

MARIA CHIARA SAPORITO

*Cultrice di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Firenze*

## Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento

### *Penitentiary presumptions and protection of the child's interest: the Constitutional Court sets the balancing criteria*

---

La pronuncia si inserisce nel solco di una copiosa giurisprudenza costituzionale tesa alla rimozione degli automatismi penitenziari che irragionevolmente comprimono il diritto dell'infante a godere delle cure della madre detenuta. La censura investe, questa volta, la disciplina di accesso al beneficio dell'assistenza della prole in esterno, la quale, escludendo alcune categorie di reclusi sulla base di presunzioni assolute, lede irrimediabilmente gli interessi del minore anche quando non ricorrano, in concreto, esigenze preventive tali da giustificare il totale sacrificio. Al *vulnus* che ne deriva, la Corte offre rimedio formulando cd. delega di bilanciamento, ossia legittimando l'interprete ad accordare preferenza, quando lo imponga la specificità del caso, a valori costituzionali che, altrimenti, la rigida formulazione della norma oblitererebbe.

*The judgement forms part of a copious amounts of Constitutional Court's rulings aimed at removing penitentiary presumptions that unreasonably compress the child's right to mothering. The decision concerns the rules for access to the external assistance of children that, absolutely excluding some types of inmates, harm the child's interest even if there are not social security needs. The constitutional breach is solved by the Court delegating to the judge the power to prefer, depending on the case, rights that otherwise would be neglected.*

---

#### LA QUESTIONE

Con la pronuncia in commento, la Corte Costituzionale torna a censurare il sistema degli automatismi preclusivi di benefici penitenziari.

Oggetto della decisione è l'art. 21-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (di seguito ord. penit.) – norma di riferimento per l'accesso delle detenute madri all'assistenza all'esterno dei figli minori di dieci anni – nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21, preclude del tutto la concessione del beneficio alle reclusi per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* ord. penit. oppure la subordina alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che ricorra la condotta collaborativa di cui all'art. 58-*ter* ord. penit. A fondamento dell'incostituzionalità della norma, la Consulta ne assume il contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., dichiarando invece assorbiti i motivi sollevati dal giudice *a quo* con riferimento agli artt. 3, 29, 30 Cost.

La questione origina nell'alveo di un procedimento attivato dinanzi al magistrato di sorveglianza di Lecce e Brindisi da una detenuta, condannata a quattro anni e dieci mesi di reclusione per i delitti di cui agli artt. 73 e 74 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, cui era stata rifiutata l'ammissione all'assistenza esterna dei figli. A motivare il diniego dell'amministrazione penitenziaria la circostanza che la ricorrente non avesse espiaato almeno un terzo della pena; condizione, questa, espressamente formulata dall'art. 21 ord. penit. per l'accesso al lavoro esterno di detenuti condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter*, 1-*quater* ord. penit. e operativa, in forza del rinvio svolto dall'art. 21-*bis*, anche per il beneficio in questione.

In sede di reclamo *ex art.* 35-*bis* ord. penit., la ricorrente deduceva l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* per violazione degli artt. 3, 27, 29, 30, 31 della Carta fondamentale. Appuratane la non manifesta infondatezza e la rilevanza nel giudizio *a quo*<sup>1</sup>, il giudice di sorveglianza sollevava quindi que-

---

<sup>1</sup>Nel vagliare la rilevanza della questione, il giudice *a quo* osservava come fosse stato dedotto, con il reclamo, l'attuale e

stione di legittimità costituzionale. Nel merito, il magistrato ricordava come l'art. 21-*bis* ord. penit. fosse stato introdotto, unitamente alla detenzione domiciliare speciale, dalla legge 8 marzo 2001, n. 40 allo scopo di tutelare il diritto del minore a godere, nella prima infanzia, di un sano e corretto rapporto con la madre al di fuori del contesto carcerario. Mediante il richiamo alla disciplina di accesso al lavoro esterno, la disposizione censurata poneva, tuttavia, un divieto assoluto di concessione del beneficio alle detenute per reati ostativi che non avessero scontato almeno un terzo della pena (o almeno dieci anni in caso di ergastolo), giungendo così a ledere l'interesse del minore anche in assenza di una prevalente ragione di sicurezza sociale. Condividendo le conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza costituzionale in tema di detenzione domiciliare<sup>2</sup>, il giudice *a quo* definiva siffatto assetto contrario, oltre che ai parametri costituzionali già citati, al principio, di derivazione sovranazionale, per cui l'interesse del minore, qualificato come "superiore e preminente", può subire limitazioni, in occasione di decisioni assunte da autorità pubbliche o istituzioni private, solo all'esito di una valutazione di bilanciamento con gli interessi ad esso contrapposti, quali quelli di difesa sociale.

La norma censurata non offriva invece spazi per tale operazione di bilanciamento, precludendo in radice al minore la possibilità di godere della cura genitoriale al di fuori del carcere sulla base del solo presupposto costituito dalla mancata espiazione del periodo di pena indicato.

Il rimettente metteva poi in campo argomenti di natura sistematica, evidenziando come l'art. 21-*bis* si inserisse in maniera distonica all'interno di un complesso normativo che ammette da subito le condannate per delitti ostativi alla detenzione domiciliare c.d. umanitaria<sup>3</sup>, nonché – in forza della sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2017<sup>4</sup> – alla detenzione domiciliare cd. speciale.

Si osservava, infine, come il beneficio dell'assistenza in esterno avesse, al contrario della detenzione domiciliare speciale, carattere inframurario e fosse, pertanto, rispetto ad essa più contenitivo. Stante il rapporto di progressività trattamentale intercorrente tra i due istituti, identici sarebbero dovuti essere i presupposti di ammissibilità, da apprezzare in relazione al caso concreto e all'effettiva pericolosità sociale della condannata.

## L'INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELL'ASSISTENZA IN ESTERNO DELLA PROLE

La Corte ricostruisce la disciplina censurata muovendo dalla sua genesi: introdotto nell'ordinamento penitenziario dalla legge n. 40/2001, l'art. 21-*bis* funge da valvola di sfogo per tutte quelle situazioni

---

grave pregiudizio derivante da un provvedimento di rigetto fondato proprio sull'art. 21-*bis* e come, pertanto, la questione di incostituzionalità risultasse pregiudiziale per la definizione del procedimento di sorveglianza.

Sempre in punto di rilevanza, il rimettente sottolineava che la donna, pur potendo avanzare istanza per la detenzione domiciliare speciale – istituto epurato della preclusione ai condannati per reati ostativi dalla sentenza n. 76 del 2017 della Corte Costituzionale –, risultava in concreto carente delle condizioni di merito per accedervi, avendo scontato solo una parte esigua della pena ed essendo stata valutata dall'Equipe di osservazione non ancora pronta per una proiezione del trattamento in esterno.

<sup>2</sup> Il riferimento è a C. cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), con cui il Giudice delle leggi ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. nella parte in cui includeva, nel catalogo dei benefici penitenziari preclusi ai condannati per uno dei reati di prima fascia, la misura della detenzione domiciliare c.d. "speciale", omologandola di fatto alle altre misure alternative aventi esclusivamente finalità rieducative. L'automatismo veniva censurato perché irragionevolmente lesivo dell'interesse del minore a godere della figura genitoriale nel proprio percorso di crescita. Onde evitare irragionevoli sperequazioni, la Corte estendeva il giudizio d'illegittimità anche al divieto di detenzione domiciliare ordinaria in precedenza posto dallo stesso art. 4-*bis*, comma 1 per le detenute di prima fascia. La strategia decisoria adottata nella sentenza in oggetto è, come si vedrà, una costante delle pronunce sugli automatismi dell'art. 4-*bis*, comma 1: eliminato l'automatismo, la Corte ne ammette la sostituzione con una valutazione giudiziale tale da garantire, caso per caso, un bilanciamento effettivo e concreto degli interessi in gioco.

<sup>3</sup> E ciò nei soli casi in cui possa essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione. Per un approfondimento sull'istituto del rinvio (artt. 146 e 147 c.p.), *infra*, nota 10.

<sup>4</sup> Nella pronuncia C. cost., sent. 8 marzo 2017, n. 76, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis* ord. penit., limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*». Il comma 1-*bis* del citato art. 47-*quinquies*, inserito dall'art. 3 della legge n. 62 del 2011, consente alle madri detenute, previa verifica di talune condizioni soggettive e oggettive, di scontare la reclusione in casa o in un luogo di assistenza ed accoglienza fin dall'inizio, in deroga al regime generale che prescrive, per l'accesso della detenzione domiciliare speciale, la previa espiazione di un terzo della pena. Tale "specialissima" misura alternativa di esecuzione era, prima dell'intervento della Corte Costituzionale, appunto applicabile «salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*» della stessa legge n. 354/1975.

che, seppur meritevoli di protezione, non trovavano tutela nella detenzione domiciliare, ordinaria o speciale. Rispetto a queste ultime misure, il beneficio dell'assistenza in esterno alla prole si presenta assai meno favorevole perché modifica ma non elide la condizione detentiva della madre, la cui permanenza in carcere viene semplicemente intervallata da uscite programmate in funzione dell'accudimento del bambino<sup>5</sup>.

Pur nella diversità di regime, gli istituti in parola condividono un'identica *ratio*: quella, esplicitata dalla stessa Corte, di favorire il rapporto madre-figlio in un contesto non segregante.

Per meglio comprendere il dato assiologico della misura in esame, è opportuno osservare come essa non rappresenti che un tassello di un più ampio progetto di riforme, avviato negli anni '80 con lo scopo di estromettere progressivamente le detenute madri dall'ambiente penitenziario. A spingere in questa direzione evolutiva, la maturata consapevolezza che maternità e infanzia rappresentino valori non adeguatamente salvaguardati negli istituti di reclusione e che le misure che vi favoriscono l'ingresso anche dell'infante, per quanto animate dal nobile intento di non recidere bruscamente il legame materno, presentino più controindicazioni che utilità. Misure di tal genere, già contemplate nella legge sull'ordinamento penitenziario del 1975<sup>6</sup>, non risolvono ma solamente posticipano il distacco dalla madre, rendendolo, se possibile, ancor più traumatico. Peraltro, è la stessa permanenza, anche provvisoria, in un ambiente punitivo, povero di stimoli e nel quale la figura genitoriale è defraudata di ogni autorevolezza, a mostrarsi dannosa per lo sviluppo psicofisico del bambino.

Riconosciuta l'inadeguatezza, se non la nocività, degli strumenti inframurari a tutela della maternità, il legislatore ha cominciato a volgere lo sguardo verso misure alternative alla detenzione in carcere. La condizione delle madri detenute veniva così inserita, ad opera della legge n. 663/1986 (c.d. legge Gozzini), nel testo dell'art. 47-ter ord. penit. come uno dei presupposti per l'inedita misura della detenzione domiciliare cd. umanitaria. Quest'ultima, nella sua attuale formulazione, consente alle donne incinta o madri con figli di età inferiore ai dieci anni di espriare nella propria abitazione, o in altro luogo di accoglienza, la pena della reclusione, purché non superiore ai quattro anni, anche se parte residua di maggior pena<sup>7</sup>.

Nel medesimo solco, la legge n. 40/2001 ha successivamente consentito anche alle condannate soggette a una pena maggiore di quattro anni di ricorrere alla cd. detenzione domiciliare speciale, a condizione però di aver scontato almeno un terzo della pena, o almeno quindici anni se ergastolane.

Il regime detentivo in abitazione è in questo caso disposto, come recita l'art. 47-quinquies ord. penit., «al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli»<sup>8</sup>. La precipua finalizzazione della misura all'assolvimento della funzione genitoriale, anche al di fuori delle mura domestiche, spiega le ulteriori condizioni a cui vi è subordinato l'accesso: l'assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e la possibilità di ripristinare la convivenza con il figlio/a<sup>9</sup>.

Infine, la stessa legge n. 40/2001 ha potenziato il preesistente istituto del rinvio dell'esecuzione della pena<sup>10</sup> e ha coniato *ex novo* quello dell'assistenza alla prole, operando un significativo rinvio alla re-

---

<sup>5</sup>Le modalità temporali di permanenza al di fuori del carcere risultano stabilite, in funzione dell'età e delle specifiche esigenze dei minori, in un programma di trattamento disposto dall'amministrazione penitenziaria e approvato, ai sensi degli artt. 21, comma 4, e 69, comma 5, ord. penit., dal magistrato di sorveglianza.

<sup>6</sup>L'art. 11, comma 7, nel testo originario della legge n. 354/1975 consentiva la permanenza dei bambini molto piccoli (fino all'età di tre anni) affianco alle madri presso gli istituti di reclusione, all'interno del cui organico venivano inclusi specialisti quali ostetriche, ginecologi e pediatri.

<sup>7</sup>L'attuale normativa è frutto di successive modifiche che hanno visto ampliato il limite edittale: da due anni a tre anni ad opera della legge 12 agosto 1993, n. 296 e, in seguito, da tre anni a quattro anni in forza dell'art. 4 della legge 27 maggio 1998, n. 165 (Legge Simeone-Saraceni). Anche l'età della prole è stata innalzata: dai tre anni dell'originaria formulazione ai cinque previsti dalla prima legge citata, e, infine, ai dieci stabiliti dalla seconda.

<sup>8</sup>Il Tribunale di sorveglianza stabilisce le modalità di attuazione della misura e può prescrivere restrizioni ai contatti e alle comunicazioni con persone diverse da quelle che coabitano o assistono la condannata. Ed è sempre il Tribunale di sorveglianza a dover precisare il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del domicilio.

<sup>9</sup>La prognosi viene svolta sulla base delle eventuali esperienze positive registrate in occasione della fruizione dei permessi.

<sup>10</sup>Si fa riferimento al rinvio dell'esecuzione della pena. Ai sensi dell'art. 146 c.p., il rinvio deve essere oggi obbligatoriamente concesso alle donne incinte o madri di bambini di età inferiore ad un anno (anziché sei mesi come nella precedente disciplina). A discrezione dell'autorità giudicante il rinvio può anche essere disposto, a norma dell'art. 147 c.p., nei confronti di condannate madri di figli minori di tre anni. Il regime anteriore alla legge Finocchiaro limitava invece il rinvio facoltativo alle donne che avessero partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno, oggettivamente impossibilitate ad affidare il figlio ad altri.

lamentazione del lavoro in esterno. Le ragioni di siffatto rinvio sono, ad avviso della Corte Costituzionale, da rintracciare nella circostanza che, come si ricava chiaramente dalla lettura dei lavori preparatori, il legislatore del 2001 abbia inteso attribuire ai compiti di cura dei figli minori «lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa»<sup>11</sup>.

Merita osservare che tale attribuzione è perfettamente coerente con il contesto socio-culturale in cui la riforma ebbe modo di maturare. Il ruolo materno aveva ormai compiuto il suo processo di emancipazione da espressione pre-codificata di una cultura patriarcale a frutto di una scelta libera e consapevole. Parallelamente, anche il contenuto di tale ruolo non poteva più ritenersi circoscritto all'accudimento materiale del minore, investendo piuttosto la sua formazione culturale, sociale ed etica. Alla luce di questa moderna prospettiva, la genitorialità diviene strumento responsabilizzante e come tale trova spazio anche nel mondo dell'esecuzione penale come strumento di reinserimento sociale della detenuta<sup>12</sup>.

Di qui la scelta di includere<sup>13</sup> tra i requisiti di accesso al neonato beneficio dell'assistenza alla prole quelli già sanciti per il lavoro in esterno, misura risocializzante per eccellenza, tra cui la necessaria espiazione di una quota di pena per le detenute condannate per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis<sup>14</sup>. Ma se il beneficio in esame persegue – accanto alla tutela dell'infante – i medesimi scopi rieducativi del lavoro in esterno, occorre chiedersi se sia corretto che le condizioni per accedervi coincidano con quelle di un diverso istituto preordinato, invece, al solo reinserimento sociale del condannato e improduttivo di riflessi su soggetti terzi.

#### LA LEGISLAZIONE D'EMERGENZA E IL DIRITTO PREMIALE MULTILIVELLO

Individuata la *ratio* del beneficio dell'assistenza alla prole, la Corte illustra i nodi che il richiamo all'art. 21 ord. penit. comporta con riferimento alla situazione delle detenute per i reati enunciati dall'art. 4-bis ord. penit. ai commi 1, 1-ter e 1-quater (cd. ostativi). L'accesso di queste persone al lavoro in esterno è condizionato, a norma del citato art. 21 ord. penit., alla previa espiazione di un terzo della pena, o di dieci anni in caso di ergastolo. Dalla lettura congiunta della norma con gli artt. 4-bis e 58-ter ord. penit. emergono, tuttavia, ulteriori sbarramenti legati alla collaborazione con la giustizia.

Come è noto, l'introduzione, all'indomani della stagione stragista del 1991-1992, degli artt. 4-bis e 58-ter ord. penit. ha segnato l'esautoramento del principio di uguaglianza dei condannati in fase esecutiva<sup>15</sup> a favore di un sistema trattamentale diversificato in funzione del *Tatertypus*:<sup>16</sup> detenuti "comuni", collaboratori di giustizia e detenuti per delitti di mafia non collaboranti. Muovendosi su direttrici di intervento diverse ma convergenti nello scopo<sup>17</sup>, il decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203<sup>18</sup>, da un lato ha stabilito divieti e limitazioni ai benefici penitenziari nei con-

<sup>11</sup> In principio configurato come modalità di esecuzione della pena, il lavoro in esterno ha gradualmente assunto i caratteri di una misura alternativa alla detenzione, disciplinata dall'art. 21 ord. penit. e dall'art. 48 del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230. L'attività lavorativa all'esterno, di carattere permanente e abituale, ha lo scopo di favorire una graduale risocializzazione del condannato.

<sup>12</sup> Il carattere innovativo degli orientamenti culturali sottesi alla riforma viene evidenziato da F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista Aic*, 2012, 4, p. 3.

<sup>13</sup> La misura risulta altresì subordinata alla condizione che i figli abbiano età non superiore a dieci anni e che la madre non sia stata dichiarata decaduta dalla potestà sugli stessi, a norma dell'art. 330 c.c.

<sup>14</sup> Dal rinvio all'art. 21 ord. penit. discende, inoltre, la preclusione del beneficio nei confronti di persona sottoposta al "divieto di concessione dei benefici", ex art. 58-quater ord. penit. o al regime di sorveglianza particolare indicato all'art. 14-bis ord. penit.

<sup>15</sup> Come ben riassume M. Pavarini, *Lo scambio penitenziario, Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, Edizioni Martina, 1996, p. 258, la disciplina prodotta nella stagione emergenziale «diverge[nte] dai dettami costituzionali di una pena che deve tendere alla rieducazione del reo, di un procedimento di sorveglianza di natura "giurisdizionale" in cui sia salvaguardato il diritto di difesa del detenuto, di una posizione di sostanziale ed oggettiva uguaglianza tra coloro che sono comunque assoggettati ad una sentenza penale di condanna».

<sup>16</sup> L'espressione, con cui in generale si indica il "tipo normativo di autore", è utilizzata per il tema in esame da F. Fiorentin, *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia: alcune annotazioni alla luce della prima applicazione della legge n. 45/01*, in *Diritto&Diritti*, aprile 2003.

<sup>17</sup> Sintetizzabile nella formula della cd. "premiabilità in negativo": il "premio" per la scelta collaborativa, infatti, non è che il superamento delle preclusioni dell'art. 4-bis ord. penit. e, quindi, la riappropriazione delle tradizionali prerogative riconosciute a qualsiasi detenuto. Cfr. F. Fiorentin, *op. cit.*

<sup>18</sup> Il quadro normativo delineato dalla legge n. 203/1991 è stato successivamente arricchito con l'introduzione, da parte della

fronti degli autori di delitti riguardanti la criminalità organizzata, dall'altro ha istituito un privilegio di esclusione dal suddetto regime per quelli tra di loro che avessero collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-ter ord. penit.

Pur se soggetto negli anni a frequenti ed estese interpolazioni<sup>19</sup>, l'art. 4-bis ord. penit. ha mantenuto il suo scheletro originario, presentandosi ancora oggi come un catalogo di reati, ordinati secondo un criterio di pericolosità e "ostatività" decrescente<sup>20</sup>.

Il disegno tracciato dall'art. 4-bis ord. penit. è arricchito nel dettaglio dalle singole disposizioni inerenti i benefici e le misure alternative cui la disciplina restrittiva si applica. In particolare, l'art. 21 ord. penit., con riferimento ai detenuti per tutti i reati di cui all'art. 4-bis, subordina l'accesso al lavoro esterno all'avvenuta espiazione di un *quantum* di pena, stabilito in un terzo della pena o dieci anni per i condannati all'ergastolo. Si tratta tuttavia di un filtro selettivo che, a norma dell'art. 58-ter, non si attiva quando il detenuto per reato ostativo abbia prestato la propria piena ed utile collaborazione nella ricostruzione dei fatti da parte dell'autorità e nell'individuazione o cattura di criminali concorrenti nel delitto ovvero nel far sì che il reato non sia portato a conseguenze ulteriori<sup>21</sup>.

La complessità dei nessi tra gli artt. 4-bis, 58-ter e 21 ord. penit. ha spinto la Corte a ripercorrere in motivazione tutti gli scenari possibili.

L'*excursus* muove dalla categoria dei condannati c.d. di prima fascia, i quali, per combinato disposto dei citati articoli, possono conseguire tramite la collaborazione benefici altrimenti preclusi senza, per di più, sottostare al vincolo di aver scontato preventivamente una frazione di pena<sup>22</sup>. Non vale però il contrario: essendo la collaborazione *condicio sine qua non* per la concessione delle misure premiali, questa

legge 7 agosto 1992, n. 356, dell'art. 41-bis, norma che consente in presenza di determinati requisiti, la sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario e l'imposizione di condizioni di detenzione particolarmente afflittive per i detenuti di mafia. Ciò con l'ovvio intento di rafforzare l'efficacia deterrente della custodia in carcere nei confronti degli associati ancora in libertà.

<sup>19</sup> Tanto da meritarsi l'appellativo di "mostro normativo": C. Fiorio, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 3, p. 2506. Per un'analisi approfondita delle modifiche susseguitesi nel tempo: C. Cesari, G. Giostra, *sub art. 4-bis*, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2011, p. 47 ss.; C. Cesari, *sub art. 58-ter*, *ivi*, p. 845 ss.; C. Fiorio, *sub art. 4-bis*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. III, Milano, Ipsoa, 2010, p. 10166 ss.; R. Fonti, *sub art. 58-ter*, *ivi*, p. 10641 ss.

<sup>20</sup> Così il comma 1 contempla i delitti "assolutamente ostativi"<sup>20</sup>, o anche detti di prima fascia, per i quali la concessione dei benefici penitenziari ivi indicati è subordinata alla circostanza che il detenuto abbia offerto la propria collaborazione alla giustizia. Si tratta di fattispecie di reato tutte particolarmente gravi, che, nonostante le diversità, sono assimilabili in quanto solitamente espressione dell'attività delle organizzazioni criminali. Segue un secondo comma (1-bis) dedicato alle ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile e inesigibile, ricorrendo le quali la fruibilità delle misure alternative e premiali dipende dalla prova – a carico del detenuto – dell'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata; cui si aggiunge, nel caso di collaborazione irrilevante, l'ulteriore condizione dell'applicazione di una delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, n. 6 (avvenuto risarcimento del danno), 116 comma 2 (limitato o attenuato concorso) e 114 c.p. (limitato ruolo del condannato all'interno dell'organizzazione criminale). Al comma 1-ter viene poi descritta una seconda fascia di reati, cosiddetti "relativamente ostativi", con riferimento ai quali il detenuto è ammesso a godere dei benefici a patto che, in fase istruttoria, non siano stati acquisiti elementi tali da far ritenere l'attualità di contatti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. L'onere probatorio è qui posto in capo alla pubblica accusa, che potrà soddisfarlo dimostrando un «qualsivoglia rapporto o relazione con ambienti o persone appartenenti alla criminalità organizzata»: in questo senso Cass., sez. I, 26 giugno 1992, n. 3083, in *Cass. pen.*, 1994, p. 400. Con riguardo al *quantum* probatorio, la Cassazione non ritiene necessario che delle suddette relazioni sia data prova inconfutabile, essendo invece sufficienti meri indizi: si veda Cass., sez. I, 24 settembre 1992, n. 3556, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1651. Infine, con il comma 1-quater, di più recente conio, si delinea un terzo ed ultimo circuito per i cd. *sex offenders* (autori di determinati reati sessuali), ammessi ai benefici solo previa positiva valutazione della personalità a seguito di un'osservazione della durata minima di un anno.

<sup>21</sup> L'art. 58-ter ord. penit., seguendo una traccia già individuata nel diritto penale sostanziale (si vedano, ad esempio, l'art. 630, comma 5, c.p. e l'art. 74, comma 7, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309), definisce la collaborazione utile come la condotta *post delictum* di chi si adoperi affinché il reato non sia portato ad ulteriori conseguenze ovvero di chi aiuti concretamente l'autorità di polizia o giudiziaria alla costruzione dei fatti o all'individuazione o alla cattura degli altri criminali che abbiano partecipato alla commissione del delitto. In presenza dei suddetti comportamenti, il Tribunale di sorveglianza non è tenuto ad accertare anche la mancanza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, giacché la collaborazione è ritenuta di per sé idonea a provare l'antagonismo e l'allontanamento di colui che la presta rispetto all'organizzazione di provenienza: C. Cesari, *sub art. 5-ter. Persone che collaborano con la giustizia*, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2011, p. 850.

<sup>22</sup> L'affermazione per cui i detenuti di prima fascia, una volta prestata la propria collaborazione, possano fruire dei benefici senza dover previamente espriamere una frazione di pena è approdo consolidato nella stessa giurisprudenza costituzionale: *ex plurimis*, C. cost., sent. 14 dicembre 1995, n. 504 in *www.cortecostituzionale.it*. Concorde anche: Cass., sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578, in *CED Cass.*, n. 268250 e Cass., sez. I, 12 luglio 2006, n. 30434, in *CED Cass.*, n. 235266.

dovrà essere negata al detenuto che, pur avendo scontato parte della condanna, non abbia prestato la condotta richiesta.

Le conseguenze positive della collaborazione si rivelano meno dirompenti rispetto ai condannati per delitti di cui ai commi 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis*; delitti che, per sé stessi, sono solo "relativamente" ostativi alle misure di favore. Per simili categorie di reclusi – cd. di seconda e terza fascia – la concessione dei benefici penitenziari dipende infatti dalla sola espiazione di parte della pena e prescinde invece dalla collaborazione, che, pertanto, non costituisce una strada obbligata ma tutt'al più preferenziale, in quanto utile per accedere al beneficio eludendo la permanenza, anche temporanea, in carcere.

Infine, con riferimento ai reclusi per delitti di "prima fascia" che versino nelle condizioni previste dal comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* (collaborazione inesigibile, impossibile o irrilevante), la Corte, sulla base di un'interpretazione letterale delle ricordate disposizioni, conclude che, oltre a fornire prova dell'assenza di legami con ambienti di grave criminalità, il richiedente debba aver previamente scontato la pena necessaria.

### IL SACRIFICIO DELL'INTERESSE DEL MINORE INSITO NELL'AUTOMATISMO LEGISLATIVO

Quale che sia il suo *status* in base alla classificazione "interna" offerta dall'art. 4-*bis*, il detenuto per reato ostativo si vedrà sempre negato il beneficio premiale nell'ipotesi in cui non abbia prestato la condotta collaborativa o non abbia parzialmente scontato la pena. La normativa di riferimento non lascia spazio per interpretazioni correttive ed esibisce una tecnica legislativa – quella degli automatismi – che, come si avrà modo di dire, è da tempo oggetto di critiche da parte dello stesso giudice costituzionale.

La censura qui mossa dalla Corte riguarda la trasposizione anche al beneficio dell'assistenza alla prole del complesso sistema di preclusioni inderogabili descritto in precedenza. A generare perplessità sono le divergenze che il beneficio in esame e il lavoro in esterno registrano sul piano assiologico. Pur condividendo con il lavoro esterno le aspirazioni rieducative nei confronti della madre, l'assistenza all'esterno della prole appare votata prioritariamente a preservare il figlio dalla perdita della figura genitoriale in una fase nevralgica del proprio sviluppo. Scopo primo dell'istituto è, quindi, la tutela del minore, soggetto distinto dalla detenuta e le cui istanze trovano riconoscimento sul piano costituzionale e sovranazionale. Si vedano in proposito le disposizioni della Carta fondamentale a tutela della famiglia come società naturale, del diritto-dovere all'educazione dei figli e della protezione dell'infanzia (artt. 29, 30 e 31 Cost.). Nella stessa prospettiva, fonti internazionali quali la Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata a New York il 20 novembre 1989<sup>23</sup> e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, esprimono, nel complesso, il principio generale per cui il "superiore" interesse del minore può risultare soccombente, nelle decisioni assunte da autorità pubbliche o istituzioni private, solo in esito ad un'operazione di bilanciamento con gli altri interessi in gioco<sup>24</sup>.

Preso atto dello statuto di tutela di cui gode il minore, la Corte ha ribadito le osservazioni già espresse nella sentenza n. 239 del 2014 con riferimento all'esclusione, ad opera dell'art. 4-*bis*, comma 1, delle detenute non collaboranti dalla detenzione domiciliare speciale. In quell'occasione si era infatti affermato che, mentre la fruizione dei benefici penitenziari "tradizionali" – caratterizzati, cioè, per una spiccata *ratio* risocializzante – può essere subordinata all'avvenuta collaborazione<sup>25</sup>, simili strategie di incentivazione devono essere più attentamente ponderate quando alla specialprevenzione si associi altra finalità esogena, di pari o superiore rilievo costituzionale. In tal caso il meccanismo presuntivo si mostra di per sé potenzialmente lesivo dell'interesse concorrente ed è, per ciò, da accantonare in favore di una valutazione giudiziale del caso concreto.

Nella disciplina sottoposta al vaglio della Consulta il conflitto sorge tra la piena realizzazione del diritto del minore a beneficiare in modo continuativo delle cure materne e le istanze di difesa sociale sottese all'esecuzione della pena in carcere. Affinché il "costo" di tali istanze non gravi su un soggetto terzo<sup>26</sup>, estraneo tanto al crimine quanto alla scelta della detenuta di non collaborare con la giustizia, oc-

<sup>23</sup> Nel cui Preambolo si afferma che «il fanciullo, ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità, deve crescere in un ambiente familiare, in un clima di felicità, di amore e di comprensione», così prescrivendo uno *standard* qualitativo di vita difficilmente realizzabile all'interno di una struttura penitenziaria.

<sup>24</sup> Principio espressamente enunciato dal paragrafo 1 dell'art. 3 della Convenzione di New York.

<sup>25</sup> Collaborazione che in tal caso assume valore di indice "legale" di ravvedimento.

<sup>26</sup> Già in precedenza, la Corte costituzionale aveva elaborato il principio per cui deve considerarsi illegittima l'esecuzione di

corre che al giudice sia data facoltà di accertare se e in che misura ricorrano nell'ipotesi concreta le suddette esigenze preventive.

Sulla scorta di tali osservazioni, la Corte ritiene l'art. 21-*bis* ord. penit. contrastante con l'art. 31 Cost., comma 2, nella parte in cui fa dipendere dalla scelta collaborativa la concessione del beneficio ai detenuti per reati c.d. di prima fascia, privilegiando, mediante il richiamo all'art. 4-*bis*, comma 1, la lotta alla criminalità organizzata e precludendo al giudice determinazioni autonome che gli consentano – sulla base di una concreta prognosi di futura astensione dalla commissione di altri reati – di autorizzare la detenuta ad assistere il figlio all'esterno. In altri termini, nell'impostazione accolta dalla Corte, la normativa è censurabile in quanto presume dalla scelta della non collaborazione una pericolosità sociale che, per essere idonea a giustificare la compressione dei diritti del minore, dovrebbe invece essere verificata in concreto.

Le medesime obiezioni vengono rivolte con riferimento ai limiti previsti per l'accesso immediato (senza previa espiazione della pena) degli autori di reati di "seconda" o "terza fascia", anch'esso subordinato alla scelta collaborativa. E sempre sulla base dell'eterogeneità di scopi che connota l'assistenza all'esterno, differenziandola da altre misure preordinate al solo reinserimento sociale del condannato, la Corte dichiara illegittimo il regime stabilito per le detenute la cui collaborazione risulti impossibile, inesigibile o irrilevante *ex art. 4-bis*, comma 1-*bis*. Anche per quest'ultime, infatti, la fruibilità al beneficio è sottoposta a una condizione – la previa espiazione della quota di pena – in assenza della quale l'interesse del minore è destinato inevitabilmente a recedere. Nel ribadire i *dicta* della sentenza n. 76 del 2017, di poco precedente, la Corte sposa la conclusione per cui anche la parziale esecuzione della pena, richiesta come presupposto per l'accesso al beneficio dell'assistenza all'esterno per effetto del rinvio all'art. 21 ord. penit., si pone in contrasto con l'art. 31, comma 2 Cost.

## I MECCANISMI PRESUNTIVI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Che il tema degli automatismi giunga con tanta frequenza all'attenzione della Consulta non sorprende: esso non è che l'altra faccia dell'eterna questione circa i limiti del giudice nell'interpretazione della legge penale. Tentando di semplificare, si può affermare che la discussione verte sulla ricerca di un accettabile equilibrio tra le due anime del diritto, «quella sapienziale, che vorrebbe ancorare la decisione giudiziale all'apprezzamento quasi equitativo delle esigenze che emergono nel caso concreto; e quella formalistica, se non legalistica, che aspira alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni giudiziali adottate sulla base di norme generali e astratte»<sup>27</sup>. Se è vero che, in ossequio al principio di legalità, l'attività creatrice del diritto resta prerogativa delle istituzioni rappresentative, non si può, tuttavia, negare che la tutela di altri principi di pari valore costituzionale pare oggi richiedere al formante giurisprudenziale un ruolo sempre più incisivo. Lo stimolo a riconoscere in capo al giudice taluni margini di autonomia rispetto alle previsioni della legge proviene, innanzitutto, dall'urgenza di dare attuazione al principio di uguaglianza, o, meglio, di realizzare la c.d. dimensione negativa di tale principio, che impone di trattare diversamente situazioni tra loro difformi. Ma è la stessa funzione rieducativa della pena, predicata dall'art. 27, comma 3, Cost., a vietare la strumentalizzazione del singolo a fini general-preventivi di deterrenza e ad esigere una modulazione del trattamento sanzionatorio sulla base del fatto e alle caratteristiche del suo autore. Nonostante la portata di tali *input*, l'indirizzo assunto dal legislatore negli ultimi anni nei confronti del potere giudiziario è stato più restrittivo che concessorio<sup>28</sup>.

una pena che non tenga conto dei diritti costituzionalmente tutelati di soggetti diversi dal condannato. In questo senso: C. cost., sent. 13 aprile 1990, n. 215, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 1887; C. cost., sent. 5 dicembre 2003, n. 350, in *G.U.*, I serie spec., 2003, n. 12.

<sup>27</sup> G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 2007, 28, p. 220.

<sup>28</sup> Sul piano processuale basti ricordare la modifica che l'art. 2, comma 1, del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, ha apportato al comma 3 dell'art. 275 c.p.p., stabilendo una presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere per i soggetti autori di determinati reati, per ciò solo, ritenuti pericolosi. Com'è noto, la presunzione è stata travolta da un nutrito numero di pronunce di incostituzionalità (C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Guida dir.*, 2010, 35, p. 60; C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3722; C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2965; C. cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1619; C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4325; C. Cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, p. 625), da ultimo, anche con riferimento ai responsabili del delitto di associazione di tipo mafioso, seppur nella sola declinazione del concorso esterno (C. cost., sent. 25 febbraio 2015, n. 48, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015). Nel diritto penale sostanziale, l'apice del processo di

E terreno elettivo di questa tendenza alla compressione è stato proprio il diritto punitivo, che, per il suo valore anche simbolico<sup>29</sup>, si è ritenuto necessitasse, più di altri, di essere reso impermeabile a pericolose interferenze nel momento applicativo.

L'ordinamento ha visto così progressivamente proliferare i cd. automatismi legislativi: disposizioni che radicalizzano il normale rapporto di consequenzialità fra apodosi (se A) e protasi (allora B), proprio in generale di ogni norma, con una formulazione che preclude al giudice di modulare l'ambito di applicazione della disciplina ai soli casi in cui ne ricorra la ragione giustificatrice prevista *ex lege*. In altri termini, l'automatismo non consente all'operatore del diritto di «includere o escludere casi, soggetti o fattispecie che risultano, rispettivamente, non rilevanti o rilevanti rispetto alla *ratio*»<sup>30</sup>. È bandita quindi qualsiasi operazione interpretatrice o analogica atta a correggere il difetto di tipizzazione della protasi, la quale potrà quindi risultare sovrainclusiva (rispetto ai casi per i quali la disciplina non sarebbe giustificata) o sottoinclusiva (rispetto ai casi per i quali viceversa sarebbe giustificata). Il ruolo del giudice, privato di poteri correttivi nella descrizione giuridica della fattispecie, si esaurisce nella fedele applicazione delle conseguenze sancite in protasi.

Dinanzi alle perdite che siffatti meccanismi presuntivi inevitabilmente producono sul terreno della ragionevolezza, l'intervento del Giudice delle leggi era annunciato. All'intensa produzione di automatismi da parte del legislatore, la Consulta ha così opposto un'ostinata opera demolitrice delle previsioni rivelatesi contrarie all'art. 3 Cost.<sup>31</sup>. Il sindacato di irragionevolezza ha investito due specie di automatismi: quelli carenti di solide basi statistiche<sup>32</sup> e quelli che comprimono irragionevolmente interessi da considerare costituzionalmente prioritari. In questa seconda categoria si inserisce la pronuncia di inco-

---

compressione si è registrato con la legge 5 dicembre 2005, n. 251, la quale aveva introdotto, nell'art. 62-bis, comma 2, c.p., il divieto per il giudice di riconoscere attenuanti generiche in favore del recidivo reiterato dichiarato colpevole di un grave delitto, sulla base di considerazioni concernenti l'intensità del dolo o la capacità a delinquere del reo anche in relazione alla «condotta contemporanea o susseguente al reato». Come ben sintetizza G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. Garofoli-T. Treu (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Ist. Enc. Treccani, Roma, 2014: «La *ratio* della norma si fondava su un doppio ragionamento presuntivo, cioè che i recidivi reiterati esprimono sempre una pericolosità elevata, tanto da non risultare mai credibilmente ridotta alla luce dei fattori attenuanti "oscurati" dal legislatore».

Anche questa disposizione non ha retto al vaglio della Corte costituzionale, che ne ha dichiarato l'illegittimità sull'assunto che «la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali»: C. cost., sent. 7 giugno 2011, n. 183, in *Guid. dir.*, 2011, 27, p. 52.

<sup>29</sup> Come osserva L. Pace, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. Cost.*, 2014, 5, p. 3948: «Nel momento in cui la norma deve esplicitare la sua azione essenzialmente sul piano ideologico e culturale, devono ridursi al minimo le possibilità di intervento di un soggetto terzo, in questo caso il giudice, che con l'esercizio della sua discrezionalità possa rendere inefficace tali funzioni. In altri termini, se deve punirsi l'autore del reato o più in generale il soggetto pericoloso per la collettività, il giudice non può avere spazio di azione nell'accertamento del fatto e tanto meno nella modulazione delle conseguenze giuridiche». Sul tema anche: A. Pace, *Misure di sicurezza e pericolosità sociale presunta*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 196 e G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 4904, il quale mette in evidenza che «soprattutto nell'ultimo ventennio e soprattutto nel settore penale, quasi mai si è legiferato per assicurare adeguata tutela ad un interesse emergente o in effettiva carenza di protezione», ma piuttosto per far «guadagnare popolarità a buon mercato» alla classe politica.

<sup>30</sup> L. Pace, *op. cit.*, p. 3948.

<sup>31</sup> Per un'analisi del fenomeno: A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 4909 ss.; E. Crivelli, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. Butturini-M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, E.s.i., 2014, p. 85 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 194 ss.

<sup>32</sup> Si è già detto della sequenza di decisioni della Consulta che ha investito l'art. 275, comma 3 (cfr. *supra* nota 30) sviluppatasi sull'assunto per cui le presunzioni assolute non sono vietate dall'art. 3 Cost. ma richiedono una "base empirica" di grandissima affidabilità, affinché sia ridotta al minimo la possibilità che venga incluso nella disciplina un caso concreto nel quale non ricorrano le condizioni per una ragionevole applicazione della stessa. Nello stesso senso la Corte si era già espressa in C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, in *Giust. pen.*, 2011, 1, p. 214; C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3169; C. Cost., sent. 16 aprile 2010, n. 139, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1643, statuendo che «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, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

stituzionalità dell'art. 21-*bis*, nonché le precedenti che hanno corretto, sempre in chiave di protezione dell'infanzia e di sostegno alla genitorialità, l'assetto preclusivo risultante dall'art. 4-*bis* e 58-*ter*. Tale assetto non solo si fonda su di una presunzione legale – quella di particolare pericolosità sociale attribuita di *default* agli autori di delitti ostativi – ma è potenziato da un'altra generalizzazione di carattere assoluto: quella per cui, in assenza di collaborazione processuale, non può ritenersi avviata alcuna riflessione critica sul reato, tale da giustificare l'accesso a misure premiali.

Da più parti si è fatto notare come l'imposta equivalenza tra mancata collaborazione e mancato ravvedimento, peraltro opinabile nella sua attendibilità<sup>33</sup>, possa finire per neutralizzare gli effetti di un percorso di ripensamento delle proprie condotte che sia stato invece intrapreso dal detenuto non collaborante, con palese violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.<sup>34</sup>. Quello appena descritto costituisce, peraltro, solo uno dei molti sospetti di incostituzionalità che gravano sull'automatismo in esame<sup>35</sup>. Ciò nonostante, la giurisprudenza costituzionale, fino ad oggi, si è sempre rifiutata di censurare in modo radicale la regola “*carceratus tenetur alios detegere*”<sup>36</sup> che vige per i detenuti del 4-*bis*, non ravvisandovi alcuna incompatibilità sostanziale rispetto ai principi di uguaglianza e ragionevolezza ovvero ai parametri che assicurano la funzione rieducativa della pena (la Corte si è così pronunciata, ad esempio, nelle sentenze n. 273 del 2001<sup>37</sup> e n. 135 del 2003<sup>38</sup>).

Un'eccezione a questa tendenza conservativa tuttavia si è registrata con riferimento alle ipotesi in cui l'automatismo, privilegiando in modo incondizionato gli scopi della legislazione securitaria, trascuri completamente interessi di pari rilevanza, come quello del minore. L'avversione che la giurisprudenza costituzionale esprime nei confronti delle presunzioni di cui all'art. 4-*bis* – giova sottolinearlo – non è quindi generalizzata ma direttamente proporzionale al valore degli interessi che restano sacrificati<sup>39</sup>.

Emblematiche a riguardo le parole con cui la Consulta, dichiarando illegittimo l'art. 569 c.p. nella parte in cui prescriveva l'automatica applicazione della pena accessoria della decadenza dalla potestà

<sup>33</sup> La collaborazione di giustizia da parte del condannato e la prova, di per sé “diabolica”, della cesura dei legami con la criminalità organizzata non costituiscono dimostrazione certa dell'avvio di un percorso rieducativo. Sottolinea, infatti, B. Spriggo, *La “riflessione critica sul reato” e l'automatismo ostativo di cui all'art. 4-bis ord. penit.*, in *Criminalia*, 2014, p. 625: «l'ostatività connessa alla mancanza dei suddetti elementi assieme al carattere ‘negoziale’ della disciplina (informazioni investigative e/o operative in cambio di un regime penitenziario ordinario) inquinano la genuinità dei comportamenti *post delictum* e/o *post sententiam*». Così anche per L. Eusebi, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1221 ss.; A. Picciani, *La premialità nel sistema penale*, in S. Armellini-G. Di Giandomenico (a cura di), *Ripensare la premialità*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, p. 318 ss. La stessa Corte costituzionale in C. cost, sent. 11 luglio 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1177 ha ammesso che la condotta collaborativa «può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione».

<sup>34</sup> Suggestisce L. Eusebi, *op. cit.*, p. 1222, che per eliminare gli aspetti di incostituzionalità della norma, il giudice competente dovrebbe poter «valutare – secondo una lettura costituzionalmente compatibile dell'art. 4-bis ord. penit. – se sussistano circostanze che escludano la rilevanza in concreto dell'indisponibilità a collaborare da parte del detenuto quale indizio di non avvenuta rieducazione». In questo senso anche la proposta di modifica dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis* ord. penit. e dell'art. 2 comma 1, del d.l. 203/1991 avanzata dalla Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo. A tal riguardo si veda anche: F. Palazzo, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 febbraio 2014.

<sup>35</sup> Per la cui trattazione analitica si rinvia a L. Eusebi, *op. cit.*, p. 1220 ss.

<sup>36</sup> L. Filippi-G. Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 188.

<sup>37</sup> Con la sentenza C. cost., sent. 5 luglio 2001, n. 273, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2288, la Consulta ha rigettato la questione di incostituzionalità sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Sassari con riferimento al divieto, per i condannati di prima fascia non collaboranti, di accedere alla liberazione condizionale. In quell'occasione i Giudici hanno ritenuto che la scelta di non collaborare costituisca indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, del mancato ravvedimento del condannato. Presunzione questa che è vincibile solo nei casi di oggettiva impossibilità o inesigibilità della collaborazione (C. cost., sent. 22 febbraio 1995, n. 68, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1777 e C. cost., sent. 27 luglio 1994, n. 357, in *Cass. pen.*, 1994, p. 496).

<sup>38</sup> La sentenza si segnala per aver “risolto” il delicato problema del cd. ergastolo ostativo. Il comma I dell'art. 4-*bis* sancisce che, in assenza di collaborazione, la condanna all'ergastolo preclude la concessione dei benefici e, quindi, anche della liberazione condizionale, unica *chance* di fuoriuscita dal carcere. Con la pronuncia n. 135 del 2003, in *Consultaonline*, la Consulta ha salvato la disposizione affermando che l'ostatività «non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare pur essendo nelle condizioni di farlo».

<sup>39</sup> F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. Cost.*, 2014, 5, p. 3940.

genitoriale agli autori di delitti contro lo stato di famiglia<sup>40</sup>, preannunciava altre future incursioni nell'*enclave* degli automatismi legali: «la nota problematica che affligge i perduranti caratteri di automatismo (...) assume (...) una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto, come necessario termine di raffronto, la salvaguardia delle esigenze educative e affettive del minore: esigenze che finirebbero per essere inaccettabilmente compromesse, ove si facesse luogo a una non necessaria interruzione del rapporto fra il minore e i propri genitori in virtù di quell'automatismo e di quella fissità». Coerentemente con quanto osservato in quell'occasione, la Corte si è, in seguito, pronunciata colpendo gli automatismi penitenziari dell'art. 4-*bis* ord. penit. proprio in virtù del loro contrasto con un diritto – quello dell'infante – che per la sua valenza costituzionale e sovranazionale, esige di essere bilanciato, caso per caso, con le istanze di sicurezza sociale<sup>41</sup>.

Può, quindi, affermarsi che la censura nei confronti delle presunzioni fondate sull'art. 4-*bis* sia finora dipesa dalla portata dei beni ingiustamente compressi. In tali casi, peraltro, la Consulta non si è mai espressa a favore della prevalenza dell'uno o dell'altro interesse in gioco, ma si è limitata a indicare i criteri con cui una simile valutazione deve essere compiuta dal singolo giudice<sup>42</sup>. Detto altrimenti, non si predetermina una regola generale di composizione del conflitto, bensì si restituisce all'interprete il potere, negatogli dal legislatore, di procedere a valutazioni coerenti con la specificità del caso, tramite la c.d. delega di bilanciamento in concreto<sup>43</sup>. Si assiste così a una singolare distribuzione verticale del potere decisionale: da un lato, alla Corte costituzionale il compito di fissare *standard* di bilanciamento generali, caratterizzati da un basso livello di vincolatività *ex ante* ("pericolosità concreta", "interesse superiore del minore"), dall'altro, ai giudici di merito l'onere di precisarne nel dettaglio le condizioni applicative caso per caso (*one case at the time*)<sup>44</sup>. La scelta di adottare criteri di bilanciamento "per grandi categorie", riservandone la definizione contenutistica alla discrezionalità dell'operatore, tende evidentemente al recupero in sede giudiziale di quel principio di ragionevolezza disatteso dall'automatismo.

Il *modus operandi*, per quanto divenuto ormai una costante nella giurisprudenza costituzionale, viene guardato con diffidenza da alcuni autori, i quali osservano che le dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi, censurando la generalità e l'astrattezza della norma, colpirebbero i tratti caratteristici della legge, ossia «una legge perché ... legge», così determinando il crollo del mito ottocentesco della "legge uguale per tutti"<sup>45</sup>.

Ebbene, è pacifico che la norma nasca come generalizzazione: l'oggetto della disciplina non è che un paradigma, costruito valorizzando alcuni degli aspetti che il fenomeno può assumere nella realtà e trascurandone altri. Tale processo di astrazione comporta una regola che è geneticamente sovra-inclusiva o sotto-inclusiva rispetto ad alcune ipotesi concrete, giacché, per quanto possa risultare vera in alcuni o in gran parte dei casi, non potrà necessariamente esserlo per tutti<sup>46</sup>. Si può convenire, quindi, che la di-

<sup>40</sup> Cfr., a tal proposito, C. cost., sent. 23 febbraio 2015, n. 31, in *Giur. it.*, 2012, marzo, p. 493, con riferimento al reato di alterazione di stato e C. cost., sent. 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, p. 169, con riferimento al reato di soppressione di stato.

<sup>41</sup> Un'anomalia in questo orientamento a tutela dell'infanzia si rinviene per le presunzioni in tema di custodia cautelare. La Corte Costituzionale ha infatti più volte affermato che, anche quando si discute dell'identico interesse del minore a conservare un rapporto extra-carcerario con la madre, il trattamento della misura cautelare e quello della esecuzione possono essere diversi. Citando la sentenza più recente in tema (C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 17, in *Giur. cost.*, 2017, p. 88): «le misure cautelari, a differenza della pena, [sono] volte a presidiare i *pericula libertatis*, cioè ad evitare la fuga, l'inquinamento delle prove e la commissione di reati [...] se le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, ne consegue il principio da porre in bilanciamento con l'interesse del minore è, nei due casi, differente. E non raggiunge, pertanto, il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l'interesse del minore fornisca esiti non coincidenti».

<sup>42</sup> In altri termini non viene contestata «la plausibilità empirico-criminologica o tecnico-scientifica di predicati fattuali e generalizzazioni prescrittive a base della presunzione legale» ma solo la loro predicata assolutezza. Così si esprime A. Tesauro, *op. cit.*, p. 4909.

<sup>43</sup> La fortunata espressione si deve a R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 88-93, p. 120-131. Sullo stesso tema anche: Bin, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 3574; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 342-347.

<sup>44</sup> In questo senso, A. Tesauro, *op. cit.*, p. 4909.

<sup>45</sup> T. Groppi, *La sentenza n. 253 del 2003: La Corte e il "diritto mite"*, in [www.forumquaderniconstituzionali.it](http://www.forumquaderniconstituzionali.it), 29 luglio 2003. Sul punto si veda anche G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 210.

<sup>46</sup> F. Schauer, *Playing by the rules. A philosophical examination of Rule-Based-Decision-Making in Law and Life*, Oxford, 1991, trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 47 ss.

scrasia tra il mondo fattuale e quello descritto dalla norma costituisca un dato ineliminabile nell'esercizio della potestà legislativa.

A questa considerazione se ne affianca però un'altra: il principio di supremazia costituzionale impone di censurare la norma ordinaria quando essa, pur astrattamente conforme alla Costituzione, presenti una formulazione rigida che la renda in concreto non conforme ai valori della Carta.

La censura costituzionale degli automatismi legislativi è appunto circoscritta a quelle fattispecie in cui, per usare le parole della stessa Consulta, «l'apprezzamento da parte del giudice della situazione concreta ... è apparso l'unico modo per realizzare il bilanciamento di diverse esigenze costituzionali»<sup>47</sup>. La critica non è, quindi, rivolta in generale all'astrattezza propria di ogni meccanismo legale, ma a quella singolare impermeabilità alle valutazioni giudiziali che connota l'automatismo anche quando ragioni di rilievo costituzionale richiederebbero l'intervento "casistico" del giudice. In discussione è, quindi, quell'ideale di legge cui ambiva l'Illuminismo giuridico e che il principio di supremazia costituzionale impone di abbandonare. L'automatismo, infatti, altro non è che l'anacronistico tentativo di realizzare l'*optimum* di matrice giusnaturalista<sup>48</sup>: norme giuridiche chiare e uniformi, vere e proprie briglie all'attività del giudice, ridotto a "*bouche de la lois*".

Tale modello legale può risultare gravemente inadeguato<sup>49</sup> in un ordinamento che è retto da principi superiori – quelli consacrati nella Carta Costituzionale – a cui la norma ordinaria deve tentare di dare massima attuazione<sup>50</sup>. Quello che si richiede al legislatore è di privilegiare opzioni normative che offrano il massimo grado di garanzia possibile ad interessi costituzionalmente tutelati. Con la categoria degli automatismi si realizza, invece, una scelta del tutto opposta, che, nel sottrarre al giudice ogni margine di correzione della sovra/sottoinclusività tipica della norma, giunge talora per sacrificare in modo irrimediabile un diritto di rango costituzionale. Nell'eventualità descritta, la Corte è chiamata ad intervenire sulla forma legale mal concepita<sup>51</sup>, per investire il giudice di una "delega di bilanciamento" capace di ripristinare gli equilibri imposti dalla Costituzione. D'altro canto, la frequenza di simili interventi nell'attuale contesto storico si spiega in chiave reattiva all'azione di un legislatore che, nell'ansia di fornire certezze nei settori del diritto politicamente più sensibili<sup>52</sup>, finisce per negare tutela a diritti fondamentali della persona.

---

<sup>47</sup> C. cost., sent. 18 luglio 2003, n. 253, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2109.

<sup>48</sup> G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *op. cit.*, p. 210.

<sup>49</sup> Le considerazioni che seguono sono di L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, Tesi di dottorato, Scuola dottorale internazionale "Tullio Ascarelli", Università degli Studi "Roma Tre", a.a. 2014-2015, relatore G. Sergies.

<sup>50</sup> Come si legge in F. Modugno, *L'invalidità della legge*, II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 335, le leggi devono ritenersi «tutte positivamente vincolate al fine, sia pure generico, di realizzare la Costituzione».

<sup>51</sup> C. Mezzanotte, *Le fonti tra legalità e legittimità*, in *Queste istituzioni*, 1991, p. 51.

<sup>52</sup> Si pensi, ad esempio, alla legislazione in materia di misure di sicurezza, rispetto alla quale, già in tempi passati, A. Pace, *Misure di sicurezza e costituzione*, in *op. cit.*, p. 193, segnalava come «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze ma astratte scelte di politica legislativa». L'Autore, più recentemente, è tornato ad occuparsi del tema in A. Pace, *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Dir. soc.*, 2013, p. 177 ss.