2010, Silva, cit., secondo cui tale lettura deriverebbe dalle peculiarità di questa misura rispetto alle altre, in ragione della preminenza in esso dello scopo di recupero del condannato dalla dipendenza da sostanze stupefacenti.

esame suggeriscono di escludere la sua applicazione a misure alternative che, come la detenzione domestica per le detenute madri, abbiano caratteri di spiccata autonomia rispetto a quello che l'art. 58-*quater* espressamente menziona». Del resto, il puntiglioso dato letterale, «coerentemente con la portata ablativa della previsione, d[ovrebbe] portare ad escludere dall'ambito delle misure precluse tutte quelle non espressamente menzionate»²⁰. E *ubi lex voluit dixit*, mentre nel caso di specie, la legge 40/2001, nell'introdurre la detenzione domiciliare speciale, pur avendo provveduto ad un coordinamento delle norme penitenziarie con le nuove disposizioni²¹, non ha ritoccato l'art. 58-*quater* ord. pen., potendosi ricavare da ciò la volontà di escludere detta peculiare modalità di detenzione dalle misure per le quali opera il divieto temporaneo di concessione di un nuovo beneficio²². E tale scelta potrebbe essere ispirata proprio dalla tutela incondizionata offerta al minore²³.

Malgrado questa lettura sia da preferire, dal punto di vista della maggiore tutela accordata all'interesse del figlio infradecenne, essa non convince per le ricadute che origina, in termini di coerenza e ragionevolezza, sull'intera disciplina penitenziaria prevista per l'esecuzione "agevolata" della pena nei confronti delle madri, in relazione ai richiamati limiti di accesso. Piuttosto, soltanto un'esegesi che riferisca la locuzione «detenzione domiciliare» contenuta nell'art. 58-*quater* ord. pen. a tutti i modelli di carcerazione domestica²⁴ consentirebbe di ritenere la norma coerente con il dettato costituzionale, in special modo con l'art. 3 Cost. In proposito, giova ricordare ancora una volta che la logica sottesa ai diversi modelli (artt. 47-*ter* co. 1, lett. a) e b) e 47-*quinqüies* ord. pen.) è identica: come riconosce la Corte di cassazione nell'ordinanza in commento, si vuole impedire «il distacco del bambino dalla figura genitoriale, al tempo stesso evitandone l'inserimento in un "contesto punitivo", privo di adeguati stimoli per la sua crescita e del tutto inidoneo alla creazione di un rapporto affettivo fisiologico con la figura stessa». E rispetto alla disciplina "ordinaria" il modello speciale non costituisce null'altro che un ampliamento dei presidi a tutela del rapporto madre-figlio.

Se il generico riferimento alla detenzione domiciliare include nel divieto le due ipotesi che la misura "ordinaria" riserva alla "genitrice" condannata (la *littera ligis* non autorizza alcuna distinzione tra i soggetti presi in considerazione dall'art. 47-*ter* ord. pen.), difficile non estenderlo anche l'ipotesi speciale. In sostanza l'identità di *ratio* che connota le diverse forme di "carcerazione presso il domicilio" per le madri non autorizza un trattamento differenziato e, dunque, un'interpretazione dell'art. 58-*quater* co. 1 ord. pen. atta ad escludere dall'operatività del divieto la misura di cui all'art. 47-*quinqüies* ord. pen. Una diversa esegesi, infatti, condurrebbe al paradosso di considerare operante il divieto nei confronti di madri condannate che debbono espiare una pena più lieve (nei

²⁰ In questi termini, C. CESARI, sub art. 58-*quater*, cit., p. 736. V. anche F. FIORENTIN, *Possibili le misure terapeutiche in alternativa al carcere per i condannati tossicodipendenti nel caso di revoca di precedente misura: il revirement della Cassazione riapre una dibattuta questione*, in *Rass. penit. e crim.*, 2010, f. 2, p. 90.

²¹ Cfr. art. 8 legge 40/2001.

²² F. FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione*, cit., p. 619.

²³ L. CESARIS, sub art. 47-*quinqüies*, cit., p. 604.

²⁴ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 510. In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 1° luglio 2002, Liaci, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2044.

limiti dei quattro anni, come prescrive l'art. 47-ter co. 1 ord. pen.), mentre non si applicherebbe a condanne di più elevata entità, dove, al contrario, la pericolosità della condannata sembra essere, almeno per *quantum* di pena, più marcata

Vi è un ulteriore dato letterale nel comma 1 dell'art. 58-*quater* ord. pen. che spinge verso siffatta impostazione: dato che nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale, per sottrarre i "modelli terapeutici" dall'operatività della disposizione, il legislatore ha fatto espresso riferimento alla misura disciplinata dall'art. 47 ord. pen., non aver optato per una differenziazione all'interno della misura domestica porta ad escludere che questa sia possibile.

Non resta che concludere, con il giudice remittente, che nemmeno attraverso il criterio dell'interpretazione logica la detenzione domiciliare speciale può essere esclusa dai benefici oggetto della preclusione in scrutinio. E l'unica esegesi praticabile dell'art. 58-*quater* co. 1-3 ord. pen., a proposito del suo ambito di applicazione, lo espone a censure di costituzionalità: il divieto assoluto per tre anni di accesso alla detenzione domiciliare speciale per le madri condannate che si siano rese responsabili di condotte di evasione o nei cui confronti siano state precedentemente revocate misure di favore, confliggerebbe con le disposizioni costituzionali a tutela della famiglia (art. 29 co. 1 Cost.), della genitorialità (art. 31 co. 1 Cost.) e dell'infanzia (art. 31 co. 2 Cost.), valori di preminente rilievo che verrebbero compromessi ove al giudice non fosse consentito un prudente apprezzamento della loro rilevanza in riferimento alle circostanze del caso concreto²⁵.

4. (segue) La pressoché inevitabile incostituzionalità dell'ennesimo meccanismo di preclusione assoluta.

Il destino della disciplina oggetto di vaglio di costituzionalità sembrerebbe segnato, nel solco delle pregresse pronunce di accoglimento del giudice delle leggi tese a superare ogni presunzione di tipo assoluto e ogni automatismo presente nella legge penitenziaria, in contrasto con il principio rieducativo *ex* art. 27 co. 3 Cost. e, in generale, con il riconoscimento e la tutela di diritti fondamentali, di cui pure godono i detenuti. Invero, la funzione risocializzativa assegnata alla pena rappresenta un imperativo che collide con la «prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione sociale su quelle di recupero del condannato»²⁶ insite in ogni inderogabile impedimento alla fruibilità di

²⁵ Così l'ordinanza di rinvio in commento. Per un approfondimento di quella che viene definita «delega di bilanciamento», con la quale la Corte costituzionale scioglie il giudice dallo stretto rispetto della lettera della legge e gli riconosce un margine di apprezzamento non previsto dal legislatore, v. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, pp. 120 ss.

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149 (in questa *Rivista*, 18 luglio 2018, con nota di E. DOLCINI, [Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo \(e di rieducazione del condannato\)](#)), che di recente ha dichiarato l'incostituzionalità del co. 4 dell'art. 58-*quater* ord. pen. nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato» e, in via consequenziale, nella parte in cui «si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 289-*bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato. La Consulta ricorda che «una volta che il

misure di favore e richiede, invece, una valutazione individualizzata caso per caso, che tenga conto dei progressi del condannato durante l'intero periodo di espiazione della pena²⁷.

A maggior ragione, simili automatismi preclusivi sono incompatibili con il dettato costituzionale quando in gioco vi siano valori fondamentali di cui sono titolari, come nel caso in esame, soggetti estranei al rapporto esecutivo (i figli) che versano, oltretutto, in una condizione di particolare vulnerabilità (la giovanissima età).

Anche di recente la Corte costituzionale si è pronunciata su una questione assai rilevante per l'oggetto dell'attuale scrutinio, a proposito dell'assistenza all'esterno dei figli minori (art. 21-*bis* ord. pen.), affermando che sbarramenti incondizionati alla concedibilità alle madri condannate di detto beneficio sarebbero in contrasto con il principio secondo cui «il superiore e preminente interesse del minore può essere limitato, in occasione di decisioni assunte da autorità pubbliche o istituzioni private solo a seguito di un bilanciamento con interessi contrapposti (come quelli di difesa sociale sottesi all'esecuzione della pena)»²⁸. Se è pur vero che sottoporre a condizioni più stringenti la fruibilità di misure di favore per i condannati per reati che presentano elevati indici di pericolosità è compatibile con i valori costituzionali in gioco²⁹, compreso il principio rieducativo della pena, non lo è più nel momento in cui i limiti di accesso non condizionano soltanto il percorso risocializzativo del reo, ma hanno ricadute immediate su soggetti diversi da quest'ultimo, compromettendo un valore "esterno", «in particolare il peculiare interesse del figlio minore, garantito dall'art. 31, secondo comma, Cost., ad un rapporto quanto più possibile normale con la madre (o in via subordinata con il padre)»³⁰. E, in effetti, se le disposizioni normative, tramite

condannato all'ergastolo abbia raggiunto, nell'espiazione della propria pena, soglie temporali ragionevolmente fissate dal legislatore, e abbia dato prova di positiva partecipazione al percorso rieducativo, eventuali preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari possono dunque legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano pur sempre valutazioni individuali, da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostative di ordine specialpreventivo – *sub specie* di perdurante pericolosità sociale del condannato –; valutazioni, queste ultime, che non potrebbero del resto non riverberarsi negativamente sulla stessa analisi del cammino di risocializzazione compiuto dal condannato stesso, e che per questo motivo possono ritenersi coerenti con il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena».

²⁷ Corte cost., sent. 26 maggio 2010, n. 189, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2242 ss., ribadisce che escludere radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti, fa sì che l'opzione repressiva releggi nell'ombra il profilo rieducativo, instaurando di conseguenza un automatismo in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena. V. anche Corte cost., sent. 22 novembre 1999, n. 436, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3829 ss. In dottrina, F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3940.

²⁸ Così, Corte cost., sent. 23 luglio 2018, n. 174 ([in questa Rivista](#), 24 luglio 2018), con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* ord. pen., nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21, 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 consente l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, oppure lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-*ter* ord. pen.

²⁹ Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, cit.

³⁰ Ancora, Corte cost., sent. 23 luglio 2018, n. 174, cit.

presunzioni insuperabili, negano ai genitori di figli in tenera età modalità esecutive della pena “agevolate”, di fatto impediscono «al giudice di valutare la sussistenza in concreto, nelle singole situazioni, delle [...] esigenze di difesa sociale» e conseguentemente «non si è più in presenza di un bilanciamento tra principi, che si traduce nella determinazione di una ragionevole regola legale: si è al cospetto dell’introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell’interesse del minore». E «le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l’assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole»³¹.

L’assunto vale anche per le presunzioni ricavabili dai primi tre commi dell’art. 58-*quater* ord. pen. e, secondo il giudice remittente, nemmeno la temporaneità del divieto in argomento salva la norma dall’incostituzionalità, poiché tre anni nella vita di un minore, soprattutto se molto piccolo, sono un periodo lunghissimo in grado di compromettere il suo sviluppo psico-fisico, pericolo che potrà essere scongiurato soltanto restituendo al giudice il potere discrezionale di svolgere un attento bilanciamento dei valori in campo nel caso concreto.

E la norma oggetto di scrutinio recupererà la sua coerenza costituzionale soltanto se verranno sottratte dall’operatività del divieto triennale tutte le ipotesi di detenzione domiciliare (non solo la speciale, unica rilevante nel caso in esame, ma anche le ordinarie), una scelta che spetta ai giudici della Consulta: attraverso l’art. 27 legge 11 marzo 1953, n. 87, possono dichiarare «quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata»³².

³¹ Corte cost., sent. 8 marzo 2017, n. 76, cit.

³² L’operazione si palesa analoga a quella compiuta da Corte Cost. 22 ottobre 2014, n. 239, cit. a proposito del divieto assoluto contenuto nell’art. 4-*bis* comma 1 ord. pen.: il giudice delle leggi ebbe a dire che i profili di incostituzionalità che investivano la preclusione di accesso alla detenzione domiciliare speciale andavano estesi anche alla “ordinaria”, «per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espriare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore *in parte qua*».