

L'accesso alla detenzione domiciliare speciale tra automatismi irragionevoli e addizioni non necessarie. A margine Corte Cost. sent. n. 18/2020*

di Lorenzo Moroni – Dottorando in Scienze Giuridiche presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari

ABSTRACT: The paper analyzes the choice of the Constitutional Court, made in judgment no. 18 of 2020, to use an additive manipulative judgment to declare, in matters of “special” home detention, the unreasonableness of the age limit of 10 years in the case of offspring with a totally invalidating disability.

SOMMARIO: 1. Esecuzione della pena *versus* tutela della prole: il caso. – 2. La problematicità della manipolazione additiva. – 3. L'ablazione per la transizione dalla “regola” al “regolo”.

1. Esecuzione della pena *versus* tutela della prole: il caso

La necessità di garantire l'esecuzione della pena e quella di tutelare la prole dei condannati sono i termini del difficile bilanciamento su cui la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi con la sentenza n. 18 del 14 febbraio 2020¹, in materia di accesso alla detenzione domiciliare

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

¹ Per ulteriori commenti sulla sentenza si v. 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 *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 3/2020, p. 632 ss.; G. LEO, *La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, in *sistemapenale.it*, 2020; F. MARTIN,

“speciale” ex art. 47-quinquies, comma primo, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (ordinamento penitenziario).

La vicenda ha preso origine dall’impugnazione in Corte di Cassazione del provvedimento di rigetto dell’istanza di detenzione domiciliare “speciale” ex art. 47-quinquies, comma 1, ordin. penit., che la detenuta A.F. aveva proposto innanzi al Tribunale di sorveglianza di Reggio Calabria per la «cura e l’assistenza della figlia affetta da grave disabilità nata nel 1994, e dunque di età superiore ai dieci anni»². La disposizione in parola prevedeva che la condannata, per accedere alla tipologia “speciale” di domiciliari, dovesse essere madre di prole di età non superiore a dieci anni.

Con la decisione in commento³, dunque, il Giudice delle leggi è stato chiamato a vagliare la legittimità costituzionale dell’art. 47-quinquies, comma primo, ordin. penit., nella parte in cui «non prevede la concessione della detenzione domiciliare “speciale” anche nei confronti della condannata madre di prole affetta da handicap totalmente invalidante»⁴.

La detenzione domiciliare “speciale” è una misura alternativa alla detenzione che assolve la funzione di ampliare le ipotesi previste dalla più generale detenzione domiciliare “ordinaria”, di cui all’art.47-ter, comma primo, lett. a), ordin. penit., che consente alle madri condannate di scontare la pena detentiva con modalità extracarcerarie per tutelare il rapporto con i figli minori di dieci anni. Diversamente dall’accesso a quella “ordinaria”, che è limitata alle sole madri condannate ad una pena detentiva da scontare, anche residualmente, inferiore a quattro anni, per la detenzione domiciliare “speciale” tale limite all’accesso non sussiste⁵. Ad accomunare le due tipologie di domiciliari è, invece, il fatto che entrambe prevedono come condizione per l’accesso che i figli delle condannate madri «non abbiano superato i dieci anni di età»⁶.

Detenzione domiciliare speciale alla condannata madre: una incisiva apertura della Corte costituzionale, in *Giurisprudenza Penale web*, 3, 2020, p. 1 ss.

² Si v. il punto 1 della sentenza della Corte Costituzionale del 14 febbraio 2020, n. 18, in commento.

³ Dopo che la Corte di Cassazione, conformemente con quanto aveva concluso il giudice dell’esecuzione, ha ritenuto che non fosse possibile effettuare un’interpretazione conforme a Costituzione poiché non vi erano margini per «ricondere la situazione dinanzi descritta (la condizione di madre di soggetto totalmente disabile, per handicap fisico, ma di età superiore ai dieci anni) nel paradigma applicativo dell’istituto giuridico di causa (la detenzione domiciliare «speciale» *omissis*)», in questi termini il punto 1 del *Considerato in diritto* dell’ordinanza del 26 aprile 2019, iscritta al n. 109 del reg. ord. 2019, della Corte di Cassazione, sezione prima penale.

⁴ V. il *PQM* dell’ord. 109/2019.

⁵ L’ampliamento applicativo determinato dall’art. 47-quinquies, comma primo, ordin. penit., però, è controbilanciato dalla statuizione di condizioni più severe per l’accesso, quali: «la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli», l’insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» e la circostanza che la condannata abbia espiato «almeno un terzo della pena ovvero (...) quindici anni nel caso di condanna all’ergastolo (...)».

⁶ V. punto 3.1 della sent. Corte Cost. 18/2020.

Come ha più volte specificato il Giudice delle leggi, la previsione delle due misure alternative alla detenzione rappresenta «il punto di equilibrio tra l'esigenza di tutela sociale sottesa alla necessaria esecuzione di una pena inflitta in seguito alla commissione di un reato e l'interesse dei bambini a giovare dell'affetto e delle cure materne»⁷. Cosicché, la ragione dell'estensione dell'ambito applicativo non è da individuarsi in un beneficio apprestato alla condannata *ex se*, bensì nel preminente «interesse dei bambini, che non devono essere eccessivamente penalizzati dalla differenza di situazione delle rispettive madri in riferimento alla gravità dei reati commessi ed alla quantità di pena già espiata»⁸. Da ciò consegue che «entrambe le misure sono primariamente indirizzate a consentire la cura dei figli minori, al contempo evitando l'ingresso in carcere dei minori in tenera età»⁹.

Ebbene, seguendo il proprio precedente indirizzo in materia di domiciliari “ordinari”¹⁰, la Corte costituzionale, nella sentenza in esame, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-quinquies, comma primo, ordin. penit. «nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche alle condannate madri di figli affetti da handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate)»¹¹. Secondo la Consulta, infatti, tale disposizione è da ritenersi in contrasto con gli artt. 3, comma primo e secondo, e 31, comma secondo, Cost. Più in particolare, tenuto conto della finalità della disposizione in esame, la Corte ha affermato che non si deve arrivare all'irragionevole ipotesi in cui possano avere accesso alla detenzione domiciliare “speciale” le madri di prole sana, ma presuntivamente incapace per il solo fatto di avere meno di dieci anni, rispetto alle madri di prole gravemente disabile¹², ma presuntivamente non incapace perché di età

⁷ Si v. punto 2.1 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale del 12 giugno 2009, n. 177.

⁸ In questi termini il punto 2.2 della sent. Corte Cost. 177/2009.

⁹ V. punto 2.1 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale del 22 novembre 2018, n. 211. *Ex plurimis* conformi sul punto si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 76 del 2017 e n. 239 del 2014. Evitare che i minori in tenera età debbano entrare in carcere per beneficiare del rapporto genitoriale con la madre reclusa significa cercare di contenere il fenomeno della c.d. “maternità reclusa”. Per un approfondimento sulle ragioni per le quali il fenomeno in parola non si può dire che sia scomparso si v. A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela*, p. 644 ss.

¹⁰ Si v. la sentenza della Corte costituzionale del 5 dicembre 2003, n. 350.

¹¹ In questi termini il dispositivo della sent. Corte Cost. 18/2020.

¹² La quale assenza del genitore, come argomentato dalla sentenza della Corte di Cassazione, sezione prima penale, del 13 ottobre 2015, n. 41190, potrebbe determinare un «pregiudizio ancora più grave» al pieno sviluppo della personalità rispetto al soggetto sano di età inferiore ai dieci anni.

superiore ai dieci anni¹³. Vero è, infatti, che il legame tra madre e figlio «non può considerarsi esaurito dopo le prime fasi di vita del bambino»¹⁴. Ciò a maggior ragione nel caso – come quello di specie – in cui si tratti della madre di una figlia disabile con «connotazioni di gravità» di cui all’art. 3, comma terzo, l. 104 del 1992, che versa «in condizioni di particolare vulnerabilità fisica e psichica indipendentemente dall’età»¹⁵. Ove, anzi, le massime di esperienza evidenziano che «le condizioni di vita e di salute delle persone colpite da disabilità grave tendono ad aggravarsi e ad acuirsi con l’avanzare dell’età»¹⁶.

È indubbiamente condivisibile il ragionamento svolto dal Giudice delle leggi, secondo cui l’accesso ad una misura finalizzata alla tutela della prole non può essere determinato da requisiti che irrigidiscano il sistema, come il semplice fatto del compimento di una determinata età da parte del figlio. Le esigenze di protezione, infatti, devono essere valutate caso per caso, tanto più nella circostanza in cui l’istituto di cui si discorre appartiene all’insieme delle misure alternative alla detenzione, la cui concessione – com’è noto – è soggetta alla discrezionalità (tecnica) dell’autorità giudiziaria.

Tuttavia, se le premesse sviluppate dalla Corte appaiono convincenti, ciò che desta qualche perplessità è la scelta di decidere il caso portato alla sua attenzione tramite una sentenza additiva. Se si considera, infatti, l’asserzione secondo cui l’art. 47-quinquies, comma primo, ordin. penit. sarebbe sostanzialmente finalizzato alla tutela delle parti deboli, senza che a determinare una presunzione assoluta di debolezza possa essere un automatismo legato all’età, sarebbe stata senz’altro più convincente una sentenza ablativa che censurasse *tout court*, per irragionevolezza, il parametro d’età dei dieci anni necessario per accedere ai domiciliari “speciali”. Al contrario, con un approccio particolarmente prudente da parte della Corte, quest’ultimo è stato fatto salvo, ma per garantire la giustizia del caso concreto è stata aggiunta la previsione secondo cui devono essere ritenuti soggetti deboli anche coloro che, pur con un’età superiore ai dieci anni, siano affetti da

¹³ Ciò, come precisato dalla Corte, anche alla luce dei trattati internazionali, su tutti la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata il 13 dicembre 2006 e ratificata e resa esecutiva con la legge del 3 marzo 2009, n. 18, nonché dei recenti interventi del legislatore, tra cui la legge del 22 giugno 2016, n. 112 (Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare), c.d. legge “Dopo di noi”, che ha stabilito agli artt. 1 e 2 che alla morte dei genitori, o alle sopravvenute difficoltà ad assistere il figlio, siano disposte ulteriori misure rispetto ai livelli essenziali di assistenza e agli altri strumenti di cura e sostegno, per assicurare il benessere del soggetto portatore di disabilità.

¹⁴ In questi termini il punto 5 del *Considerato in diritto* della sent. Corte Cost. 18/2020.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

handicap fisico totalmente invalidante. La Corte, insomma, davanti alla possibilità di rimuovere alla radice l'irragionevole automatismo legato all'età rilasciando al giudice la valutazione in concreto, ha scelto, invece, di eccettuare dalla sua applicazione il solo caso di specie. È come se, dinanzi al quesito «delimitare il beneficio penitenziario in questione in ragione di un parametro meramente anagrafico è costituzionalmente illegittimo»¹⁷ *ex se*, oppure lo è solo «quando si tratta di persona gravemente disabile»¹⁸, la Consulta abbia optato per la seconda ipotesi, adottando, di conseguenza, una sentenza additiva.

L'uso dell'ablativa, invece, avrebbe avuto come effetto, anzitutto, quello di tutelare più efficacemente la prole e, in secondo luogo, quello di scongiurare le possibili ripercussioni sistematiche che accompagnano, talvolta, l'uso delle sentenze manipolative additive.

2. La problematicità della manipolazione additiva

Come anticipato, una delle ragioni per cui sarebbe stata preferibile l'adozione di una sentenza ablativa riguarda l'intrinseca problematicità delle sentenze additive e i rischi di carattere sistematico che si accompagnano al loro utilizzo.

Le sentenze "manipolative"¹⁹, fin dalla loro comparsa nella prima metà degli anni '60, hanno dato adito a un vivace dibattito tra gli studiosi della giustizia costituzionale. Tra esse, quelle additive risultano le più problematiche perché nate in un contesto fisiologicamente lacunoso²⁰ con l'esigenza di rispondere alla problematica delle «omissioni legislative che si palesino contrastanti

¹⁷ Si v. il punto 5 del *Considerato in diritto* della sent. Corte Cost. 18/2020.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ L'espressione è rinvenibile in L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1965, p. 562; autorevole dottrina, tra cui G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, p. 229, ritiene che la terminologia più corretta sia "ricostruttiva", difatti "manipolare" è il retaggio di un periodo ormai passato in cui ci si interrogava della legittimità di queste decisioni, con il carico di accezione negativa che porta con sé, «qualsiasi cosa significhi, dovrebbe essere esclusa», soprattutto in quanto accostata alla funzione di giustizia.

²⁰ In particolare A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia*, p. 197 fanno riferimento a lacune tecniche o di costruzione (interne al sistema costituzionale), istituzionali (che interferiscono col regolare funzionamento degli organi costituzionali) e normative (ricinducibili ad una scorretta attuazione della Costituzione).

con imperativi costituzionali»²¹. E non è bastato a superare definitivamente tale criticità nemmeno il brillante *escamotage* delle “rime obbligate”²² che, invece, è stato seguito dalla giurisprudenza, benché a prescindere dall’opinabilità della metafora in parola, la sua stessa formulazione suggerisce la conclusione secondo cui sarebbe preferibile ricorrere all’additiva solamente nelle ipotesi in cui non vi siano altri strumenti idonei a risolvere la questione di legittimità e laddove la fonte primaria debba essere censurata non per ciò che dice, ma per ciò che non dice. Nel caso di specie l’art. 47-quinquies, comma primo, ordin. penit. può essere censurabile, non soltanto nella parte in cui non prevede la concessione della misura alla madre di prole affetta da handicap totalmente invalidante, ma anche e soprattutto *nella parte in cui dice (rectius prevede)*, con una presunzione assoluta, che la condannata deve essere madre di prole di età inferiore ai dieci anni. Insomma, dinanzi a tale asserzione legislativa, la Corte avrebbe potuto incidere in modo più netto, senza limitarsi ad eccettuare dall’applicazione della disposizione le sole madri di prole affetta da “handicap invalidante grave” ai sensi dell’art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Un ulteriore argomento a favore della tesi secondo cui sarebbe stato preferibile procedere con una decisione ablativa concerne la parziale asistematicità che consegue all’utilizzo delle sentenze additive. Si è sostenuto che ove l’intervento assurga a modificazione del dato normativo, e non a semplice armonizzazione delle decisioni del legislatore rispetto alla Costituzione, allora il provvedimento deve considerarsi inammissibile²³. Nel caso in esame, non è affatto in discussione l’ammissibilità della decisione della Corte, ma la circostanza che essa, adoperando una sentenza additiva, abbia determinato un’armonizzazione solo “parziale” della disciplina legislativa.

Difatti, se è vero che le due sentenze additive nn. 350 del 2003 e 18 del 2020, in materia di domiciliari “ordinari” e “speciali”, si coordinano *tra loro*, dal momento che entrambe hanno escluso la prole affetta da handicap grave dall’applicazione dell’automatismo legato all’età, è altrettanto vero che esse non risultano armonizzate rispetto al contesto normativo delle misure alternative alla detenzione, dominato dalla regola del prudente apprezzamento dell’autorità giudiziaria. Oggi, infatti, le condannate possono accedere alla misura alternativa alla detenzione anche nell’ipotesi in

²¹ In questi termini C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, vol. XCIII, parte V-11, 1970, p. 153.

²² Come è noto, l’espressione è da attribuirsi a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *Giur. Cost.*, I, 1976, p. 1707, secondo cui «la Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore»

²³ Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale II*, p. 235 ss.

cui siano madri di prole con più di dieci anni, ma alla sola condizione che questa sia affetta da “handicap invalidante grave”²⁴ nel caso dei domiciliari “speciali” e da “handicap totalmente invalidante” nell’ipotesi dei domiciliari “ordinari”. Al di fuori di questi casi, il permanere del parametro anagrafico dei dieci anni della prole impedisce al giudice dell’esecuzione di valutare le esigenze del caso concreto per consentire l’accesso alla detenzione domiciliare alla madre condannata.

L’intervento sistematico apportato dalla Corte, insomma, non appare sufficiente a garantire una piena armonizzazione tra le disposizioni in esame e il contesto normativo delle misure alternative alla detenzione. Infatti, se si muove dall’assunto secondo cui l’interesse prioritario è quello della protezione dei figli dei condannati, allora la sentenza in commento risulta essere particolarmente “efficiente” per la risoluzione del caso concreto, ma deficitaria in termini di “efficacia” per la tutela complessiva della prole dei condannati.

D’altra parte, è stata la stessa Corte ad osservare che il solo fatto del compimento di un’età non può precludere la *ratio* della detenzione domiciliare, ossia la tutela dell’interesse della prole ad un rapporto genitoriale sano, ragione per cui, sulla base di tali premesse, sarebbe stato lecito attendersi un intervento ablativo che censurasse l’automatismo normativo legato all’età. Non è agevole comprendere, infatti, come un istituto finalizzato alla protezione sostanziale della relazione madre-figli e all’abolizione della «“carcerazione” degli infanti»²⁵ in «età evolutiva», possa essere limitato alla sola «fase preadolescenziale»²⁶ individuata attraverso una presunzione assoluta di non-compimento di una determinata età (dieci anni). L’automatismo in parola crea, dunque, delle tensioni col principio di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.), nonché di tutela dell’infanzia e della gioventù (art. 31, comma secondo, Cost.). Difatti, vi sono casi in cui il figlio, nonostante abbia compiuto l’età di dieci anni, necessita comunque della presenza materna per un processo di crescita quanto più sano e regolare possibile. Ciò, com’è noto, si può verificare non solo quando l’infante è affetto da patologie gravemente invalidanti, ma anche nei casi in cui l’adolescente sia invalido in modo non grave, ovvero sia sano, ma riscontri in concreto dei ritardi nel processo di maturazione e crescita a causa dall’ambiente sociale in cui vive. Ragione per cui si ritiene che il

²⁴ Così qualificato dall’art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

²⁵ Costretti ad entrare negli istituti penitenziari per godere della funzione educativa materna.

²⁶ In questi termini i lavori preparatori alla legge 8 marzo 2001, n. 40, pp. 1 e 2, che, con l’art. 3, comma primo, ha introdotto l’istituto della detenzione domiciliare “speciale” di cui all’art. 47-quinquies della l. n. 354 del 1975, poi modificato parzialmente dall’art. 3, comma 2, lett. a) e b), della legge 26 luglio 1975, n. 354.

parametro dell'età dovrebbe assurgere, tutt'al più, a presunzione relativa di accesso alla misura alternativa alla detenzione, ma di certo non ad una presunzione assoluta, così da impedire l'indagine caso per caso dell'autorità giudiziaria. Insomma, questa preclusione *de iure* dell'esercizio della discrezionalità (tecnica) del Tribunale di sorveglianza per l'accesso alla detenzione domiciliare (sia "speciale" che "ordinaria") rende questi due istituti disarmonici rispetto al sistema delle misure alternative alla detenzione, dominato dalla regola del prudente apprezzamento del giudice con riguardo, in particolare, all'accertamento dei requisiti soggettivi richiesti dalla norma. E tale intervento della Corte non consente di giungere a un'armonia completa²⁷.

Infine, nella redazione delle disposizioni, il legislatore è chiamato al difficile compito di trovare l'equilibrio tra l'inserimento di locuzioni generali, si pensi alle c.d. clausole generali, e l'apposizione di rigidi parametri di riferimento, ad esempio quelli numerici. Nel caso in esame, tuttavia, questo equilibrio non è stato ottenuto e la previsione del parametro d'età ha causato l'irragionevole rigidità del dato normativo. Questa, sommata al precedente giurisprudenziale (la sent. 350/2003) e all'approccio prudenziale della Consulta, volto ad evitare provvedimenti che censurino eccessivamente la volontà del legislatore (la sentenza additiva in luogo di quella ablativa), ha determinato una decisione che, pur garantendo in modo efficiente la giustizia del caso concreto, ha lasciato, allo stato, irragionevolmente prive di tutela le ipotesi in cui la prole con più di dieci anni non sia affetta da "handicap invalidante grave". Ne deriva, dunque, che quest'ultima per trovare tutela necessiterà di ulteriori pronunce additive della Corte che saranno tanto numerose quanti sono i potenziali casi ad oggi privi di tutela. Ma è proprio dal susseguirsi di reiterati interventi additivi rispetto alle esigenze del caso concreto che potrebbe conseguire una giurisprudenza eccessivamente casistica, occasionalistica²⁸, con il rischio di produrre una situazione di "disordine" sistematico e di "incertezza". È evidente, infatti, che un istituto integrato molteplici

²⁷ Un ulteriore elemento sintomatico della problematicità che caratterizza lo strumento in parola è la *quaestio* legata alla vincolatività della parte ricostruttiva delle sentenze "integrative" nei confronti dei giudici comuni estranei al giudizio *a quo*. N. Picardi, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 633, ha sostenuto, infatti, che le «sentenze integrative» della Corte (oggi chiamate «additive») che rimediano alle "lacune tecniche" dell'ordinamento sono composte di due profili: uno c.d. ablatorio, con cui la decisione «si limita a rimuovere l'ostacolo (...) ed ha, indubbiamente, natura di sentenza di accoglimento»; l'altro c.d. ricostruttivo, con il quale «la Corte colma, invece, la lacuna e ricostruisce il tessuto normativo. Per tale settore, la sua pronuncia non può non costituire una mera sentenza interpretativa». Da ciò conseguirebbe che il «profilo ablatorio della pronuncia si impone a tutti indistintamente gli operatori giuridici. Il profilo ricostruttivo, invece, vincola, al massimo, il solo giudice del processo principale (...)».

²⁸ V. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 1, Bologna, 2017, p. 71.

volte con sentenze additive, oltre a rendere più ostico il compito di chi deve applicarla «amministrazione o giudice che sia»²⁹, possa risultare disordinato, confusionario, con ciò che consegue in punto di imprevedibilità applicativa e quindi di incertezza. In ragione di quanto motivato, una decisione ablativa dell'irragionevole automatismo normativo legato all'età avrebbe prevenuto più efficacemente il pericolo di produzione di «disordine e incertezza», che, se portato alle conseguenze più estreme, può rendere «difficilmente praticabile la ricostruzione sistematica degli istituti, così allentando il legame tra giurisprudenza e scienza giuridica»³⁰.

In definitiva, si può affermare che l'automatismo legato all'età della prole per l'accesso alla misura alternativa finalizzata ad esigenze di tutela *sostanziale* del minore sia illegittimo *ex se*, e non solo «quando si tratta di persona gravemente disabile»³¹. Con la conseguenza che, nonostante si comprendano le ragioni che l'hanno determinata, la decisione preferibile sarebbe dovuta essere di tipo ablativo.

3. L'ablazione per la transizione dalla “regola” al “regolo”

Ulteriori ragioni per le quali una decisione di accoglimento parziale sarebbe stata preferibile sono individuabili entro due dei tre piani del giudizio di ragionevolezza: quello dell'*argomentazione* e quello della *valutazione*³².

L' "argomentazione" deve essere "ordinata", quindi fornita di «una struttura logica interna che segue certi comuni principi di connessione tra i vari elementi che la compongono», oltre che «convincente»³³. Nonostante l'impianto motivazionale della sentenza in commento risulti ordinato, esso, sul piano logico, è condizionato dal prudente proposito di non utilizzare un provvedimento

²⁹ Così P. CIARLO, *internazionalizzazione, normative oscure e occasionalismo interpretativo*, in Aa. V.v., *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013, p. 29, come citato da M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale*, p. 71.

³⁰ Con queste parole M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale*, p. 69.

³¹ V. punto 5 del *Considerato in diritto* della sent. Corte Cost. 18/2020.

³² Cfr. M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994, p. 246 ss. In disparte il piano della *legittimazione*, ovvero quello che porta a definire «ragionevole il comportamento del giudice costituzionale che non pone a rischio la propria legittimazione e – conseguentemente – la propria esistenza», che nella decisione in commento non è in discussione.

³³ V. M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza*, p. 246 ss.

particolarmente incisivo della volontà del legislatore, come quello ablativo. Difatti, la Corte, pur muovendo dal condivisibile presupposto secondo cui la *ratio* dell’istituto della detenzione domiciliare “speciale” è quella di favorire «le esigenze di sviluppo e formazione del bambino»³⁴ attraverso la tutela dei figli e del loro rapporto con la madre, è giunta alla conseguenza che «delimitare il beneficio penitenziario in questione in ragione di un parametro meramente anagrafico è costituzionalmente illegittimo quando si tratta di *persona gravemente disabile*»³⁵. Questa argomentazione, pur soddisfacendo il fronte della logica interna, risulta condivisibile solo in parte, poiché in forza del presupposto sostanziale di tutela della prole – dal quale muove la stessa Corte – sarebbe stato lecito attendersi un provvedimento ablativo che censurasse *tout court* l’illegittimità³⁶ dell’automatismo legato all’età. Difatti, appare irragionevole la disparità di trattamento riservato dall’istituto in parola nei confronti della madre con figlio gravemente disabile con più di dieci anni, rispetto alla situazione di una madre con un figlio con più di dieci anni, ma non gravemente disabile, ovvero non disabile ma, ad esempio, necessitante della presenza materna a causa del ritardo psico-fisico riscontrato a causa all’ambiente sociale in cui vive. La decisione della Corte, insomma, seppur dotata di logica interna, non appare convincente.

Il secondo piano elettivo della ragionevolezza è quello della “valutazione”. A differenza dell’“argomentazione”, in cui l’attenzione si concentra sull’attività intellettuale compiuta dal giudice per come appare in motivazione, in questo secondo piano l’attenzione verte tutta sull’atto oggetto del sindacato, rispetto al quale «parrebbe possibile distinguere *una ragionevolezza* che impone all’atto sindacato una coerenza logica con le sue stesse premesse (...), *ed una ragionevolezza* che impone all’atto sindacato di ispirarsi ad un principio superiore di ragione»³⁷.

Con riguardo alla prima accezione, l’atto oggetto del sindacato, ossia l’art. 47-quinquies, comma primo, ordin. penit., nonostante sia coordinato rispetto all’istituto dei domiciliari “ordinari” di cui

³⁴ Vedi il punto 3.3 del *Considerato in diritto* della sent. Corte Cost. 18/2020.

³⁵ Si v. il punto 5 del *Considerato in diritto* della sent. Corte Cost. 18/2020, il corsivo nel testo è aggiunto.

³⁶ Per violazione dei medesimi parametri individuati dalla Corte, ossia gli artt. 3, comma primo e secondo, e 31, comma secondo, Cost.

³⁷ In questi termini M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza*, p. 247, il corsivo nel testo è aggiunto. Come sottolineato dall’Autore citato, la distinzione tra tali due versanti della ragionevolezza, con riferimento all’arbitrarietà della legislazione, è rinvenibile anche nella distinzione formulata da G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, pp. 163 e 170, tra “razionalità” «quale interna coerenza dell’ordinamento giuridico» e “ragionevolezza” che è propria della legge «che tiene conto dell’ambiente giuridico entro il quale deve muoversi: ambiente formato dai principi e dai valori di convivenza, di cui quelli scritti nella costituzione sono rappresentazione e testimonianza».

all'art. 47-ter ordin. penit., tuttavia, entrambi gli istituti non risultano del tutto logicamente coerenti né con le loro “premesse”, né rispetto al sistema delle misure alternative alla detenzione in cui si inseriscono. A riprova di quanto asserito, entrambi gli istituti sono innervati dalla finalità di tutela sostanziale della prole in quanto parte debole, ma tale scopo, che costituisce la “premessa” della loro esistenza, è precluso dalla previsione di una condizione assoluta di non-compimento d'età. Questa, infatti, impedisce l'indagine giurisdizionale del caso concreto ove, ai sensi degli artt. 47-ter, co. 1, lett. a), e 47-quinquies, co. 1, ordin. penit., si tratti di condannate madri di prole, rispettivamente, «di età inferiore ad anni dieci» e «di età non superiore ad anni dieci». Ancora, all'interno del contesto delle misure alternative alla detenzione, solamente la detenzione domiciliare “ordinaria” e quella “speciale” prevedono per il loro accesso un automatismo normativo legato all'età del soggetto debole. E ciò assume un'importanza ancora maggiore con riguardo alle detenzioni domiciliari, ove la presunzione assoluta non riguarda il soggetto condannato³⁸, ma la prole, nella tutela della quale si deve ricondurre l'esistenza stessa di tali istituti.

Per quanto concerne la seconda accezione della ragionevolezza, ossia la necessità che l'atto si ispiri ad un “principio superiore di ragione”, l'art. 47-quinquies, comma primo, ordin. penit. risulta irragionevole nella misura in cui, attraverso la presunzione assoluta di non compimento di una età da parte della prole, preclude l'accertamento discrezionale caso per caso del Tribunale di Sorveglianza. Non si tratta di un *escamotage* tecnico fine a sé stesso, bensì di uno dei “fusibili” del sistema delle misure alternative alla detenzione. Al prudente apprezzamento giurisdizionale dei requisiti per l'accesso a tali misure è rimesso il compito essenziale di inverare i “principi superiori di ragione”, come richiesto dall'accezione della ragionevolezza in parola. In particolare, nel caso di specie rileva soprattutto il principio di individualizzazione della pena. Pretermettere questa indagine del caso concreto rispetto a una o più misure alternative alla detenzione significa correre il rischio di precludere *ex ante* l'esecuzione di una pena “individualizzata”, a totale detrimento della tutela della prole. Rischio che, in questo caso, pare essersi realizzato. Nella vicenda in esame, infatti, v'è la riprova della portata discriminatoria di un automatismo legato al semplice fatto del compimento di un'età da parte del soggetto debole, per la cui cura è prevista la misura alternativa stessa. Pertanto la Consulta, proprio in ragione dell'anzidetta irragionevole condizione, avrebbe dovuto cogliere

³⁸ Salvo le statuizioni di cui all'art. 47-ter, comma 1, lett. d) ed e), ordin. penit., in cui il parametro di età, rispettivamente di sessanta anni e ventuno anni, si riferisce al soggetto condannato.

l'occasione per dichiarare l'illegittimità dell'art. 47-quinquies, comma primo, ordin. penit. con una decisione ablativa, non per ciò che non ha detto, ma al contrario, per ciò che ha detto: «madri di prole di età non superiore ad anni dieci».

Ma vi è di più. Questa asserzione, infatti, risulta ulteriormente rafforzata dall'orientamento seguito dalla medesima Corte³⁹, la quale ha sovente dichiarato «l'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che contengono tali “automatismi”, in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (...) di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione»⁴⁰. È certo vero che anche la sentenza additiva in commento ha assolto la funzione di “attenuare” la rigidità del sistema, ma sarebbe stato più opportuno intervenire con una sentenza ablativa dell'automatismo legato all'età. Se si parte dal presupposto che nel giudizio di ragionevolezza deve rientrare il caso concreto, esperienziale⁴¹, in quanto non prevedibile dalla legge, poiché «è (...) nell'esperienza giuridica, che si può valutare l'adeguatezza del mezzo al fine, l'irragionevolezza intrinseca (...)»⁴², allora si può concludere che l'automatismo legato all'età della prole per l'accesso ai domiciliari “speciali” (nonché a quelli “ordinari”) rappresenta *ex se* un ostacolo alla valutazione prudentiale del giudice, del cui «intervento casistico»⁴³ la legge necessita per adeguarsi alle peculiarità imprevedibili del caso concreto. Con la censura dell'automatismo normativo, insomma, si sarebbe riusciti a restituire centralità alla regola del prudente apprezzamento del giudice, che domina la materia delle misure alternative alla detenzione.

In conclusione, si può affermare che la Corte costituzionale, nel bilanciamento tra una lettura pedissequa dell'addizione indicata dal giudice *a quo* e la possibilità di rimuovere alla radice

³⁹ Ad. es. sentt. Corte Cost. nn. 306 del 1993; 186, 504 e 438 del 1995; 137 del 1999; 265 del 2010; 31 del 2012; 239 del 2014; da ultimo si v. sent. Corte Cost. n. 102 del 2020 come argomentato da M. PICCHI, *Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 5/2020, p. 208 ss.

⁴⁰ Con queste parole M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana* Relazione per la Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Roma, p. 12.

⁴¹ Cfr. L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, I, 1996, p. 98, il quale afferma che: «i procedimenti interpretativi della Costituzione, in materia di diritti fondamentali e di giustizia, somigliano sempre più ai modi argomentativi della filosofia pratica (...). Inserito nella sfera del diritto positivo, il diritto naturale diventa il diritto degli argomenti ragionevoli, una *speculazione critica* sui valori portatrice di «buone ragioni» capaci di salvaguardare i valori individuali nel quadro di un principio di coesione sociale e di promozione del bene comune».

⁴² V. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, p. 18.

⁴³ Si v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale I*, p. 181.

l'irragionevole automatismo legislativo, ha preferito seguire la prima strada, ritenendo probabilmente che la seconda soluzione fosse esorbitante rispetto alle sue prerogative. Tale scelta, benché appagante le ragioni di tutela del caso concreto, sconta un eccesso di *self-restraint* perché attraverso l'utilizzo di una sentenza additiva rende l'istituto dei domiciliari "speciali" disarmonico rispetto al sistema delle misure alternative alla detenzione. La prudenza della Corte non deve sorprendere, a fronte delle ricorrenti accuse di "suprematismo giudiziario"⁴⁴ che le vengono rivolte. Nondimeno, il dato empirico ci mostra che la Consulta non sempre si attiene al verso indicato dal giudice e, pertanto, nel caso di specie sarebbe stato ragionevole attendersi un provvedimento diverso. Tanto più alla luce della presente fase storica nella quale la Corte, condivisibilmente, si sta dimostrando sempre più riluttante dinanzi alla presenza di quegli automatismi normativi che, nell'irrigidire eccessivamente l'ordinamento giuridico, non permettono un'adeguata sovrapposizione tra la fattispecie astratta e quella concreta. Soltanto attraverso una netta e meticolosa opera di ablazione dell'automatismo normativo legato all'età si sarebbe riusciti a determinare il passaggio «dalla regola al regolo»⁴⁵, così dotando la disposizione di quella elasticità necessaria a tutelare efficacemente la prole dei condannati. Ma tal speranza è rimasta vana.

La Corte costituzionale, dopo aver apprezzabilmente argomentato che l'accesso ad una misura finalizzata alla tutela della prole delle madri condannate non può essere limitato da requisiti che irrigidiscono il sistema, ha deciso di sacrificare sull'altare della prudenza di una decisione additiva l'intervento ablativo che, invece, avrebbe restituito al prudente apprezzamento del giudice comune quella centralità che già ricopre nel sistema delle misure alternative alla detenzione e a cui viene affidato l'imprescindibile compito di inverare il principio costituzionale di individualizzazione della pena. Soddisfacendo, dunque, l'esigenza di giustizia del caso concreto, ma a costo di un poco comprensibile sacrificio delle esigenze di coerenza del sistema.

⁴⁴ Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte Costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2, Bologna, 2019, pp. 251 ss. *Contra*, si v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 4, Bologna, 2019, pp. 757 ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 4, Bologna, 2019, pp. 777 ss.

⁴⁵ In questi termini G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 209, riprende la metafora aristotelica dell' "equità" come "regolo" di Lesbo: come il piombo si è piegato alla forma della pietra nella tomba di Lesbo, allo stesso modo l'equità, plasticamente, assume i connotati di correttivo della legge (la regola) rispetto al caso concreto, quando essa è difettosa a causa della sua universalità.