



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. III

(ESTRATTO)

VINCENZO TIGANO

**LA DETENZIONE DOMICILIARE “UMANITARIA” PER I CONDANNATI
PRESUNTIVAMENTE PERICOLOSI: IL PERCORSO GIURISPRUDENZIALE DI
RIALLINEAMENTO AI PRINCIPI DI EGUAGLIANZA E DI RIEDUCAZIONE**

20 DICEMBRE 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Vincenzo Tigano

La detenzione domiciliare “umanitaria” per i condannati presuntivamente pericolosi: il percorso giurisprudenziale di riallineamento ai principi di eguaglianza e di rieducazione*

ABSTRACT: *Among the various alternative measures to detention envisaged in the penitentiary system, home detention remains the one most markedly oriented towards protecting convicts suffering from a condition of vulnerability. However, the presence of numerous foreclosures based both on convictions for crimes envisaged by art. 4-bis and on the application of the aggravating circumstance of recidivism, risks compromising the humanitarian needs underlying the measure in question. The numerous interventions of the Constitutional Court have partially remedied these critical issues for certain subjective categories (above all, those in which there is a need to ensure a pre-eminent protection to minors, where directly or indirectly affected by the effects of the prison sentence), often invoking the dutiful respect of constitutional principles of equality and re-education of convicted persons. However, numerous foreclosures still remain in force on which a reform intervention by the legislator or a review of reasonableness by the Constitutional Court would be desirable.*

SOMMARIO: 1. Detenzione domiciliare umanitaria e protezione delle persone particolarmente vulnerabili: le diseguaglianze *in bonam partem* nel regime penitenziario. – 2. La detenzione domiciliare come misura alternativa carente di contenuti rieducativi. – 3. Il regime penitenziario diversificato *in malam partem*: l’art. 4-bis ord. pen. e la condanna aggravata dalla recidiva. – 4. La presunzione di pericolosità *ex art. 4-bis*, comma 1 e i limiti alla concessione della detenzione domiciliare nei confronti delle madri o dei padri di prole di età inferiore ai dieci anni: la [sentenza costituzionale n. 239/2014](#). – 5. Il divieto assoluto di concedere la detenzione domiciliare speciale “anticipata” di cui all’art. 47-*quinquies*, comma 1-bis, nei confronti dei condannati per uno dei delitti di cui all’art. 4-bis: la [sentenza costituzionale n. 76/2017](#). – 6. La detenzione domiciliare nell’ordinamento penitenziario minorile e la preclusione di cui all’art. 4-bis, comma 1, ord. pen.: la [sentenza costituzionale n. 263/2019](#). – 7. La preclusione assoluta di concessione della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 01, nei confronti del soggetto ultrasettantenne condannato con l’aggravante della recidiva: la [sentenza costituzionale n. 56/2021](#). – 8. Conclusioni.

1. *Detenzione domiciliare umanitaria e protezione delle persone particolarmente vulnerabili: le diseguaglianze in bonam partem nel regime penitenziario.*

Il sistema dell’ordinamento penitenziario italiano è nato sotto l’egida di un ideale di rieducazione extramuraria, ispirato all’istituto anglosassone della *probation*, e fondato sul dettato dell’art. 27, comma 3, della Costituzione. Attraverso la legge n. 354 del 26 luglio 1975 è stato così apprestato un catalogo nucleare di misure alternative alla detenzione che hanno attribuito al condannato un sostanziale diritto al riesame sul protrarsi della pretesa punitiva¹; diritto il cui esercizio richiede, oltre alla sussistenza di alcuni requisiti formali (essenzialmente basati su un tetto massimo di pena residua da espiare o, in certi casi, su un minimo di pena già scontata), l’inizio di un adeguato percorso di rieducazione sul cui esito la concessione della misura dovrebbe influire ulteriormente².

Questo sistema di esecuzione extramuraria è stato inizialmente imperniato sulla concessione, a certe condizioni, dell’affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà – che si sono così andati ad aggiungere alla liberazione condizionale, già prevista dal Codice Rocco e anch’essa annoverabile tra le misure alternative alla detenzione –, ciascuna di esse scindibile in una serie di sottocategorie, venute alla luce attraverso una continua serie di interventi di riforma.



¹ La base fondativa di tale diritto può rinvenirsi nell’art. 27, comma 3, della Costituzione, come statuito da [Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204](#), in relazione alla liberazione condizionale.

² In tal senso, Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 1998, in *Rass. penitenz. e criminol.*, 1998, 1, 347 ss.

Alle misure alternative testé menzionate, se ne è poi aggiunta una in cui il finalismo rieducativo non ha costituito il principale fondamento giustificativo della sua adozione, e che quindi si distingue nettamente dalle altre: si tratta della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter ord. pen., introdotta solo con la legge n. 663 del 10 ottobre 1986 (cd. legge *Gozzini*), e concepita soprattutto (con eccezione di quella generica di cui al comma 1-bis, introdotta dalla legge n. 165 del 27 maggio 1998) come misura a valenza umanitaria, diretta a tutelare alcune categorie di reclusi segnati da condizioni personali di vulnerabilità, per i quali l'esecuzione della pena in carcere costituirebbe una sofferenza non tollerabile.

La detenzione domiciliare "umanitaria" consente l'esecuzione della pena detentiva nell'abitazione del condannato, in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, ed è rivolta a diverse categorie soggettive.

La tipologia prevista dal comma 01, introdotta con la legge n. 251 del 5 dicembre 2005 (cd. legge *ex Cirielli*), contempla come destinatario il condannato che abbia compiuto settanta anni di età al momento dell'esecuzione della pena – con l'eccezione di certe categorie presuntivamente pericolose³ – e prescinde da limiti massimi di pena detentiva residua da espiare, purché non si tratti della pena dell'ergastolo.

La detenzione domiciliare umanitaria di cui al comma 1, è concessa quando il condannato sia: una donna incinta o madre di un figlio di età inferiore a dieci anni con lei convivente; un uomo esercente la potestà genitoriale su un figlio infradecenne, in caso di morte o di assoluta impossibilità della madre ad accudire il minore; una persona in condizioni di salute particolarmente gravi, a causa delle quali occorra un costante presidio dei servizi sanitari territoriali; un soggetto ultrasessantenne, se inabile anche parzialmente; un soggetto minore di ventuno anni per comprovate esigenze di salute, studio, lavoro o famiglia. In queste ipotesi, la condizione formale per l'accesso alla misura è che la pena da espiare, intesa anche solo come residua, sia quella dell'arresto o della reclusione non superiore a quattro anni.

Una particolare ipotesi di detenzione domiciliare umanitaria è quella disciplinata dal comma 1-ter, intesa come surrogatoria del rinvio dell'esecuzione della pena *ex artt.* 146 e 147 c.p., e quindi slegata da limiti prefissati di pena detentiva da espiare, e rivolta a categorie soggettive più circoscritte di quelle contemplate dal comma 1 dell'art. 47-ter⁴.

Altra forma di detenzione domiciliare con valenza umanitaria⁵, ma anche terapeutica, è poi quella riservata a coloro che siano affetti da AIDS o da altra grave immunodeficienza e che sono sottoposti,

³ Il soggetto ultrasessantenne non può avere accesso alla specifica ipotesi di detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter, comma 01, se sia stato condannato per uno dei reati previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e dall'articolo 4-bis, nonché qualora sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza. Prima dell'intervento della Corte costituzionale con la [sentenza del 31 marzo 2021, n. 56](#), la concessione della misura era preclusa anche all'ultrasessantenne condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale.

⁴ Secondo l'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. pen., «Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare». L'art. 146 c.p. prevede che l'esecuzione di una pena detentiva, a prescindere dalla tipologia e dalla durata, è differita se deve aver luogo nei confronti di donna incinta, di madre di infante di età inferiore a un anno, di persona affetta da AIDS conclamata, da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative. Ai sensi dell'art. 147 c.p., l'esecuzione di una pena detentiva può essere differita se è presentata domanda di grazia (per un periodo massimo di sei mesi dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile), se il condannato si trovi in condizioni di grave infermità fisica, o se si tratti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

⁵ Si veda A. MENGHINI, *sub Art. 47-*quater**, in F. Fiorentin – F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2019, 629, secondo cui «Non si tratta dunque di una nuova misura alternativa distinta da quelle già conosciute dal nostro ordinamento, ma semplicemente di una disciplina di favore dettata per la tutela di soggetti considerati dal

o prevedono di sottoporsi, a un programma sanitario di cura e di assistenza: si tratta di una disciplina di favore introdotta dall'art. 47-*quater* (inserito nel *corpus* dell'ordinamento penitenziario dalla legge n. 231 del 12 luglio 1999), che, a tal fine, rinvia generalmente all'art. 47-*ter* (ma anche all'art. 47, così enucleando anche una forma di affidamento in prova *ad hoc* a favore dei medesimi soggetti), stabilendo che non si applichino i limiti di pena ivi previsti, ma al contempo appresta una specifica disciplina della misura.

Vi è poi la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies*, comma 1, introdotta dalla legge n. 40 dell'8 marzo 2001, rivolta anch'essa alla condannata madre di prole di età non superiore a dieci anni, o alternativamente al padre, in caso di morte o impossibilità della donna, e sempre che non vi sia modo di affidare il figlio ad altri. In questo caso, la mancata previsione di massimo di pena detentiva residua da espiare è compensata dalla necessità di avere già eseguito un terzo della pena o quindici anni in caso di ergastolo. Inoltre, il comma 1-*bis* dell'art. 47-*quinquies*, introdotto dalla legge n. 62 del 21 aprile 2011, consente di espiare fuori dal carcere, in uno dei luoghi pubblici o di privata dimora ivi indicati, anche la frazione iniziale di pena propedeutica alla concessione della misura di cui al primo comma.

Le istanze di protezione delle categorie soggettive indicate come destinatarie, dirette o indirette⁶, delle diverse forme di detenzione domiciliare hanno giustificato l'assenza di ogni pretesa normativa circa l'inizio di un efficace percorso di risocializzazione del condannato, ai fini della sua concessione⁷, e la formale mancanza di prescrizioni concernenti il trattamento rieducativo a cui sottoporre lo stesso a partire dalla sua uscita dal carcere⁸. Il legislatore ha, quindi, sostanzialmente collocato questa specifica misura alternativa alla detenzione in una dimensione finalistica diversa da quella originariamente perseguita con legge istitutiva del 1975, ma pur sempre riconducibile all'art. 27, comma 3, della Costituzione che, oltre alla tensione rieducativa delle pene, stabilisce anche che le stesse «non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità».

Si profila evidentemente una disegualianza *in bonam partem* nella *ratio* e nella disciplina della detenzione domiciliare umanitaria rispetto alla generale prospettiva finalistica e regolamentativa delle altre misure alternative. Tale disallineamento può ritenersi razionalmente compatibile con l'art. 3 della Costituzione se si intende il principio di eguaglianza come strumento costituzionale di tutela

legislatore particolarmente «deboli»». Così già P. CANEVELLI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere, a) aspetti giuridici*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 10, 1227.

⁶ I minori infradecenni figli di detenuti possono considerarsi destinatari indiretti della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, a) e b), e all'art. 47-*quinquies*, poiché si tratta di misure che si concedono ai condannati a beneficio esclusivo della prole. Cfr. A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza n. 18 del 2020*, in *Rivista AIC*, 2020, 3, 642, che ha esteso le considerazioni sui minori intesi come destinatari indiretti delle suddette forme di detenzione domiciliare, alla *ratio* delle sentenze costituzionali che hanno investito le preclusioni imposte dall'art. 4-*bis* ord. pen. per l'accesso alla detenzione domiciliare da parte delle madri di figli infradecenni: «Non è dunque la protezione della maternità *ex se* ad avere un peso decisivo nelle argomentazioni della Corte quanto piuttosto la continuità delle cure e dell'assistenza da parte della genitrice detenuta laddove la loro interruzione rischi di impattare negativamente sul benessere del figlio».

⁷ La differenza rispetto alla disciplina delle altre misure è chiara. La necessità dell'accertamento dell'inizio di un percorso rieducativo, ai fini della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, è messa in luce da Cass. pen., sez. V, 8 settembre 2015, n. 36833, in *De Jure*; Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 1998, n. 688, ivi, che hanno fatto opportunamente leva sul dettato del secondo comma dell'art. 47, a cui fanno richiamo anche il comma 3 e il comma 3 *bis*, in cui la concessione della misura è stata subordinata ai risultati dell'osservazione della personalità e alla prognosi che la stessa misura possa contribuire alla rieducazione del reo e alla prevenzione del pericolo di recidiva. Su questa linea si pone, ancora più espressamente, il dettato dell'art. 50 ord. pen., in ordine alla concessione della semilibertà, per la quale il quarto comma richiede generalmente la prova dei progressi compiuti nel corso del trattamento e le condizioni per un graduale reinserimento in società, mentre il sesto comma, con riferimento alla semilibertà per pene detentive brevi, prescrive la dimostrazione della volontà di reinserimento sociale del condannato. Per la liberazione condizionale, *ex art.* 176 c.p., è invece richiesta la prova del suo sicuro ravvedimento.

⁸ Per quanto riguarda l'affidamento in prova al servizio sociale, le prescrizioni dirette a scopi rieducativi sono quelle di cui ai commi 5 e 7 dell'art. 47. Per la semilibertà, il punto di riferimento normativo per il programma trattamento a valenza rieducativa è l'art. 101, comma 2, del regolamento ord. pen. (d.p.r. n. 230 del 30 giugno 2000).

sociale delle minoranze e dei soggetti più fragili, finalizzato a garantire che la legge tratti in modo uguale situazioni uguali ed in modo diverso situazioni ragionevolmente diverse, purché queste ultime – come avviene nel caso della misura alternativa in esame – riguardino categorie di soggetti e non singole persone⁹.

È pur vero, tuttavia, che la rigida predeterminazione delle categorie di condannati che possono avere accesso a questa misura alternativa finisce per escludere *a priori* dal suo campo applicativo certi soggetti particolarmente vulnerabili che, pur privi dei requisiti soggettivi richiesti, potrebbero comunque meritare una specifica considerazione a fini umanitari. Non a caso, proprio la necessità di tenere conto di specifiche situazioni di vulnerabilità non espressamente menzionate nell'art. 47-ter, ha portato a un progressivo ampliamento delle categorie soggettive originariamente previste, sia per mano del legislatore sia per mano della Corte costituzionale.

In primo luogo, la legge n. 296 del 12 agosto 1993 e la successiva legge n. 165/1998, hanno innalzato il limite massimo di età della prole della donna destinataria della detenzione domiciliare, facendolo passare prima da tre a cinque anni e poi da cinque a dieci anni. La stessa legge n. 165/1998, tenendo conto di quanto affermato dalla [sentenza costituzionale n. 215/1990](#)¹⁰, ha poi incluso la figura del padre di prole infradecenne tra le categorie soggettive destinatarie della misura, così abbattendo la discriminazione rispetto alla già menzionata figura materna, fatto salvo il profilo differenziale connesso alla necessità che il padre possa beneficiare della detenzione domiciliare soltanto a fronte del decesso della madre o dell'accertamento che la stessa sia impossibilitata ad accudire la prole, e sempre che l'uomo non abbia perso la potestà genitoriale, per esempio a causa di una pena interdittiva applicata con la condanna.

La Corte costituzionale, con le [sentenze additive n. 350/2003](#)¹¹ e [n. 18/2020](#)¹², ha poi enucleato le ulteriori categorie soggettive della condannata madre o del condannato padre (quest'ultimo alle stesse condizioni stabilite nell'art. 47-ter, comma 1, lett. b)) di un figlio disabile portatore di handicap totalmente invalidante, a prescindere dall'età dello stesso, includendole tra le categorie destinatarie della detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter, comma 1, e di quella speciale di cui all'art. 47-quinquies, comma 1¹³. E ciò perché la loro mancata menzione nel corpo di ciascuna delle due norme avrebbe determinato, da una parte, una disparità di trattamento tra «situazioni familiari analoghe ed equiparabili fra loro», ossia quella della madre di un figlio incapace in quanto infradecenne e quella della madre di un figlio non in grado di provvedere alle sue più elementari esigenze, in quanto disabile, e pertanto bisognoso dell'assistenza materna alla stregua di un bambino di età inferiore ai dieci anni (principio di eguaglianza in senso formale), e, dall'altra, una violazione dell'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno

⁹ Si veda [Corte cost., 3 novembre 2000, n. 461](#). Nella dottrina italiana, v. F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all'uguaglianza. Studio di una casistica: io minori e i nuovi media*, in [Rivista AIC](#), marzo 2014, 2. Nella dottrina straniera, sul tema delle speciali misure di protezione di soggetti vulnerabili e della loro compatibilità con il principio di non discriminazione, si vedano N. LERNER, *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Sijthoff & Noordhoff, 1980, 28; B.G. RAMCHARAN, *Equality and Nondiscrimination*, in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, 1981, 259 ss.; A.F. BAYEFSKY, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n. 1-2, 1990, 23 ss.

¹⁰ [Corte cost., 13 aprile 1990, n. 215](#).

¹¹ [Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350](#), con nota di F. MUZZO, *La Corte costituzionale estende i confini della detenzione domiciliare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 699 ss.

¹² [Corte cost., 14 febbraio 2020, n. 18](#), con commento di G. LEO, *La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, in [Sistema Penale](#), 17 febbraio 2020, e di A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole*, cit., 632 ss.

¹³ Si veda L. CESARIS, *La detenzione domiciliare si conferma strumento di tutela di beni costituzionalmente protetti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1121 ss.

sviluppo della personalità dell'individuo totalmente handicappato (principio di eguaglianza in senso sostanziale)¹⁴.

Un ulteriore ampliamento della cerchia dei destinatari della detenzione domiciliare – specificamente di quella “surrogatoria” – si è avuto con la [sentenza costituzionale n. 99/2019](#)¹⁵, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. pen., nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di pena espianda (quattro anni) di cui al comma 1 dello stesso art. 47-ter. Si è così giunti a un'equiparazione, in ossequio al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) – oltre che nel rispetto del diritto alla salute del condannato (art. 32) e di quello a non subire trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3, e art. 3 CEDU, parametro interposto tramite l'art. 117 Cost.) –, tra i condannati affetti da infermità fisica, espressamente contemplati dagli artt. 146 e 147 c.p., ai quali fa rinvio lo stesso comma 1-ter dell'art. 47-ter, e quelli affetti da infermità psichica, i quali, prima della pronuncia, avrebbero soltanto potuto beneficiare delle misure alternative diverse dalla detenzione domiciliare “surrogatoria”, alle stesse condizioni degli altri condannati (salva la possibilità di trovare assistenza nel circuito penitenziario presso una delle articolazioni per la tutela della salute mentale eventualmente costituite *ex art. 65 ord. pen.*)¹⁶: difatti, «la malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica ed è appena il caso di ricordare che il diritto fondamentale alla salute *ex art. 32 Cost.*, di cui ogni persona è titolare, deve intendersi come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica, alla quale l'ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela [...], anche con adeguati mezzi per garantirne l'effettività»¹⁷.

Di fronte a questo ventaglio di nuove categorie soggettive meritevoli di accedere alla detenzione domiciliare umanitaria, ci si può legittimamente chiedere se non ve ne siano altre irragionevolmente escluse ed egualmente meritevoli di attenzione da parte del legislatore o della Consulta (si pensi, per esempio, alla madre o al padre del minore ultradecenne affetto da infermità fisica o mentale parziale). A prescindere da nuovi interventi additivi, si potrebbero superare le criticità connesse a eventuali lacune normative attraverso un mutamento di sistema, che conduca alla sostituzione del sistema delle categorie soggettive predeterminate dalla legge con una valutazione del giudice di sorveglianza da effettuarsi caso per caso, in modo tale da vagliare concretamente le specifiche condizioni di fragilità – diretta o riflessa – del condannato istante e da garantire una reale operatività del principio di eguaglianza nella disciplina di accesso alla detenzione domiciliare per ragioni umanitarie. Resta comunque innegabile l'importante funzione svolta da questo specifico istituto a valenza solidaristica, dietro cui si cela la presa d'atto che, in certi casi e a certe condizioni, il carcere possa essere sostituito da misure meno afflittive ma comunque limitative della libertà personale, anche a prescindere dall'avvio di un percorso di risocializzazione che potrebbe comunque essere garantito al detenuto presso il proprio domicilio tramite un'opportuna valorizzazione del servizio assistenziale degli uffici di esecuzione penale esterna (UEPE).

¹⁴ Si veda [Corte cost., n. 350/2003](#), cit., § 3.2; [Corte cost., n. 18/2020](#), cit., § 4, ove, per riallineare la disciplina della detenzione domiciliare speciale a quella della detenzione domiciliare umanitaria a favore della madre o del padre di un figlio infradecenne, è stata valorizzata anche la finalità comune dell'art. 47-quinquies e dell'art. 47-ter, comma 1, a) e b), «incentrata sulla tutela di un soggetto debole, peraltro estraneo alle vicende che hanno portato alla condanna».

¹⁵ [Corte cost., 19 aprile 2019, n. 99](#), con nota di G. SPINELLI, *L'inderogabilità e la tutela del diritto alla salute (anche) mentale del soggetto detenuto: la sentenza Corte cost. n. 99/2019*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2019, 4, 115 ss.

¹⁶ Tuttavia, come nota G. SPINELLI, *ivi*, 125, l'equiparazione a cui è pervenuta la sentenza costituzionale è soltanto apparente, continuando a essere precluso, per il condannato affetto da infermità psichica sopravvenuta, l'istituto del differimento dell'esecuzione della pena *ex artt. 146 e 147 c.p.*, a differenza di quanto accade per il soggetto affetto da grave infermità fisica, che potrà, sussistendone i presupposti, beneficiare del medesimo differimento o, alternativamente, della detenzione domiciliare (scelta che ricadrà sul Tribunale di sorveglianza, che terrà conto del grado di pericolosità sussistente in capo al condannato per scegliere se differire la pena, lasciando frattanto il condannato libero, o se applicare la detenzione domiciliare, con le sue connesse restrizioni).

¹⁷ [Corte cost., n. 99/2019](#), cit., § 4.1.

2. La detenzione domiciliare come misura alternativa carente di contenuti rieducativi.

Si è rilevato come la detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter e all'art. 47-quinquies – che consente al condannato di abbandonare l'angusto ambiente carcerario, al contempo abbattendo i costi a carico dell'amministrazione penitenziaria e rispondendo anche a intenti deflativi – si differenzi dal resto delle misure alternative alla detenzione, poiché appare estranea alle linee direttrici della funzione rieducativa della pena, segnate dal legislatore nella costruzione del sistema dell'esecuzione penale extramuraria. Si tratta del principale punto debole dell'istituto «che appare scarno di contenuti rieducativi, carente di interventi di sostegno, spoglio di occasioni di risocializzazione»¹⁸.

La mancanza di indicazioni normative in ordine sia ai requisiti soggettivi di merito che il reo dovrebbe *ex ante* presentare per beneficiare della misura, sia agli specifici strumenti di risocializzazione da attuare *ex post* nel contesto applicativo della stessa, ha portato parte della dottrina a tentare di ovviare in via interpretativa alle lacune lasciate dal legislatore, cercando di rinvenire nelle sparse disposizioni in materia le tracce di uno scopo rieducativo tale da riallineare la disciplina della detenzione domiciliare a quella delle altre misure penali di comunità.

In tale direzione, sotto il primo profilo, si è sottolineato come la *littera legis* sia univoca nel prevedere che il Tribunale di sorveglianza *possa*, e non debba, concedere il beneficio, nelle sue diverse accezioni delineate dai primi quattro commi: la discrezionalità così attribuita all'organo giudiziario starebbe a indicare che l'accesso alla misura della detenzione domiciliare non risulti automatico sulla base della presenza delle condizioni formali, oggettive e soggettive, richieste dalle norme, ma debba comunque sottostare ai requisiti di merito espressamente fissati per le altre misure alternative¹⁹, ricomprensivi sia della prova dell'inizio di un percorso rieducativo efficace sia di un giudizio prognostico in ordine all'assenza del pericolo di recidiva (quest'ultimo espressamente previsto per la detenzione domiciliare generica di cui al comma 1-bis e per la detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies*)²⁰. Sotto il secondo profilo, si è cercato di conferire enfasi alla previsione del quarto comma dell'art. 47-ter, in cui è stabilito che il tribunale di sorveglianza «*determina e impartisce altresì le disposizioni per gli interventi del servizio sociale*»²¹; nonché all'art. 72, comma 2, c), che prevede che gli Uffici EPE «*propongono all'autorità giudiziaria il programma di trattamento da applicare ai condannati che chiedono di essere ammessi all'affidamento in prova e*

¹⁸ S. CARNEVALE, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata – La detenzione domiciliare: profili generali*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2021, 187. In questa direzione, si veda M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in A. BERNARDI – M. VENTUROLI, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena nell'esperienza comparata*, Giuffrè, Milano, 2018, 251.

¹⁹ Cfr. G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 246-247.

²⁰ Così [Corte cost., 12 giugno 2009, n. 177](#), § 5, secondo cui deve «ricorrere, anche nelle ipotesi di cui all'art. 47-ter, il presupposto dell'assenza del pericolo di recidiva, escludendo qualsiasi automatismo nella concessione della predetta misura, sul rilievo che la *ratio* comune a tutte le misure alternative alla detenzione – anche quando sono ammissibili perché rientranti negli specifici limiti previsti per ciascuna di esse – è quella di favorire il recupero del condannato e di prevenire la commissione di nuovi reati». Conf. [Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239](#), § 10. In tal senso, già nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. I, 24 ottobre 1996, n. 5523, in [De Jure](#); Cass. pen., sez. I, 4 novembre 1992, n. 4520, *ivi*. In dottrina, così A. MENGHINI, *sub Art 47-ter*, in F. Fiorentin – F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, cit., 611. Si veda *infra*, nota 57.

²¹ Così G. PIERONI, *Il servizio sociale per adulti e il sistema Giustizia. Gli assistenti sociali fra mandato istituzionale e professionale*, in G. Pieroni – S. Rollino (a cura di), *L'esecuzione penale esterna e la messa alla prova degli adulti*, Pacini ed., Pisa, 2018, 92.

alla detenzione domiciliare»²². Si è poi evidenziato che la pena da considerarsi scontata per beneficiare degli sconti di pena residua connessi all'istituto della liberazione anticipata, ricomprende anche quella espiata in regime di detenzione domiciliare, per espressa previsione dell'art. 54, primo comma, ultima parte, e che pertanto la «*prova di partecipazione all'opera di rieducazione*», condizione necessaria all'operatività dello scomputo, debba necessariamente essere riferibile anche al periodo trascorso in detenzione domiciliare²³.

Tutti i menzionati appigli normativi, per quanto suggestivi, paiono piuttosto generici e insufficienti a fondare un obbligo per il condannato di osservare prescrizioni di carattere positivo nel contesto della sua permanenza domiciliare, similari a quelle esplicitamente previste per l'affidamento in prova al servizio sociale²⁴. Inoltre, se si intendesse ricorrere all'estensione analogica dei dettami dell'art. 47 per rinfoltire i presupposti e i contenuti della misura di cui all'art. 47-ter, che sul punto si mostra lacunosa, si andrebbe incontro a una violazione del principio di legalità delle pene²⁵; principio che, sulla base di quanto statuito dalla Corte di Strasburgo nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*²⁶ e di quanto recepito dalla nostra Corte costituzionale con la [sentenza n. 32/2020](#)²⁷, non può che valere anche in relazione alla detenzione domiciliare, in quanto misura alternativa la cui concessione incide sulla natura della pena detentiva, dovendosi quindi considerare afferente alla materia penale.

Sulla base dei predetti rilievi, pare innegabile che la detenzione domiciliare mantenga intatti i suoi tratti di strumento a valenza prevalentemente umanitaria, ma estremamente carente sul piano rieducativo. Questa sua peculiare dimensione, che lo rende un *unicum* nell'universo delle misure alternative alla detenzione, da una parte, giustifica le preclusioni soggettive che ne hanno circoscritto il campo applicativo, e, dall'altra, riafferma la necessità di considerare le istanze protezionistiche a essa sottese come preminenti sulle dinamiche securitarie che nell'ultimo trentennio hanno costellato la normativa penitenziaria. Si tratta, come è chiaro, di due tendenze nettamente opposte che hanno più volte necessitato dell'opera di bilanciamento della Corte costituzionale.

3. Il regime penitenziario diversificato in malam partem: l'art. 4-bis ord. pen. e la condanna aggravata dalla recidiva.

²² Così, in relazione anche all'eventuale previsione dell'attività lavorativa con finalità risocializzanti, In tal senso, si vedano P. COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1, 203 ss. Sul punto, si vedano M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, 329-330, che prendono una posizione intermedia, rilevando, da una parte, che il programma di trattamento da applicare al condannato beneficiario della detenzione domiciliare dovrebbe contenere prioritariamente prescrizioni di carattere negativo (*non facere*), e, dall'altra parte, che la competenza degli Uffici EPE anche in relazione a questo istituto sia in grado di supportare la presenza di prescrizioni di carattere positivo a contenuto rieducativo. Contraria all'imposizione di prescrizioni di contenuto positivo (*facere*) nell'ambito della detenzione domiciliare umanitaria, è L. CESARIS, *Sub art. 47-ter*, in F. Della Casa – G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, Padova, 2019 682.

²³ In tal senso, cfr. [Corte cost., 6 giugno 1989, n. 327](#).

²⁴ Cfr. S. CARNEVALE, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata – La detenzione domiciliare: profili generali*, cit., 172, che, in particolare, considera la previsione dell'art. 47-ter, comma 4, «assai generica se raffrontata a con quelle dedicate all'affidamento in prova».

²⁵ In questo senso, con riferimento ai tentativi di ampliare il contenuto delle prescrizioni espresse formulate dai commi 5, 6 e 7 dell'art. 47 ord. pen., si veda M. COPPETTA, *sub art. 47*, in F. Fiorentin – F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, cit., 591-592. Similarmente, in relazione alle prescrizioni inerenti alla sospensione del processo con messa alla prova, si veda G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale web*, 2015, 1, 23.

²⁶ Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/2009, su cui si veda il commento di F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 30 ottobre 2013.

²⁷ [Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32](#), su cui si veda il commento di V. MANES – F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in [Sistema Penale](#), 23 marzo 2020, 22 ss.

A questa prima tendenza libertaria del legislatore, ne è seguita un'altra diametralmente opposta, di ispirazione securitaria, tendente a tracciare un regime penitenziario differenziato *in malam partem* a carico di condannati presuntivamente pericolosi, in quanto giudicati colpevoli di determinati reati ritenuti dal legislatore di particolare allarme sociale²⁸.

Si tratta del regime ostativo previsto dall'art. 4-*bis* ord. pen., introdotto dall'art. 1 del d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, poi convertito, con modificazioni, nella legge n. 203 del 12 luglio 1991, e declinato attraverso una distinzione in tre fasce di delitti, per ciascuna delle quali è stata prevista una specifica condizione il cui rispetto risulta essenziale per la concessione dei benefici penitenziari extramurari, ricomprensivi sia delle misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI del Titolo I della legge sull'ordinamento penitenziario – inclusa la detenzione domiciliare umanitaria, tranne quella di cui all'art. 47-*quater*²⁹ – sia dei permessi premio e del lavoro all'esterno. Resta ferma, inoltre, la necessità dell'accertamento giudiziale dei requisiti formali e dei requisiti di merito indicati dalle norme che regolano l'applicazione di ciascun beneficio extramurario. Questa disciplina – non a caso chiamata “doppio binario penitenziario” – segna la differenza rispetto al normale regime penitenziario stabilito per i soggetti autori di delitti diversi da quelli previsti dall'art. 4-*bis*, i quali non devono rispettare altre condizioni che quelle generalmente connesse alle prescrizioni di legge relative al beneficio extramurario richiesto, fondamentalmente impiegate sull'evoluzione della loro personalità e sui progressi effettivamente dimostrati nel percorso di rieducazione intrapreso successivamente alla condanna (ovvero, con specifico riguardo alla detenzione domiciliare umanitaria, sui presupposti indicati negli artt. 47-*ter* e 47-*quinquies* ord. pen.).

Per i condannati per uno dei delitti tassativamente indicati nel primo comma dell'art. 4-*bis* (prima fascia), l'accesso ai predetti istituti è stato subordinato alla collaborazione con la giustizia, che l'art. 58-*ter* ord. pen. definisce attraverso il riferimento a «coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati».

Tuttavia, la riforma introdotta dal d.l. 22 ottobre 2022, n. 162, ha previsto che, anche senza la collaborazione con la giustizia, l'accesso ai benefici possa essere concesso se: il condannato dimostri l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento; lo stesso condannato alleggi elementi probatori specifici che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti³⁰; il Tribunale di sorveglianza accerti la sussistenza di

²⁸ Si veda F. SIRACUSANO, *Cronaca di una morte annunciata: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della “riforma tradita”*, in [Archivio penale](#), 2019, n. 3, 5.

²⁹ L'art. 47-*quater*, comma 9, stabilisce infatti che «Ai fini del presente articolo non si applica il divieto di concessione dei benefici previsto dall'articolo 4-*bis*, fermi restando gli accertamenti previsti dai commi 2, 2-*bis* e 3 dello stesso articolo».

³⁰ Riguardo alla differente modulazione di questa seconda condizione in relazione alle due diverse categorie di delitti indicati nell'art. 4-*bis*, comma 1 (delitti connessi alla criminalità organizzata e delitti non connessi a essa), si veda *infra*, nota 46.

iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa (commi 1-*bis* e 1-*bis.1*)³¹.

Per i delitti di cui al comma 1-*ter*, (seconda fascia), il superamento dell'ostatività può aversi a condizione che non vi siano elementi che facciano ritenere sussistenti collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica ed eversiva.

Le preclusioni per i delitti di cui al comma 1-*quater* (terza fascia), invece, possono essere scardinate sulla base dell'esito dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno in istituto, richiedendosi inoltre, quando i delitti siano commessi in danno di persone minorenni, la positiva valutazione della partecipazione del condannato al trattamento psicologico con finalità di recupero e sostegno di cui all'art. 13-*bis* ord. pen. (comma 1-*quinquies*)

Ulteriori effetti legati alla condanna per queste specifiche categorie di reati concernono la presenza di preclusioni assolute per l'accesso ad alcune misure alternative³²; assolute poiché non superabili nemmeno attraverso il rispetto delle condizioni ostative previste per ciascuna delle tre fasce criminose disegnate dalla norma. Per quanto specificamente concerne la detenzione domiciliare umanitaria, la condanna per uno qualunque dei delitti ricompresi nelle tre fasce di ostatività, infatti, preclude la concessione della detenzione domiciliare per condannati ultrasettantenni di cui all'art. 47-*ter*, comma 01, e costituiva altresì un ostacolo insormontabile, secondo l'originaria stesura dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis* (su cui poi è intervenuta la censura della Corte costituzionale³³), per l'accesso alla forma di detenzione domiciliare speciale "anticipata" ivi prevista.

La condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, inoltre, impedisce in via assoluta la concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno, delle misure alternative alla detenzione (ivi compresa la detenzione domiciliare umanitaria), comportandone l'eventuale revoca, nel caso in cui il condannato sia sottoposto a procedimento o sia stato ulteriormente condannato «*per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a titolo di evasione ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione*» (art. 58-*quater*, comma 5).

³¹ Prima della riforma del 2022, il comma 1-*bis* stabiliva che l'accesso ai summenzionati benefici extramurari poteva essere concesso anche quando la collaborazione con la giustizia fosse impossibile, per la limitata partecipazione al fatto criminoso o per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, od oggettivamente irrilevante, nei casi in cui al condannato o all'internato fosse stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, n. 6), c.p.; in entrambe le ipotesi, si richiedeva la prova dell'assenza di collegamenti attuali del condannato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Lo standard probatorio richiesto dal previgente comma 1-*bis*, meno gravoso di quello previsto dalla sentenza della [Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253](#), per la fruibilità dei permessi premio da parte dei condannati per delitti di prima fascia, volontariamente non collaboranti (per cui è stata richiesta anche la prova dell'assenza del pericolo di ripristinare i predetti collegamenti), era stato salvato dalla Corte costituzionale con [sentenza del 25 gennaio 2022, n. 20](#), in cui si è rimarcata la ragionevole differenza della disciplina riservata al silente "per scelta" e al silente "suo malgrado". Si veda il commento di S. BERNARDI, *La disciplina della collaborazione impossibile supera il vaglio della Consulta: legittima la previsione di uno standard probatorio diverso da quello richiesto per chi non collabori "per scelta"*, in [Sistema Penale](#), 2 febbraio 2022.

³² Oltre alle preclusioni assolute concernenti la concessione della detenzione domiciliare umanitaria, su cui ci si sofferma sopra, la condanna per uno dei delitti ricompresi nelle tre fasce di ostatività stabilite nell'art. 4-*bis*, impedisce la concessione della detenzione domiciliare generica di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, nonché l'esecuzione presso il proprio domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, ex art. 1, comma 2, lett. a) della legge n. 199 del 26 novembre 2010. Preclude, inoltre, la sospensione dell'esecuzione della pena, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 656, comma 9, a) c.p.p. (ma [Corte cost., 28 aprile 2017, n. 90](#), ha dichiarato incostituzionale la norma nella parte in cui non consentiva l'operatività dell'istituto processuale nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi elencati). La condanna per uno dei delitti di prima fascia, infine, impedisce la concessione della semilibertà "surrogatoria" dell'affidamento in prova al servizio sociale, in base all'art. 50, comma 2, ultima parte.

³³ [Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76](#), per cui si veda *infra*, § 5.

Infine, il regime penitenziario differenziato previsto per gli autori dei delitti menzionati nell'art. 4-*bis*, comporta l'imposizione di termini più lunghi per l'accesso ad alcuni benefici penitenziari extramurari e misure alternative alla detenzione³⁴.

Ferma la discutibilità delle norme che contengono un divieto assoluto di concessione di certi benefici extramurari a condannati per delitti ostativi di prima, seconda e terza fascia, in quanto fondate su una presunzione di pericolosità assoluta, ossia insuscettibile di prova contraria, pur in assenza di una base nomologica o esperienziale sufficientemente forte da accomunare ragionevolmente tutte le figure di condannato coinvolte nell'automatismo³⁵, la previsione del "doppio binario" penitenziario all'interno dell'art. 4-*bis* potrebbe ritenersi compatibile con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza se si basi su dati criminologici in grado di giustificare il regime penitenziario differenziato e se offra al condannato il diritto di scardinare la presunzione di pericolosità con la prova del proprio percorso di ravvedimento. Quest'ultimo requisito parrebbe *prima facie* rispettato grazie alla previsione legislativa delle condizioni ostative stabilite nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis*, la cui realizzazione consentirebbe al condannato di superare le preclusioni ivi previste, sebbene attraverso parametri rigidamente prefissati dal legislatore.

La condizione ostativa della collaborazione con la giustizia, prevista dal primo comma dell'art. 4-*bis*, appare particolarmente problematica e foriera di possibili discriminazioni rispetto a quelle stabilite dai commi 1-*ter* e 1-*quater*. Le condizioni stabilite per i delitti di seconda e terza fascia, infatti, richiedono al condannato non una condotta attiva, *stricto sensu* intesa, ma soltanto l'avvio di un percorso di ravvedimento desumibile da una recisione, o comunque dall'insussistenza, di legami con il crimine organizzato, terroristico o eversivo (a sua volta desumibile dalla mancanza di prova contraria da parte dell'accusa³⁶), ovvero da una revisione critica del suo passato deviante³⁷, in modo

³⁴ In relazione ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* ed 1-*quater*, va menzionata l'imposizione di più lunghi termini di espiazione di pena per accedere ai permessi premio (ai sensi dell'art. 30 *ter*, comma 4, lett. c), ord. pen., occorre l'espiazione di almeno metà della pena, e comunque non oltre dieci anni), al lavoro all'esterno (secondo l'art. 21, comma 1, ord. pen., solo dopo la previa espiazione di almeno un terzo della pena, e comunque non oltre cinque anni), alla semilibertà per pene di lunga durata (*ex art.* 50, comma 2, prima parte, solo dopo l'espiazione dei due terzi della pena) e alla liberazione condizionale (in base all'art. 2, comma 2, del d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, solo dopo l'esecuzione di almeno due terzi della pena temporanea, oppure, se si tratti di condannato all'ergastolo per uno dei delitti ostativi di cui all'art. 4-*bis*, primo comma, di trent'anni di pena). Queste limitazioni temporali sono superabili – così riportando il *quantum* di pena da espiaire a quello ordinariamente previsto per i condannati per delitti non ostativi – soltanto attraverso la collaborazione con la giustizia, *ex art.* 58-*ter*, anche qualora si tratti di condannati per delitti di seconda o di terza fascia. Tuttavia, l'art. 16-*novies* del d.l. n. 8/1991, stabilisce che il condannato per uno dei delitti ostativi di cui all'art. 4-*bis*, primo comma, se collabori con la giustizia, potrà fruire della liberazione condizionale dopo l'espiazione di un quarto della pena temporanea, o, se si tratti di condanna all'ergastolo, dopo l'espiazione di dieci anni di pena detentiva (su questo profilo di disequaglianza rispetto al limite di trent'anni applicabile per l'accesso alla liberazione condizionale del condannato all'ergastolo ostativo di prima fascia non collaborante, qualora si provi che abbia comunque rescisso ogni legame con la criminalità organizzata, si veda E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in *Sistema Penale*, 7 novembre 2022, 7). Secondo la medesima logica parzialmente preclusiva, tale condanna comporta, inoltre, che l'affidamento in prova in casi particolari, di cui all'art. 94 del d.p.r. n. 309/1990, possa essere concesso solo in caso di pena residua espiaanda non superiore a quattro anni, anziché a sei.

³⁵ Si veda [Corte cost., 31 luglio 2020, n. 191](#), §§ 2.6, 4.1; [23 luglio 2015, n. 185](#), § 9.2; [23 luglio 2013, n. 232](#), § 4; [18 luglio 2013, n. 213](#), § 4; [12 maggio 2011, 164](#), § 5.2; [16 aprile 2010, n. 139](#), § 4: «Le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, è stato posto in rilievo che l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa». Si veda S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, 1, 22 ss.

³⁶ Si veda F.P.C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 440; ID., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1264.

³⁷ Secondo A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 959, la necessità dell'osservazione scientifica della personalità per i condannati per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, darebbe «per sussistente una condizione psicologica-criminogena e degli impulsi devianti del soggetto che meritano una peculiare attenzione».

spontaneo o come conseguenza della precedente adesione ai programmi di trattamento intramurario. Invece, la collaborazione con la giustizia esige, a norma dell'art. 58-ter della legge, un tangibile apporto del condannato, diretto a evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero la prestazione di un concreto aiuto all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati; contributo non sempre agevolmente concedibile, trattandosi di un «*un onere di collaborazione, che può richiedere la denuncia a carico di terzi, comportare pericoli per i propri cari, e rischiare altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati*»³⁸.

Inoltre, se da una parte, la mancanza di collaborazione non è «indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale, tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa»³⁹, d'altra parte, l'eventuale condotta collaborativa del reo non risulterebbe necessariamente espressione di un suo reale ravvedimento, fondandosi più probabilmente su motivi opportunistici⁴⁰: tali rilievi dimostrano come i benefici sottesi alla sua realizzazione siano in realtà collocabili sul solco di un intervento puramente premiale del legislatore, intento a perseguire obiettivi di efficienza delle indagini e dei processi⁴¹, impropriamente incanalandoli nella costruzione degli scopi della pena, e in particolare di quelli rieducativi⁴².

Un'ulteriore criticità collegata all'art. 4-bis, comma 1 – in questo caso connessa alla necessità di rinvenire dati criminologici in grado di fondare le presunzioni di pericolosità formulate nella norma – attiene al progressivo inserimento, all'interno di questa categoria, di reati che si allontanano da quella finalità di tutela della sicurezza pubblica che aveva inizialmente guidato la rigoristica opera legislativa e che aveva conseguentemente coinvolto fattispecie direttamente legate al crimine organizzato (non a caso, la norma era stata introdotta successivamente alle stragi di mafia dei primi anni '90 del secolo scorso)⁴³. Con il trascorrere del tempo, la norma ha difatti assunto la foggia di un grimaldello per la lotta a fenomeni criminali di più ampio respiro, solo eventualmente riconducibili a realtà associative, ma comunque percepiti come particolarmente allarmanti dalla società⁴⁴, secondo una logica populista culminata con l'inclusione dei più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ad opera della legge n. 3 del 9 gennaio 2019⁴⁵. L'ampliamento della cerchia dei detenuti soggetti alla condizione ostativa di prima fascia ha così finito per rendere meno omogeneo, e più discriminatorio, l'elenco dei reati fondanti la presunzione di pericolosità che impedirebbe al reo di accedere ai benefici extramurari alle stesse condizioni generalmente previste per gli altri condannati.

Alla suddetta ingiustificata equiparazione ha cercato di porre rimedio il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, che, pur avendo stabilito condizioni alternative alla collaborazione con la giustizia diversificate in base al titolo di reato⁴⁶, ai sensi dei commi 1-bis e 1-bis.1 dell'art. 4-bis, ha sostanzialmente

³⁸ [Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97.](#)

³⁹ [Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306](#), § 13.

⁴⁰ In tal senso, si veda Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, ric. n. 77633/16, § 119.

⁴¹ Così P. COMUCCI, *Misure alternative alla detenzione: evoluzione o involuzione?* in R. Bianchetti (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena – Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, Maggioli, 2015, e in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 marzo 2015, 28.

⁴² Così già [Corte cost., n. 306/1993](#), cit., § 13.

⁴³ Si veda [Corte cost., 20 luglio 2001, n. 273](#)

⁴⁴ Si vedano, sul punto, le riflessioni di E. AMATI, *L'enigma penale*, Giappichelli, Torino, 2020, 271-272.

⁴⁵ Sul punto, si vedano le critiche di V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2019, 2, 118 ss.

⁴⁶ Il d.l. n. 162/2022 ha formulato una duplice distinzione all'interno della gamma dei delitti indicati nell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen., con riferimento all'accesso ai benefici extramurari in assenza della collaborazione con la giustizia. In tal senso, da una parte, il decreto legge ha dedicato il comma 1-bis ai delitti tipicamente connessi al crimine organizzato, e, dall'altra, ha dedicato il comma 1-bis.1 agli altri delitti previsti nell'art. 4-bis comma 1: delitti contro la pubblica amministrazione, riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di esseri umani, acquisto e alienazione di schiavi, induzione e favoreggiamento della prostituzione minorile, pornografia minorile, violenza sessuale di gruppo, sequestro a fini di estorsione. Per questa seconda categoria di delitti, il nuovo comma 1-bis.1 dell'art. 4-bis ord. pen. ha

confermato che la condotta collaborativa rappresenta la condizione richiesta in via prioritaria a tutti i condannati per i delitti di prima fascia, ai fini dell'ottenimento dei benefici extramurari. Un cambio di rotta persino più decisivo, poi, si rinviene nel Disegno di legge di conversione, con emendamenti, del d.l. n. 162/2022 (d.d.l. A.S. 274), approvato in prima lettura dal Senato il 13 dicembre 2022, che ha previsto l'espunzione delle fattispecie contro la pubblica amministrazione dal novero dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, comma 1, conseguentemente eliminando il riferimento agli stessi anche nel comma 1-*bis*.1.

Ancora più nettamente sul piano della lotta al criminale presuntivamente pericoloso, piuttosto che al crimine realmente in grado di minacciare la sicurezza pubblica, si è collocata la legge ex Cirielli del 2005, che ha opposto una serie di ostacoli al condannato con l'aggravante della recidiva⁴⁷ – soprattutto quando si tratti della recidiva reiterata *ex art.* 99, comma 4, c.p. – in ordine all'*an*, al *quando* e al *quotiens* potere beneficiare di certi benefici extramurari⁴⁸. Con particolare riguardo alle misure qui in esame, la speciale forma di detenzione domiciliare umanitaria per ultrasettantenni prevista dal comma 01 (introdotto dalla stessa legge n. 251/2005) era preclusa al soggetto condannato per qualunque forma di recidiva; la condanna aggravata dall'art. 99, comma 4, c.p., avrebbe comportato la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare umanitaria di cui al primo comma dell'art. 47-*ter* soltanto in presenza di una pena detentiva residua non superiore a tre anni, anziché a ai quattro generalmente previsti (comma 1.1.); inoltre, il recidivo reiterato avrebbe potuto beneficiare per una sola volta della detenzione domiciliare, oltre che dell'affidamento in prova e della semilibertà (art. 58-*quater*, comma 7-*bis*).

La Corte costituzionale⁴⁹ e il legislatore⁵⁰ hanno successivamente rimediato alle preclusioni previste dai commi 01 e 1.1., ma è rimasto in vigore l'ulteriore limite imposto dalla legge n. 251/2005 con l'introduzione del comma 7-*bis* nel corpo dell'art. 58-*quater*.

previsto condizioni simili (alternative alla collaborazione con la giustizia) a quelle previste per i delitti connessi alla criminalità organizzata, ma opportunamente rimodulate tenendo conto della mancanza di un'organizzazione criminosa di cui il condannato faccia parte. In particolare, il comma 1-*bis*.1 si riferisce esclusivamente ai "collegamenti" con il "contesto nel quale il reato è stato commesso" e richiede la prova della mancanza di attualità di tali collegamenti ma non anche dell'assenza del pericolo del loro ripristino. Si veda E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, cit., 4-5.

⁴⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, 1, 32, che sostiene che la legge n. 251/2005 stringe «con occhiuta determinazione il cappio sanzionatorio intorno al collo del recidivo».

⁴⁸ In tal senso, l'art. 30-*quater* ord. pen., introdotto dalla legge Cirielli, ha imposto al recidivo reiterato l'espiazione di termini di pena più lunghi di quelli ordinariamente previsti per gli altri condannati, al fine di ottenere la concessione dei permessi premio. La norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, da [Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257](#), nella parte in cui non prevede che il permesso premio possa essere concesso sulla base dei requisiti prescritti dalla legge previgente, nei confronti del condannato che, prima dell'entrata in vigore della norma, abbia raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio extramurario *de quo*, in base al principio di non regressione trattamentale, fondato sull'art. 27, comma 3, Cost. Il condannato con l'aggravante della recidiva reiterata non avrebbe potuto beneficiare della sospensione dell'esecuzione della pena, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 656, comma 9, c), c.p.p., prima dell'intervento abrogativo del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 94. Il medesimo provvedimento normativo ha fatto venire meno la preclusione relativa, prevista dall'art. 50-*bis*, che imponeva al recidivo reiterato termini più lunghi di espiazione di pena prima di potere beneficiare della semilibertà. Inoltre, la detenzione domiciliare generica di cui al comma 1-*bis* non avrebbe potuto essere concessa al recidivo reiterato, fino a quando la limitazione non è stata abrogata dal d.l. n. 78/2013, cit. Resta in vigore la preclusione formulata nell'art. 58-*quater* ord. pen., comma 7-*bis*, secondo cui «L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale». Sulla norma è poi intervenuta Corte cost., [16 marzo 2007, n. 79](#), che l'ha dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede che i benefici extramurari ivi indicati «possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti».

⁴⁹ [Corte cost., 31 marzo 2021, n. 56](#).

⁵⁰ Il citato d.l. n. 78/2013 ha abrogato totalmente il comma 1.1.

In conclusione, sembra innegabile che il principio di eguaglianza subisca un *vulnus* in seguito alla sottoposizione delle misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI del Titolo I ord. pen. ai vincoli e alle preclusioni previsti dall'art. 4-bis e dalla legge ex Cirielli, trascurando la diversità teleologica tra quelle che hanno come finalità il reinserimento sociale del condannato, e la specifica misura della detenzione domiciliare umanitaria, che è precipuamente diretta a tutelare particolari categorie di soggetti vulnerabili, a prescindere dall'avvio di un percorso di ravvedimento e risocializzazione da parte del condannato oltre che dall'indagine sulla perseguibilità di scopi rieducativi mediante l'esecuzione di tale misura⁵¹.

Come vedremo nel prosieguo, grazie ai ripetuti interventi della Consulta, molte delle profilate incongruenze sono venute meno in relazione a determinate categorie di condannati destinatari della detenzione domiciliare umanitaria, lasciando comunque permanere diversi dubbi circa la legittimità costituzionale delle perduranti preclusioni a carico delle restanti categorie non investite dalle pronunce.

4. *La presunzione di pericolosità ex art. 4-bis, comma 1 e i limiti alla concessione della detenzione domiciliare nei confronti delle madri o dei padri di prole di età inferiore ai dieci anni: la [sentenza costituzionale n. 239/2014](#).*

Con la [sentenza n. 239/2014](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, legge o. p. nella parte in cui non esclude dai limiti di concessione *ivi* previsti, la misura della detenzione domiciliare speciale disciplinata dall'art. 47-*quinquies* nonché, in via consequenziale, la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, lettere a) e b)⁵².

Nella sua decisione, la Consulta ha anzitutto dichiarato di non condividere, «*nella sua assolutezza*», l'assunto del giudice rimettente secondo cui la detenzione domiciliare speciale sarebbe priva di contenuti rieducativi, e ha invece affermato che tale istituto partecipa «*della finalità di reinserimento sociale del condannato, costituente l'obiettivo comune di tutte le misure alternative alla detenzione*», facendo leva sia sulla necessità di provare l'assenza del pericolo di recidiva, sia sulla disciplina delle modalità di svolgimento della misura, in relazione all'intervento del servizio sociale (art. 47-*quinquies*, commi 3, 4 e 5, ord. pen.). Aggiustando il tiro di quanto appena prima affermato, la Corte ha poi tenuto a precisare come la detenzione domiciliare speciale costituisca un istituto eterogeneo rispetto alle altre misure alternative, sia per il fatto di fondarsi sulla protezione del rapporto tra madre e figlio, e dunque di coinvolgere gli interessi di un terzo (il minore) estraneo «*tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare*», sia per la finalità umanitaria perseguita attraverso la sua applicazione, che sovrasta l'obiettivo del ravvedimento ritenuto desumibile dalla collaborazione con la giustizia del condannato⁵³. Si tratta, dunque, di una misura che chiama in causa «*l'art. 3 Cost., in rapporto*

⁵¹ Sul punto, si vedano le considerazioni del giudice rimettente riprese nella [sentenza costituzionale n. 239/2014](#), cit., Ritenuto in fatto, § 1.

⁵² [Corte cost., n. 239/2014](#), cit. Per un primo commento, si veda F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 ottobre 2014.

⁵³ [Corte cost., n. 239/2014](#), cit., rileva, in tal senso, che «è indubbio che nell'economia dell'istituto assuma un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione» (§ 8); e che un conto è che la strategia di contrasto alla criminalità organizzata «venga perseguita tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari costruiti – com'è di norma – unicamente in chiave di progresso trattamentale del condannato, sbarramento rimuovibile tramite la condotta collaborativa; altro conto è che la preclusione investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico» (§ 9).

all'esigenza di un trattamento differenziato»⁵⁴ della condannata madre di prole infradecenne rispetto alle altre categorie di condannati, quand'anche destinatarie della detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter.

Tenuto conto che l'interesse del minore infradecenne alle cure materne o paterne potrebbe retrocedere soltanto di fronte a esigenze di difesa sociale concretamente affioranti – ossia laddove sia accertata la sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti, *ex art. 47-quinquies*, primo comma, ord. pen. – ma mai dinnanzi a indici presuntivi di pericolosità del condannato, la Consulta ha rilevato l'incostituzionalità della preclusione opposta dall'art. 4-bis, comma 1, all'accesso alla detenzione domiciliare speciale per le madri o i padri di figli infradecenni non collaboranti con la giustizia, per contrasto con il principio di eguaglianza e con i parametri costituzionali posti a tutela della famiglia (artt. 29, 30 e 31 Cost.). La Corte ha così ammesso che con l'assoggettamento della «*detenzione domiciliare speciale al regime "di rigore" sancito dall'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, il legislatore ha, dunque, accomunato fattispecie tra loro profondamente diversificate»⁵⁵: in tal senso, il modello di differenziazione per l'accesso al regime penitenziario extramurario previsto dall'art. 4-bis, anche se possa ritenersi ragionevole nella prospettiva della funzione rieducativa della pena, non sarebbe tale di fronte alla necessità di soddisfare le istanze a sfondo umanitario, come quella di tutelare lo sviluppo e la crescita dei figli infradecenni dei reclusi⁵⁶.*

L'estensione, in via consequenziale, della declaratoria di illegittimità anche alla preclusione riferibile alla concessione della detenzione domiciliare umanitaria nei confronti dei medesimi soggetti, *ex art. 47 ter*, comma 1, lett. a) e b) – ferma la rilevata necessità di accertare, anche in tale ipotesi, l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, pur non esplicitamente richiesto da quest'ultima norma⁵⁷ –, oltre a fondarsi formalmente sul dettato normativo dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è chiaramente frutto dell'applicazione del principio di eguaglianza: non sarebbe infatti ragionevole imporre un trattamento peggiore nei confronti dei condannati richiedenti una misura «*avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale*», ma presuntivamente meno pericolosi di coloro che possano beneficiare di quest'ultima (rispetto a cui non sono previsti limiti di pena residua, al punto che possono accedervi anche i condannati all'ergastolo), in quanto espianti pene detentive uguali o inferiori a quattro anni di reclusione.

Quello che emerge dal tenore della pronuncia, è che la tutela della condizione di vulnerabilità che contrassegna tipicamente il fanciullo, è in grado di superare le istanze di risocializzazione del condannato, ritenute sottese alla disciplina dell'art. 4-bis, comma 1, a conferma di come la detenzione domiciliare umanitaria e quella speciale siano attraversate da una tensione rieducativa nettamente

⁵⁴ Corte cost., n. 239/2014, cit., § 8.

⁵⁵ Corte cost., n. 239/2014, cit., § 9.

⁵⁶ Così M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, cit., 247.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., n. 239/2014, § 10: «la concessione della misura rimane comunque subordinata alla verifica della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti: condizione, come detto, non enunciata in modo esplicito dal citato art. 47-ter, ma che deve comunque ricorrere, secondo la giurisprudenza, stante l'evidenziata *ratio* comune delle misure alternative alla detenzione». In relazione alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b), in dottrina è stato ritenuto che la sentenza costituzionale – valorizzando il giudizio concreto sull'assenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti, come strumento idoneo a controbilanciare la dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. 4-bis, comma 1 – abbia sostanzialmente apportato alla norma una manipolazione *in malam partem*, poiché tale giudizio è espressamente richiesto soltanto ai fini della concessione della detenzione domiciliare speciale: così A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, 7. In realtà già Corte cost., n. 177/2009, cit., § 5, aveva rilevato che la concessione della misura alternativa di cui all'art. 47-ter rientra nella disponibilità del Tribunale di sorveglianza, affermando che anche in questa ipotesi debba ricorrere il presupposto dell'assenza del pericolo di recidiva. In dottrina, in questa direzione, A. MENGHINI, sub *Art 47-ter*, cit., 610-611, che in tal senso valorizza anche il disposto dell'art. 47-ter, comma 1-bis, ove la legge stabilisce che debba essere la stessa concessione della detenzione domiciliare generica «*a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati*».

recessiva rispetto alle più marcate finalità di protezione di soggetti deboli e di difesa sociale, e dunque presentino una natura ontologicamente e teleologicamente diversa da quella delle altre misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI ord. pen.⁵⁸.

Affiorano, tuttavia, dei profili critici fisiologicamente connessi alla circoscritta portata della sentenza costituzionale. In particolare, se è vero che il giudizio concreto di non pericolosità del condannato e la valorizzazione del migliore interesse del figlio infradecenne dello stesso sono in grado di destituire la forza cogente del requisito della collaborazione con la giustizia⁵⁹, risulta difficile comprendere la ragione per cui la concessione della detenzione domiciliare umanitaria a beneficio delle altre categorie di condannati indicate nel primo comma dell'art. 47-ter ord. pen. – rispetto a cui, da una parte, non affiora l'esigenza di tutelare un soggetto terzo e incolpevole, ma, dall'altra, emerge la necessità di sottrarre alle sofferenze legate alla reclusione intramuraria un condannato direttamente affetto da una condizione di particolare vulnerabilità – non possa pure impernarsi esclusivamente sul giudizio di non pericolosità del soggetto destinatario della misura, anche quando condannato per uno dei delitti di prima fascia e non collaborante con la giustizia.

Volendo, poi, oltrepassare il ristretto binario della detenzione domiciliare umanitaria, ed estendendo i dubbi di ragionevolezza del doppio binario penitenziario al contesto di quelle altre misure alternative pensate per fini prettamente risocializzanti, si potrebbe affermare che il giudizio di non pericolosità, in questi casi accompagnato dalla concreta prova dell'adeguatezza del percorso rieducativo fino ad allora intrapreso dal richiedente l'accesso al beneficio extramurario, possa essere altrettanto idoneo a superare il mancato rispetto della condizione ostativa prevista dall'art. 4-bis, comma 1, come del resto poi evidenziato dalla stessa Corte nella [sentenza n. 253/2019](#)⁶⁰ e

⁵⁸ Cfr. C. JUANATEY DORADO – C. PECORELLA, *Madres con hijos en prisión: una visión comparada de los sistemas penitenciarios español e italiano*, in C. Juanatey Dorado – N. Sánchez-Moraleda Vilches, *Derechos del condenado y necesidad de pena* (a cura di), Aranzadi, 2018, 333-334.

⁵⁹ Si noti, a tal proposito, che la sentenza della Corte ha inciso soltanto sulla portata della condizione ostativa stabilita per i delitti indicati nell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen. (la collaborazione con la giustizia), in relazione all'accesso alla detenzione domiciliare speciale e alla detenzione domiciliare umanitaria per madri o padri di un figlio infradecenne, lasciando invece immutate le preclusioni connesse alle condizioni ostative di cui ai commi 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis, che pertanto dovrebbero continuare a essere rispettate ai fini della concessione delle summenzionate misure alternative domiciliari ai condannati per delitti di seconda o di terza fascia. Che sia stata questa l'intenzione della Corte – nonostante il tenore della pronuncia (la dichiarazione di «illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito», la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies e quella della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b)) potesse consentire di ricavarne un effetto a cascata a causa del rinvio che i commi 1-ter e 1-quater fanno al comma 1 dell'art. 4-bis – è affermato da [Corte cost., n. 76/2017](#), § 2.2.: «ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 resta pur sempre applicabile il complesso ed articolato regime previsto da tale disposizione per la concessione dei benefici penitenziari, in base, però, alla *ratio* della [sentenza n. 239 del 2014 di questa Corte](#), secondo la quale la mancata 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». Conf., in dottrina, G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2017, 5, 328, che tuttavia rileva la necessità di «un'analisi di ragionevolezza della disciplina di risulta, come delineata in esito al doppio intervento della Consulta, posto che nel comma 1 dell'art. 4-bis sono compresi reati diversi da quelli elencati nelle disposizioni successive, ed anche più gravi. Con la conseguenza che – ferma restando la non necessità della condotta collaborativa – i presupposti per l'accesso al beneficio, quanto ai reati di prima fascia, sembrerebbero meno restrittivi (o comunque meno specifici) che per le fattispecie di cui ai commi 1-ter e seguenti dell'art. 4-bis».

⁶⁰ [Corte cost., n. 253/2019](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen., 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 *ex art. 58-ter*, quando siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Si veda il commento di M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

nell'ordinanza [n. 97/2021](#) ⁶¹, con esclusivo riferimento, però, ai permessi premio e alla liberazione condizionale. Proprio allo scopo di superare tali criticità, oltre che per venire incontro alle sollecitazioni della Corte costituzionale, il d.l. n. 162/2022, come già segnalato, ha consentito che il condannato per uno dei delitti di prima fascia possa beneficiare dei benefici extramurari indicati dall'art. 4-*bis* anche senza la collaborazione con la giustizia, sempre che si dimostri l'efficace inizio del suo processo rieducativo attraverso il rispetto di una serie di condizioni alternative il cui carattere elastico, tuttavia, ne assoggetta l'accertamento all'ampia discrezionalità del Tribunale di sorveglianza ⁶².

5. *Il divieto assoluto di concedere la detenzione domiciliare speciale "anticipata" di cui all'art. 47-quinquies, comma 1-bis, nei confronti dei condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis: la sentenza costituzionale n. 76/2017.*

Una consistente parte dell'impianto argomentativo della sentenza costituzionale del 2014 ha poi sorretto le motivazioni della successiva [pronuncia della Consulta n. 76/2017](#), con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, nella parte in cui preclude in via assoluta alle condannate madri per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, di spiare l'iniziale frazione di pena, necessaria per accedere alla detenzione domiciliare speciale di cui al comma 1, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, in assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, o nelle case famiglie protette ⁶³.

Sviluppando quanto già sottolineato nella precedente pronuncia, la Corte ha rilevato che lo scopo di tutelare l'interesse del fanciullo rappresenta la pietra angolare della detenzione domiciliare speciale, anche in relazione alla previsione di cui al comma 1-*bis*; che tale interesse, seppur preminente, non può comunque sottrarsi a un bilanciamento con contrapposte esigenze di difesa sociale ⁶⁴, come testimoniato dal giudizio sull'assenza del pericolo di recidiva, richiesto al Tribunale di sorveglianza dal primo comma dell'art. 47-*quinquies*, e ribadito dal comma 1-*bis* (insieme al giudizio prognostico sull'assenza del rischio di fuga) per consentire l'espiazione della frazione iniziale di pena in un contesto domiciliare, al di fuori degli istituti a custodia attenuata; e, infine, che tale bilanciamento risulterebbe frustrato dal ricorso del legislatore a «*un automatismo basato su indici presuntivi*» – quale è da considerarsi la preclusione secca nei confronti dei condannati *ex art. 4-bis* – «*il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore*» ⁶⁵.

⁶¹ La Corte costituzionale, con l'[ordinanza n. 97/2021](#), cit. (su cui si veda il commento di E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: euforia, dissonanze, prospettive inquietanti*, in [Sistema Penale](#), 25 maggio 2021), e con l'[ordinanza del 13 maggio 2022, n. 122](#), dopo avere constatato una violazione del principio costituzionale di rieducazione della pena (art. 27, comma 3, Cost.) da parte della legge che consente ai condannati all'ergastolo per uno dei delitti di prima fascia l'accesso alla liberazione condizionale solo in presenza della sua collaborazione con la giustizia (art. 2 del d.l. n. 152/1991, che rinvia all'art. 4-*bis*, comma 1), ha rinunciato a dichiarare immediatamente la norma costituzionalmente illegittima, sollecitando l'intervento del Parlamento e posticipando la sua decisione finale all'8 novembre 2022. La Corte costituzionale, con la successiva ordinanza del [10 novembre 2022, n. 227](#), ha preso atto dell'intervento del d.l. n. 162/2022 e ha rimesso gli atti ai giudici rimettenti affinché verificino l'incidenza della legislazione sopravvenuta sulla rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate.

⁶² Così R. DE VITO, *Finisce davvero il «fine pena mai»? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in [Questione Giustizia](#), 2 novembre 2022, § 6.

⁶³ [Corte cost., n. 76/2017](#), cit., con commento di G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, cit., 321 ss.

⁶⁴ Così F. SIRACUSANO, *Cronaca di una morte annunciata: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della "riforma tradita"*, cit., 12.

⁶⁵ [Corte cost., n. 76/2017](#), cit., § 2.2. Si veda A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2017, 2, 14-15, secondo cui la contrarietà della Consulta

In tal senso, occorre sottolineare come la preclusione contenuta nel comma 1-*bis* appaia persino più irragionevole di quella oggetto del giudizio di costituzionalità del 2014, in quanto di carattere assoluto, non potendo essere superata attraverso il rispetto di alcuna delle condizioni previste per le tre fasce di delitti ostativi, e dunque nemmeno mediante la collaborazione con la giustizia. L'automatismo finisce quindi per comprimere del tutto, nell'ambito delle condanne per i delitti inclusi nelle tre fasce indicate nell'art. 4-*bis*, gli interessi preminenti del minore⁶⁶.

La sentenza della Corte ha così completato l'opera iniziata nel 2014, epurando la disciplina della detenzione domiciliare speciale per genitori di minori di dieci anni dai limiti normativi concernenti i condannati presuntivamente pericolosi.

Salta all'occhio come la pronuncia fondi la declaratoria di incostituzionalità sulla sola violazione dell'art. 31, comma 2, della Costituzione, ritenendo assorbite le censure relative agli altri parametri costituzionali invocati dal giudice rimettente. In particolare, pur ammettendo che l'art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, «si inserisce nell'ambito di un istituto – la detenzione domiciliare speciale – che, pur partecipando della finalità di reinserimento sociale del condannato, è primariamente indirizzato a consentire l'instaurazione, tra madri detenute e figli in tenera età, di un rapporto quanto più possibile “normale”», la Corte non dà risalto alla circostanza che applicarvi una preclusione assoluta determinerebbe un'indebita parificazione con quelle altre misure per cui il legislatore ha pure previsto un divieto insuperabile di accesso in presenza di una condanna per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* (la detenzione domiciliare generica di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, l'esecuzione presso il proprio domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, *ex art.* 1, co. 2, lett. a), l. n. 199/2010, la semilibertà “surrogatoria” dell'affidamento in prova al servizio sociale, *ex art.* 50, co. 2, nonché la sospensione dell'esecuzione della pena, in base all'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p.)⁶⁷, ma nel cui contesto non si perseguono quegli obiettivi umanitari che invece sono sottesi alla detenzione domiciliare speciale, ove, in particolare, emerge lo scopo di protezione di un minore incolpevole rispetto alla commissione del reato.

Anche rispetto alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, ord. pen., dunque, non avrebbe dovuto essere sottaciuta l'esigenza di una differenziazione *in bonam partem* della disciplina di accesso alla detenzione domiciliare speciale per la madre di prole infradecenne rispetto alle regole generalmente applicabili per la concessione delle misure alternative alla detenzione agli altri condannati per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*⁶⁸; conclusione comunque implicitamente ricavabile dall'affermazione della preminenza della tutela dell'interesse del minore, *ex art.* 31 Cost., che può anche essere soggetto a un bilanciamento con esigenze di difesa pubblica, da attuarsi attraverso una valutazione in concreto, ma mai a un sacrificio totale, come quello legato a presunzioni insuperabili di pericolosità⁶⁹.

agli automatismi legislativi si fonda sul «bisogno di rendere quanto più è possibile flessibili discipline normative connotate da eccessiva rigidità, preservando a un tempo la sfera di competenza del giudice menomata dal meccanismo legislativo e salvaguardando i diritti che possono essere appunto tutelati adeguatamente solo dando modo al giudice stesso di somministrare giustizia caso per caso», riprendendo, in tale direzione, il passaggio in cui la [Corte cost., n. 76/2017](#), cit., § 2.2., richiamando a sua volta la [sentenza costituzionale n. 239/2014](#), chiarisce che «affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

⁶⁶ Insiste su questo profilo critico della norma oggetto del giudizio di incostituzionalità, e in particolare sulla presenza di una preclusione assoluta e insuperabile, G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, cit., 326-327.

⁶⁷ Si veda *supra*, nota 30.

⁶⁸ Cfr. [Corte cost., n. 239/2014](#), cit., § 8.

⁶⁹ V. [Corte cost., n. 76/2017](#), cit., § 2.2.

6. La detenzione domiciliare nell'ordinamento penitenziario minorile e la preclusione di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. pen.: la [sentenza costituzionale n. 263/2019](#).

Con il d.lgs. n. 121 del 2 ottobre 2018, è stata dettata una specifica legge penitenziaria avente per destinatari i condannati che abbiano commesso il fatto di reato da minorenni e che, nel corso dell'esecuzione della pena, anche se divenuti maggiorenni, non abbiano ancora compiuto i venticinque anni d'età (cd. "giovani adulti").

Per ciò che concerne la detenzione domiciliare, l'art. 6 del decreto rinvia, nel suo *incipit*, agli artt. 47-ter, comma 1, 47-quater e 47-quinquies ord. pen., consentendo così l'applicazione delle generali tipologie di detenzione domiciliare umanitaria anche qualora i minori o i giovani adulti rientrino nelle relative categorie soggettive (escluse, chiaramente, quelle relative ai condannati ultrasessantenni e ultrasettantenni). Inoltre, è stata prevista, all'art. 5, una particolare ipotesi di affidamento in prova con detenzione domiciliare, qualora esigenze di sicurezza pubblica richiedano un parziale contenimento del condannato in un contesto domiciliare, e, all'art. 6, una speciale forma di detenzione domiciliare generica, delineata sul prototipo di quella prevista per gli adulti dall'art. 47-ter, comma 1-bis, riservata a coloro che debbano espriare una pena detentiva residua non superiore a tre anni, quando non vi sono le condizioni per l'affidamento in prova al servizio sociale e per l'affidamento in prova al servizio sociale con detenzione domiciliare.

Le diverse forme di detenzione domiciliare disciplinate dal d.lgs. n. 121/2018, direttamente o per rinvio, beneficiano di una specifica disciplina incentrata sul trattamento extramurario – a fronte delle lacune riscontrate nella regolamentazione della detenzione domiciliare per condannati adulti –, così da assicurare ai condannati minorenni, o comunque in età evolutiva, l'educazione al rispetto dei valori, non tanto smarriti quanto piuttosto mai pienamente acquisiti, dell'ordinamento. In tal senso, è stata prevista l'elaborazione di un programma di intervento educativo ad opera dell'ufficio di servizio sociale per i minorenni, contenente prescrizioni volte a «favorire lo svolgimento di attività esterne, in particolare di istruzione, di formazione professionale, di istruzione e formazione professionale, ovvero di lavoro, o culturali, o sportive, comunque utili al successo formativo e all'inclusione sociale» (art. 6, commi 2 e 3).

La principale criticità di questo speciale regime penitenziario differenziato *in bonam partem* riguarda il rinvio, formulato nell'art. 2, comma 3, ai commi 1 e 1-bis dell'art. 4-bis, ai fini della concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure penali di comunità – compresa la detenzione domiciliare –, così imponendosi anche al minorenne o al giovane-adulto che sia stato condannato per uno dei delitti di prima fascia, la collaborazione con la giustizia per accedere ai suddetti benefici extramurari (tenendo conto delle eccezioni introdotte attraverso le sentenze manipolative della Corte costituzionale in materia di detenzione domiciliare umanitaria per condannate madri o, in caso di impossibilità delle prime, di condannati padri di figli minori di dieci anni, e di permessi premio, oltre che delle innovazioni apportate dal d.l. n. 162/2022). Non essendo presente, invece, alcun rinvio ai commi 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis, il d.lgs. n. 121/2018 non prevede un doppio binario penitenziario relativamente alle condanne per i delitti di seconda o di terza fascia, per le quali, quindi, non è stato concepito un regime ostativo nell'ordinamento penitenziario minorile.

La preclusione è stata sottoposta al sindacato della Corte costituzionale, che l'ha dichiarata illegittima con la [sentenza n. 263/2019](#)⁷⁰.

⁷⁰ [Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263](#), su cui si vedano S. 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 [Sistema Penale](#), 29 gennaio 2020, § 7, e A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in [Rivista AIC](#), 2020, 1, 510, che sottolineano come la pronuncia abbia fatto cadere integralmente la presunzione di pericolosità e la relativa preclusione per il minore condannato per delitti di prima fascia, in senso più netto rispetto alla [pronuncia costituzionale n. 253/2019](#), che si era limitata, pur nel

Di fronte a un ampio ventaglio di parametri invocati dal giudice rimettente, tra cui figurava anche l'art. 3 Cost., la Consulta ha fondato la sua pronuncia di accoglimento sulla violazione degli artt. 76, 27, comma 3, e 31, comma 2, della Costituzione, ritenendo assorbite le altre censure⁷¹. Tralasciando di approfondire le questioni inerenti all'inosservanza della legge delega, in cui non era stato richiesto al legislatore delegato di estendere all'ambito minorile, nemmeno parzialmente, il dettato dell'art. 4-*bis*, ma era stata indicata, anzi, la necessità della «eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individualizzazione del trattamento» (art. 85, co. 1, lett. p), n. 6), particolare attenzione va rivolta agli altri parametri costituzionali alla base della pronuncia.

Anche in questo caso, come nella [sentenza n. 76/2017](#), la Consulta ha rilevato un'ingiustificata compressione della tutela costituzionale dell'infanzia e della gioventù. Ciò che, invece, contraddistingue la pronuncia in esame è il riscontro dell'incompatibilità della disciplina ostativa con il principio della funzione rieducativa della pena, che assume peculiare rilevanza perché, in questo caso, il minore non è destinatario indiretto di un automatismo gravante sulla propria madre o sul proprio padre, bensì soggetto direttamente affetto, in quanto condannato, delle preclusioni apposte *per relationem* dall'ordinamento penitenziario minorile. Lo stretto legame tra l'art. 27, co. 3, e l'art. 31, co. 2, che già si intuisce da questa premessa, diventa poi evidente nel momento in cui la Corte afferma a chiare lettere la duplice necessità che la disciplina penitenziaria minorile si svincoli da presunzioni assolute di pericolosità e che il Tribunale di sorveglianza proceda a una valutazione individualizzata del percorso di risocializzazione del condannato, in conformità con il valore preminente da attribuire alla finalità rieducativa del minore di età che si sia reso responsabile di delitti, anche se molto gravi.

Ancora una volta nell'ombra restano le censure relative alla violazione del principio di eguaglianza, nonostante la Corte abbia fatto risaltare le distonie derivanti, da un lato, dall'assimilazione del minore all'adulto per quanto riguarda l'applicazione del regime ostativo di cui all'art. 4-*bis*, comma 1⁷², e, dall'altro, dall'indebita disparità di trattamento tra il minore condannato per delitti di prima fascia e il minore condannato per avere commesso altri fatti di reato, in virtù della del maggiore bisogno di flessibilità del trattamento sanzionatorio che li accomuna⁷³, criterio cardine per riscontrare una discriminazione nei confronti del primo.

Un profilo di disegualianza formale meritevole di futura considerazione da parte della Corte costituzionale attiene alla diversità tra la disciplina penitenziaria di cui è destinatario il giovane adulto che abbia commesso il reato da minore e quella rivolta al giovane adulto che lo abbia commesso da maggiorenne: il primo, fino al compimento del venticinquesimo anno di età, potrà eseguire la pena

contesto dei permessi-premio e dei condannati ostativi adulti, a prevedere un surrogato flessibile alla condizione della collaborazione giustizia, lasciando permanere la presunzione di pericolosità.

⁷¹ Oltre a quelli menzionati, il giudice rimettente ha sollevato la questione anche rispetto alla violazione dell'art. 2 e dell'art. 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione in relazione agli artt. 7, 10 e 11 della direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

⁷² Cfr. [Corte cost., n. 263/2019](#), cit., § 3.1., in cui – richiamando la [sentenza della Corte cost., 28 aprile 2017, n. 90](#), che ha dichiarato incostituzionale l'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui vietava la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minori condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. – afferma che «La parificazione della disciplina della fase esecutiva nei confronti di adulti e minori può “confliggere con le esigenze di specifica individualizzazione e di flessibilità del trattamento del detenuto minore” e che questa situazione “contrast[a] con le esigenze [...] del recupero e della risocializzazione dei minori devianti, esigenze che comportano [appunto] la necessità di differenziare il trattamento dei minorenni rispetto ai detenuti adulti e di eliminare automatismi applicativi nell'esecuzione della pena”». Si veda anche il § 4.1., dove la Corte parla di «schema applicativo che non differisce in modo significativo da quello previsto per gli adulti».

⁷³ Cfr. [Corte cost., n. 263/2019](#), cit., § 4.1.: «Mentre, dunque, per la generalità dei condannati minorenni l'accesso ai singoli benefici è soggetto ai principi generali di cui agli artt. 1 e 2 dello stesso d.lgs. n. 121 del 2018, per le speciali categorie di condannati cui si riferisce l'art. 4-*bis* tale accesso è drasticamente limitato in considerazione della necessità di condotte collaborative con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.».

godendo di misure alternative *ad hoc* e di benefici trattamentali da cui invece il secondo sarebbe escluso, in quanto sottoposto al regime generalmente stabilito per gli adulti, salvo per quanto riguarda la previsione di una specifica forma di detenzione domiciliare umanitaria rivolta a beneficio dell'infraventunenne per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia (art. 47-ter, co. 1, lett. e)), la quale comunque risente delle già rilevate carenze generali in ordine ai trattamenti rieducativi da predisporre nell'ambito della sua esecuzione.

In particolare, in ordine alla misura da ultimo menzionata, le disparità applicative emergono non dai suoi generali presupposti di accesso – che, grazie al rinvio operato dall'art. 6 del d.lgs. n. 121/2018, rimangono gli stessi per entrambe le figure soggettive di condannato messe a confronto – quanto piuttosto dal regime ostativo a tre fasce stabilito dall'art. 4-bis, che affliggerà soltanto il condannato infraventunenne che abbia commesso una delle relative fattispecie delittuose da maggiorenni, nonché dagli strumenti trattamentali previsti dall'art. 6 del d.lgs. 121/2018, riservati all'infraventunenne che sia stato condannato per un delitto commesso mentre era ancora minorenni (oltre che, al di fuori della misura di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. e) all'infraventicinque che stia scontando una delle peculiari forme di detenzione domiciliare previste dalla legislazione penitenziaria minorile).

La questione che andrà risolta è, dunque, se sia ragionevole sottoporre all'ordinaria disciplina penitenziaria di cui alla legge n. 354/1975 il giovane adulto che risulti coetaneo, o addirittura anagraficamente più giovane, del soggetto che invece beneficia delle previsioni dell'ordinamento penitenziario minorile per il solo fatto di avere commesso il delitto da minorenni, magari anche solo un giorno prima del compimento del diciottesimo anno: si tratterà cioè di valutare se l'età del reo relativa al *tempus commissi delicti* detenga un peso specifico tale da riuscire a giustificare, in ogni caso, le disparità di trattamento emergenti nel momento della considerazione dell'età relativa al *tempus executionis poenae*.

7. La preclusione assoluta di concessione della detenzione domiciliare ex art. 47-ter, comma 01, nei confronti del soggetto ultrasettantenne condannato con l'aggravante della recidiva: la [sentenza costituzionale n. 56/2021](#).

Spostando l'asse focale dell'analisi sulla linea dei limiti alla concessione della detenzione domiciliare "umanitaria" nei confronti dei soggetti condannati con l'aggravante della recidiva, è agevole notare come, anche dopo l'intervento di riforma del già citato d.l. n. 78/2013, il soggetto ultrasettantenne recidivo, in base all'art. 47-ter, comma 01, ultima parte, non avrebbe potuto beneficiare della speciale forma di detenzione domiciliare ivi disciplinata.

Da ciò emergono due criticità. La prima concerne la circostanza che l'ostacolo veniva a gravare su un soggetto la cui condizione di vulnerabilità potrebbe essere ritenuta più incisiva di quella, pure legata all'età senile, dell'ultrasessantenne inabile anche parzialmente, rispetto a cui una tale limitazione non era prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lett. d). La seconda è legata alla specificità della preclusione, che – a differenza delle altre introdotte con la legge ex Cirielli – aveva ad oggetto la condanna aggravata da una qualunque delle forme di recidiva descritte dall'art. 99, e non da quella ipotesi più grave rappresentata dalla recidiva reiterata.

La prima rilevata disparità di trattamento potrebbe essere ritenuta ragionevole alla luce del necessario bilanciamento tra la protezione del soggetto "più anziano" e le maggiori istanze di sicurezza sociale che affiorano in relazione alla concessione del beneficio: la speciale forma di detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 01, infatti, si distingue da quella di cui al comma 1, lett. d), non solo per le caratteristiche anagrafiche del beneficiario, ma anche perché prescinde da limiti prefissati di pena detentiva da espiare, purché si tratti della pena della reclusione, e non dell'ergastolo.

Quanto alla seconda sottolineata incongruenza, la Corte costituzionale – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della previsione «nella parte in cui prevede che i condannati ultrasessantenni che abbiano riportato condanne con l'aggravante della recidiva non possono usufruire della misura della detenzione domiciliare prevista dalla norma in esame»⁷⁴ – ha anzitutto rilevato che «la disposizione censurata è l'unica, nell'intero *corpus* dell'ordinamento penitenziario, a far discendere conseguenze radicalmente preclusive di una misura alternativa a carico di chi sia stato condannato in passato con l'aggravante della recidiva, in una qualunque delle sue forme disciplinate dall'art. 99 cod. pen.»⁷⁵. In secondo luogo, ha messo in evidenza le conseguenze dell'insolita scelta legislativa, ponendo le basi del sindacato di irragionevolezza della norma oggetto del ricorso incidentale: «mentre soltanto la recidiva reiterata osta a una seconda concessione di una misura alternativa (e dunque anche alla concessione di tutte le ipotesi di detenzione domiciliare diverse da quella in esame)» – secondo quanto disposto dall'art. 58-*quater* – «qui già la recidiva semplice di cui all'art. 99, primo comma, cod. pen. osta in radice alla detenzione domiciliare; e ciò proprio nei confronti di una categoria di detenuti – quelli ultrasessantenni – rispetto ai quali la vita carceraria risulta, in via generale, particolarmente gravosa»⁷⁶.

Essenziale, a questo punto, è l'individuazione della *ratio* della detenzione domiciliare prevista dal comma 01, peraltro chiarita dalla [sentenza n. 56/2021](#) già nei suoi primi passaggi argomentativi. L'introduzione di tale misura, finalizzata a garantire un'esecuzione penale differenziata nei confronti della particolare categoria dei condannati anziani, presuppone, anzitutto, la presunta minore pericolosità sociale del soggetto che abbia superato i settanta anni di età, rispetto a cui le esigenze di contenimento potrebbero essere soddisfatte attraverso la detenzione nel suo domicilio anziché attraverso la permanenza in carcere. Si fonda, in secondo luogo, su istanze umanitarie – affini a quelle sottese alla misura regolata dal successivo comma 1 e fondate sul divieto di applicare pene contrarie al senso di umanità – che suggeriscono di non addossare all'ultrasessantenne «*il carico di sofferenza associato alla permanenza in carcere*», che si ritiene crescere proporzionalmente con il maggiore bisogno di cure e di assistenza personalizzate legato all'avanzare dell'età.

Ad accentuare i profili di irragionevolezza di un automatismo evidentemente già in contrasto con i fini umanitari sottesi alla misura in esame, contribuisce la constatazione che l'aggravante della recidiva dispiegherebbe la sua funzione ostativa a prescindere che tale addebito sia avvenuto nella stessa sentenza di condanna attualmente in esecuzione, o in altra sentenza già pronunciata nei confronti del condannato in qualsiasi momento del passato, anche remoto rispetto al momento dell'esecuzione della pena carceraria⁷⁷. In entrambe le ipotesi, peraltro, la presunzione di pericolosità connessa alla condanna aggravata *ex art. 99 c.p.* impedirebbe al giudice di tenere conto dell'evoluzione eventualmente raggiunta dal soggetto al momento della richiesta del beneficio extramurario, in ordine sia al ridotto pericolo di commissione di ulteriori delitti sia al percorso rieducativo intrapreso; evoluzione il cui valore andrebbe saggiato tenendo ulteriormente conto della condizione di vulnerabilità del condannato ultrasessantenne e della «consequente sofferenza addizionale connessa alla permanenza in carcere»⁷⁸.

La Corte conclude riscontrando la violazione sia del principio di ragionevolezza, *ex art. 3 Cost.*, sia dei principi di rieducazione ed umanità della pena, *ex art. 27, comma 3*. L'art. 3 è stato chiamato in causa, quindi, al fine non di rimediare a una violazione del principio di eguaglianza formale, bensì

⁷⁴ [Corte cost., n. 56, 2021](#), cit., su cui si veda il commento di F. ROCCHI, *Capitola l'ultima preclusione assoluta a carico dei recidivi in executivis Corte costituzionale 31 marzo 2021, n. 56*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, 344 ss.

⁷⁵ [Corte cost., n. 56/2021](#), cit., § 2.3.

⁷⁶ [Corte cost., n. 56/2021](#), *ibidem*.

⁷⁷ Tanto che la stessa sentenza sottolinea come la preclusione formulata nel comma 01 faccia riferimento alla circostanza che il soggetto non sia stato «*mai*» condannato con l'aggravante della recidiva, potendo dunque la condanna aggravata derivare da una sentenza emessa nei suoi confronti in tempi risalenti e distinta da quella attualmente in esecuzione.

⁷⁸ [Corte cost., n. 56/2021](#), cit., § 2.4.

di censurare l'inadeguatezza dell'automatismo di cui all'art. 47-ter, comma 01, rispetto al sistema generale di norme in cui esso si colloca ⁷⁹, ove affiorano istanze rieducative ed umanitarie che imporrebbero un trattamento differenziato *in bonam partem* nei confronti del condannato ultrasettantenne; fermo il legame intrinseco tra ragionevolezza ed eguaglianza, testimoniato formalmente dalla medesima matrice costituzionale di entrambi, storicamente dall'originario ricorso al *tertium comparationis* come parametro di confronto vincolante nei giudizi di ragionevolezza operati in seno alla giurisprudenza costituzionale ⁸⁰, e funzionalmente – anche dopo l'affrancamento del sindacato di ragionevolezza dal rigido modello di applicazione trilaterale – da una visione moderna della ragionevolezza come strumento che consente alla Corte di sindacare il «cattivo esercizio della funzione legislativa per la mancata considerazione di elementi della fattispecie che impongono una disciplina differenziata» ⁸¹, conformemente al principio di eguaglianza sostanziale.

Dichiarata costituzionalmente illegittima la preclusione per chi sia stato condannato con l'aggravante della recidiva, restano in vigore le preclusioni assolute che lo stesso comma 01 prevede nei confronti del condannato per una delle fattispecie ivi tassativamente indicate, tra le quali risaltano quelle richiamate dall'art. 4-bis ⁸². Anche tali limiti pongono alcuni interrogativi all'interprete circa la ragionevolezza di un regime penitenziario differenziato *in malam partem* – pur nel contesto di una misura alternativa delineata in senso favorevole al condannato ultrasettantenne – sulla base del delitto compiuto, soprattutto perché si tratta di preclusioni connesse a presunzioni di pericolosità per cui non è ammessa prova contraria: anche in questa ipotesi, come già riscontrato in relazione all'originario dettato dell'art. 47-quinquies, comma 1-bis, qualora la condanna sia stata pronunciata proprio per uno dei reati per cui la legge stabilisce il “doppio binario penitenziario”, l'eventuale rispetto delle condizioni ostative richieste per ciascuna delle tre fasce non basterebbe a consentire al condannato l'accesso a questa particolare forma di detenzione domiciliare umanitaria. Sul punto, non si può ignorare che la stessa [sentenza n. 56/2021](#), al netto delle motivazioni specificamente afferenti alle criticità del ruolo ostativo giocato dalla recidiva, ha affermato a chiare lettere la necessità di tenere distinto il giudizio sul fatto di reato, propedeutico alla condanna, e il giudizio sull'evoluzione della personalità del reo successivamente alla commissione del reato e nella fase dell'esecuzione della pena; giudizio, quest'ultimo, attraverso cui il Tribunale di sorveglianza dovrebbe valutare «se l'esecuzione intramuraria sia comunque necessaria anche nei confronti di un condannato di età avanzata, o se gli scopi della pena possano essere soddisfatti anche mediante un trattamento meno

⁷⁹ Sul principio di ragionevolezza inteso in senso autonomo da quello di eguaglianza, cfr. A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 2.

⁸⁰ Sulla progressiva emancipazione del giudizio di ragionevolezza dal canone dell'eguaglianza, fino a divenire strumento di controllo delle scelte legislative, con riguardo al corretto bilanciamento tra interessi costituzionali opposti, si vedano L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 164; G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, ivi, 180 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 118; O. DI GIOVINE, *Sul cd. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 178; ID., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui “falsi elettorali”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 115 ss.; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 460 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, 218 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, 343 ss.

⁸¹ F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in [Costituzionalismo.it](#), 2017, 3, 23. Cfr. A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 24, secondo cui il principio di eguaglianza sostanziale «dà la spinta ai processi di produzione giuridica, orientandoli con vigore verso la realizzazione – la massima consentita in ragione delle condizioni complessive di contesto – dei fini-valori costituzionali».

⁸² Si vedano, in proposito, le critiche di L. CESARIS, *Sub art. 47-ter*, cit., 679, secondo cui «se la *ratio* sottesa al comma 01 è quella di offrire tutela a soggetti che in ragione dell'età sono considerati incapaci di tollerare la detenzione, allora non si comprendono i motivi che fanno prevalere le istanze di difesa sociale su quelle umanitarie ed assistenziali».

afflittivo». La rilevata necessità di restituire spazio al sindacato giudiziale sia sui cambiamenti intervenuti *post delictum* sulla persona del reo sia sul percorso rieducativo da lui intrapreso, potrebbe dunque aprire le porte a future pronunce di incostituzionalità dei restanti automatismi tutt'oggi previsti nell'art. 47-ter, comma 01.

8. Conclusioni.

Dall'esame delle motivazioni delle sentenze costituzionali intervenute sui limiti alla concessione della detenzione domiciliare umanitaria nei confronti delle madri e dei padri di prole infradecenne condannati per uno dei delitti indicati dall'art. 4-bis, sembra chiaro che la protezione dei diritti fondamentali della persona umana e, in particolare, il diritto costituzionale del minore – soggetto estremamente vulnerabile ed incolpevole rispetto alle vicende penali in corso – a fruire dell'affetto e delle cure genitoriali, abbia rivestito un peso preminente sulla caducazione delle presunzioni di pericolosità apposte dal legislatore. Il che sembrerebbe confermare che le due pronunce riguardanti la detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b), e all'art. 47-quinquies, commi 1 e 1-bis, hanno generato un trattamento di favore nei confronti di condannati di per sé non vulnerabili (le figure genitoriali), a fronte di quello più rigoroso che continua a essere riservato alle altre categorie in cui convergono figure soggettive direttamente affette da una condizione di fragilità, ma rispetto alle quali permane il dovere di collaborazione con la giustizia come requisito ostativo per superare le preclusioni poste nei confronti dei condannati per delitti di prima fascia. Tale conclusione sembrerebbe creare non poche frizioni con il principio di eguaglianza e con quelli di rieducazione e di umanità della pena, nonostante le innovazioni introdotte, in via generale, dal d.l. n. 162/2022, che ha delineato delle strade alternative, in verità non prive di criticità, per superare le preclusioni di cui all'art. 4-bis, comma 1.

La tutela preminente riconosciuta ai minori dalle suddette decisioni della Consulta è confermata, poi, dal regime penitenziario minorile e dalla sentenza costituzionale che è intervenuta per sottrarre al regime ostativo i condannati per un fatto commesso prima del raggiungimento della maggiore età, e ancora non venticinquenni. La pronuncia conferma come le considerazioni delle precedenti sentenze circa la speciale protezione spettante ai soggetti infradecenni figli di condannati ostativi, ritenuti indiretti destinatari degli effetti della pena detentiva, debbano valere anche quando i minorenni si siano resi responsabili di un reato e risultino quindi direttamente coinvolti nelle scelte legislative sulle modalità esecutive della pena fuori dal carcere. Anche rispetto a questi approdi, si sono messe in luce le derivate disparità di trattamento a svantaggio dei condannati per un delitto commesso anche poco tempo dopo il compimento del diciottesimo anno di età e che si trovino a scontare la pena in carcere nel corso di un periodo in cui la personalità sia ancora in via di strutturazione. Potrebbe allora dirsi che i giovani adulti siano anch'essi soggetti vulnerabili – sebbene, ovviamente, non allo stesso livello dei soggetti attualmente minorenni – e meritevoli di beneficiare di una disciplina penitenziaria più flessibile di quella riservata ai condannati adulti. Sulla base di tale considerazione, la sola previsione di una forma di detenzione domiciliare umanitaria a favore degli infraventunenni appare insufficiente, anche per via della soggezione della stessa alle preclusioni connesse all'eventuale condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 4-bis.

Un passo in avanti verso il superamento di alcuni automatismi anche nei confronti di categorie soggettive diverse da quelle che coinvolgono, direttamente o indirettamente, minori di età, ed egualmente destinatarie della detenzione domiciliare umanitaria, si è avuto con la pronuncia che ha investito la preclusione secca della concessione della detenzione domiciliare umanitaria nei confronti dell'ultrasettantenne condannato con l'aggravante della recidiva. In questo caso la Corte ha reputato prioritaria la tutela non di un soggetto terzo, vulnerabile, estraneo e incolpevole al reato, ma dello stesso condannato, in quanto ritenuto particolarmente fragile e meritevole di una valutazione concreta

del suo percorso rieducativo da parte del Tribunale di sorveglianza, senza alcun automatismo legato a precedenti condanne.

Tuttavia, permangono ancora numerose preclusioni a carico di soggetti portatori di istanze umanitarie, in particolare quelle legate alla condanna per uno dei delitti inclusi nella triplice elencazione dell'art. 4-*bis*; preclusioni la cui sopravvivenza è probabilmente dovuta alla circostanza che la detenzione domiciliare umanitaria rappresenta un istituto punitivo di compromesso – funzionalmente, oltre che strutturalmente, differente dalle altre misure alternative alla detenzione – rispetto al quale la scelta del legislatore di enucleare categorie escluse totalmente o parzialmente dal suo accesso sembra influenzata dall'intento populista di sedare i timori pubblici circa la troppo agevole possibilità di scontare fuori dal carcere anche pene detentive lunghe.

Così posti i termini delle questioni in gioco, è auspicabile che in futuro vengano meno – per mano del legislatore o della stessa Consulta – alcuni dei residui impedimenti normativi, assoluti e relativi, alla fruizione dei benefici extramurari, attualmente gravanti sulle categorie soggettive vulnerabili potenzialmente beneficiarie delle diverse forme di detenzione domiciliare umanitaria. Si tratta di un esito necessario in funzione della tutela rafforzata di particolari figure soggettive che vantano l'interesse a non rimanere imbrigliate in presunzioni di pericolosità superabili unicamente attraverso la vincolante condotta collaborativa con la giustizia – o, addirittura, rispetto a certi automatismi, non superabili in alcun modo – bensì a beneficiare del riconoscimento della diminuita, o cessata, pericolosità sociale, e dei progressi rieducativi raggiunti *post delictum* e nella fase esecutiva della pena. A questo risultato dovrebbe pervenirsi attraverso l'applicazione di schemi di giudizio flessibili – più di quelli, invero complessi, imprecisi e tentacolari, delineati nei commi 1-*bis* e 1-*bis*.1 del d.l. 162/2022 – da parte del Tribunale di sorveglianza chiamato a decidere sulla concessione delle misure.