

DETTENZIONE DOMICILIARE E REATI OSTATIVI:
L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E LA QUESTIONE DI
LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 47-TER, COMMA 1-BIS,
DELLA LEGGE 26 LUGLIO 1975, N. 354 (ORD. PENIT.)*

Elio Lo Monte**

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- L'evoluzione dell'art. 4-bis l. n. 354/1975; 3.- Il caso affrontato dalla Corte di Cassazione (ordinanza n. 89/2019); 4.- La Corte costituzionale e il ripudio delle presunzioni assolute di pericolosità; 5.- L'irragionevolezza dell'art. 47-ter co. 1-bis ord. penit. e la conseguente questione di legittimità costituzionale.

1.- Premessa.

La concessione dei benefici penitenziari in favore di determinate categorie di soggetti, che si presumono socialmente pericolosi in ragione del tipo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti, ha da sempre sollevato non poche questioni in riferimento al pieno rispetto delle disposizioni costituzionali concernenti la funzione della pena. In un contesto di forte irrigidimento delle possibilità di concedere misure alternative alla detenzione in carcere s'inserisce una recente decisione della giurisprudenza di legittimità¹. Si tratta di una pronuncia che va in controtendenza con il costante orientamento preclusivo del riconoscimento dei benefici di cui alla l. n. 354/1975, recante: «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà». La decisione, che si lascia apprezzare per le condivisibili aperture, dichiara rilevante e non manifestamente infondata – in riferimento agli artt. 3 co.1, e 27 co. 1 e 3 Cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, co.1-bis, l. n. 354/1975 nella parte in cui prevede che tale disposizione non si applichi ai condannati per i reati 'elencati' nell'art. 4-bis della medesima legge.

Le misure alternative alla detenzione (art. 47 e seguenti della l. n. 354/1975: affidamento in prova al servizio sociale; detenzione domiciliare, esecuzione della pena presso il proprio domicilio, semilibertà, liberazione anticipata) costituiscono storicamente il precedente più immediato delle pene sostitutive introdotte nell'ordinamento dalla l. n. 689/1981, «e il terreno di sperimentazione in cui maturò quest'ultima e più significativa innovazione del sistema sanzionatorio»². Differiscono dalle sanzioni sostitutive perché costituiscono una possibile modalità di esecuzione, eventualmente in tutto o in parte extracarceraria, della pena detentiva; vengono pertanto applicate non dal giudice della cognizione con la sentenza che definisce il processo, ma dalla magistratura di sorveglianza.

*Relazione tenuta al seminario di approfondimento svolto nell'ambito del corso di Diritto penale su: “*Alternative alla detenzione e funzione della pena*”, Università degli Studi di Salerno 2 dicembre 2019.

**Professore Associato di Diritto penale - Università degli Studi di Salerno.

¹ Cass. Sez. I, ordinanza n. 89, Atto di promovimento, 1 marzo 2019, in *Gazz.Uff.* n. 24 del 12/6/2019.

² Cfr. C. Fiore - S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*⁴, Torino 2018, 687.

L'introduzione nell'ordinamento delle misure alternative si pone in linea con l'esigenza di evitare l'accesso nel circuito penitenziario, per il soggetto in libertà condannato a pene detentive cd. brevi; attraverso la concessione di tali misure il sistema persegue, efficacemente, la funzione di reinserimento sociale del condannato altrimenti vulnerata dagli effetti criminogeni e di cd. contaminazione carceraria connessi al trattamento penitenziario³.

La detenzione domiciliare, introdotta nel sistema penitenziario con la l.n. 663/1986 per ragioni di tipo essenzialmente umanitario⁴, viene disciplinata dall'art. 47-ter e seguenti della l. n. 354/1975, e consiste nell'espiazione della pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, in presenza di determinate condizioni.

Si tratta di un istituto più volte innovato dal legislatore anche in funzione deflattiva e, dunque, quale strumento di contrasto al sovraffollamento carcerario⁵.

La legge prevede varie forme di detenzione domiciliare⁶:

a) una prima ipotesi è quella prevista dall'art. 47-ter co. 01 ord. penit., (comma inserito dalla l. n. 251/2005) e si applica al condannato ultrasettantenne alla pena della reclusione, a condizione che non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza e non sia stato condannato con l'aggravante della recidiva. Non possono usufruire della detenzione domiciliare coloro che sono stati condannati alla reclusione per reati gravissimi (ad esempio: delitti in materia di schiavitù, di prostituzione minorile, di pornografia minorile, violenza sessuale, associazione mafiosa o finalizzata al traffico di stupefacenti, contrabbando di tabacchi lavorati esteri e attività organizzata di rifiuti);

b) una seconda tipologia, disciplinata dall'art. 47-ter co. 1 ord. penit., è destinata a soggetti che versano in particolari condizioni: donna, incinta o madre di prole di età inferiore a dieci anni; padre, esercente la responsabilità genitoriale, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; persona in condizioni di salute particolarmente gravi; persona di età superiore a settanta anni, se inabile anche parzialmente; persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro, di famiglia. In questi casi la pena da scontare non deve superare il limite di quattro anni; alcun limite, invece, è previsto per l'arresto;

c) una terza forma di detenzione domiciliare (cd. generica), descritta dall'art. 47-ter co. 1-bis ord. penit. (introdotta dalla l.n. 165/1998 meglio conosciuta come legge Simeone-Saraceni), è rivolta a qualunque detenuto per l'espiazione della pena detentiva in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena. La misura si applica, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1, quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione (reca l'ultimo alinea del comma 1-bis dell'art. 47-ter ord. penit.) non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4-bis ord. penit. L'ampia portata di questa forma di detenzione domiciliare – accanto all'affidamento in prova e alla semilibertà – consente al Tribunale di sorveglianza di

³ Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*¹², Milano 2019, 399.

⁴ Cfr. C.F. Grosso-M. Pelissero-D. Petrini-P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Torino 2017, 652.

⁵ Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁶, Torino 2016, 603.

⁶ Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁷, Milano 2018, 727.

sottrarre alla pena detentiva persone non pericolose⁷, anche se, come avremo modo di evidenziare, si tratta di una disposizione che ha sollevato non poche questioni applicative;

d) un altro tipo di detenzione domiciliare è quella cd. umanitaria e concerne i casi di cui agli artt. 146 e 147 c.p. che prevedono il rinvio, obbligatorio e facoltativo, dell'esecuzione della pena detentiva qualunque sia l'entità della sanzione;

e) una quinta forma di detenzione domiciliare è delineata, in alternativa all'affidamento in prova, per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza (art. 47-*quater* o.p.). Si tratta di una misura che ha contenuti eminentemente terapeutici e la cui applicabilità non prevede alcun limite di pena;

f) una sesta ipotesi di detenzione domiciliare è regolata dall'art. 47-*quinquies* ord. penit. quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47-*ter* ord. penit.. Determinati soggetti, quali le madri di prole di età non superiore ad anni dieci – qualora non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli – possono essere ammesse ad espriare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo, secondo le modalità di cui al comma 1-*bis*.

2.- L'evoluzione dell'art. 4-*bis* l. n. 354/1975.

Per meglio cogliere il percorso argomentativo svolto dai giudici di legittimità appare utile riassumere, seppur per rapidi cenni, l'evoluzione dell'art. 4-*bis* l. n. 354/1975 che inibisce la concessione della detenzione domiciliare per alcune categorie di soggetti.

Come si anticipava, l'art. 4-*bis* ord. penit. (norma introdotta dall'art. 1 d.l. n. 152/1991, conv. nella l. n. 203/1991) reca una disciplina speciale, a carattere restrittivo, per la concessione dei benefici penitenziari sulla base di una presunzione di pericolosità ancorata al tipo di reato commesso. Tale impostazione risale alla 'stagione emergenziale' in tema di lotta alla criminalità organizzata degli inizi degli anni '90 dello scorso secolo.

Infatti, con il richiamato d.l. n. 152/1991, il legislatore intese rafforzare l'azione di contrasto alla criminalità organizzata, e a tale scopo apportò una serie di modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, sul cui impianto aveva inciso in senso opposto, soltanto qualche anno prima, la l.n. 663/1986 («Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»). Quest'ultima, meglio nota come 'legge Gozzini', aveva potenziato l'originaria *ratio* alla base della legge sull'ordinamento penitenziario di favorire il graduale reinserimento sociale dei condannati a pena detentiva, da un lato, attraverso il rafforzamento dei benefici per i detenuti che avessero dato prova di partecipazione all'opera rieducativa e, dall'altro, con la previsione *ex novo* dei permessi premio⁸.

⁷ Cfr. Marinucci-Dolcini-Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 727.

⁸ Così Corte cost. 11/7/2018, n. 149, in <http://www.giurcost.org>, con commento di E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, (18/7/2018), in <https://www.penalecontemporaneo.it>.; S. Talini, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al*

Nel 1991 il legislatore – comprensibilmente allarmato dalle crescenti minacce provenienti dalla criminalità mafiosa che l’anno seguente sarebbero culminate nelle stragi di Capaci e di via D’Amelio – attuò una prima parziale correzione di rotta rispetto alla filosofia di fondo degli interventi realizzati nel 1975 e nel 1986 sull’ordinamento penitenziario, introducendo un sistema di preclusioni all’accesso ai benefici, applicabile ai condannati per particolari delitti.

Tale sistema si articolava intorno al nuovo art. 4-*bis* ord. penit. che, nel suo impianto originario, distingueva i condannati in due fasce. La prima fascia comprendeva i detenuti per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento democratico, per associazione di tipo mafioso di cui all’art. 416-*bis* c.p. e per altri delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo o al fine di agevolare tali associazioni, nonché per associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e per sequestro di persona a scopo di estorsione. Si tratta di delitti caratterizzati dal necessario, o almeno – come nel caso del sequestro estorsivo – dal normale inserimento del reo in una compagine criminosa, o ancora da sue specifiche connessioni con organizzazioni malavitose. Rispetto a tali delitti, il legislatore del 1991 stabilì che i benefici previsti dall’ordinamento penitenziario potessero essere concessi soltanto se fossero stati acquisiti elementi positivi «tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». La seconda fascia comprendeva invece i delitti di omicidio, rapina ed estorsione aggravate, nonché di produzione e traffico di ingenti quantità di stupefacenti. Per questi delitti il legislatore decretava che la concessione dei benefici fosse subordinata al requisito, di carattere negativo, dell’assenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva⁹.

Rispetto, poi, ai condannati per tutti i delitti menzionati nell’art. 4-*bis* (indipendentemente dal loro inserimento nella prima o nella seconda fascia) il legislatore del 1991 introdusse una serie di soglie temporali rigide per l’accesso ai benefici del lavoro all’esterno, dei permessi premio e della semilibertà, disponendo in particolare che per questi soggetti una quota parte (pari a due terzi o, nel caso dei permessi premio, alla metà) della pena dovesse essere espiata necessariamente in carcere. Parallelamente, il nuovo art. 58-*ter* ord. penit. prescrisse, in chiave premiale, che, in caso di collaborazione con la giustizia da parte del detenuto, tali soglie temporali non dovessero più trovare applicazione, con conseguente riespansione della disciplina generale relativa a ciascun beneficio.

L’art. 4-*bis* ord. penit. fu oggetto, negli anni successivi, di ulteriori modifiche e integrazioni senza che ne alterassero la funzione essenziale di norma di sbarramento alla concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei condannati per una serie – sempre più numerosa – di reati, in assenza delle condizioni indicate dalla stessa disposizione. Il legislatore mirava ad evitare l’uscita dal carcere – anche solo per poche ore – di condannati, verosimilmente, ritenuti ancora pericolosi in ragione dei loro persistenti legami con la criminalità organizzata. La modifica più incisiva, rispetto all’assetto originario della norma fu, peraltro, realizzata già nel 1992 in forza del d.l. n. 306/1992 («Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa») convertito, con modificazioni, nella l.n. 356/1992, con cui si decretò che ai condannati per i soli delitti di prima fascia – tra cui il

"singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018), in Consulta on line, Studi 2018/III, 505ss.; A. Pugiotto, Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018), in <https://www.osservatorioaic.it>.

⁹ Corte cost. 11/7/2018, n. 149, cit.

sequestro di persona a scopo di estorsione e il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione – i benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, fatta eccezione per la liberazione anticipata, potessero essere concessi soltanto subordinatamente alla collaborazione con la giustizia da parte del condannato; condizione questa cui furono successivamente affiancate, per effetto delle pronunce della Corte costituzionale¹⁰ quelle alternative della collaborazione irrilevante e della collaborazione impossibile.

In seguito alla riforma di cui alla l. n. 356/1992, assunse un ruolo centrale, dunque, nell'economia dell'istituto, la collaborazione con la giustizia¹¹. Al fine di ottenere benefici penitenziari, in rapporto ai delitti di 'prima fascia', occorre che il detenuto abbia utilmente collaborato o, quanto meno, che la collaborazione sia impossibile o oggettivamente irrilevante¹²; occorre, inoltre, il requisito della minore pericolosità del prevenuto testimoniata, ad esempio, dalla concessione di circostanze attenuanti.

Come evidenziato nella decisione n. 89/3019, il meccanismo si basa sulla presunzione legislativa che la commissione di determinati delitti, avvalorando la convinzione di un collegamento dell'autore con la criminalità organizzata, costituisca un indice di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato ai benefici penitenziari extra-murari. Viceversa, la scelta di collaborare con la giustizia viene intesa in termini di prova legale, idonea ad esprimere con certezza la volontà di emenda del condannato e, dunque, a rimuovere l'ostacolo alla concessione delle misure, in ragione della sua valenza «rescissoria» di tale legame, ferma in ogni caso la necessità che risulti esclusa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

La categoria dei reati rientranti nella cd. 'seconda fascia', come si anticipava, è stata continuamente aggiornata dal legislatore con l'inserimento di nuove fattispecie senza, comunque, modificarne il loro regime giuridico che non è sostanzialmente mutato dal 1991 ad oggi¹³. I reati appartenenti a questa 'seconda fascia' si caratterizzano, oltre che per l'eterogeneità dei tipi delittuosi, per l'accentuata pericolosità sociale del loro autore. Ai fini della concessione dei benefici previsti dall'art. 47 e seguenti della l. n. 354/1975 occorre verificare, presso le competenti autorità di pubblica sicurezza, se sussistano collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, la cui emersione soltanto opera, «in negativo», come fattore preclusivo del beneficio penitenziario.

Il legislatore con uno dei tanti pacchetti-sicurezza (d.l. n. 11/2009, conv. nella l. n. 38/2009), nell'ambito di un'azione improntata ad una maggiore repressione per ragioni di

¹⁰ Corte cost. sentenze n. 68 del 1995 e n. 357 del 1994 consultabili su <http://www.giurcost.org>.

¹¹ L'art. 58-ter ord. penit. richiama coloro che si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

¹² Sul punto cfr. Corte cost. 22/10/2014, n. 239, in <http://www.giurcost.org>, secondo cui l'accesso ai benefici penitenziari ai soggetti riconosciuti responsabili di gravi delitti, sancendo nei loro confronti «una sorta di presunzione di pericolosità» prescinde quasi del tutto dall'esame della personalità del condannato e dagli esiti del trattamento penitenziario. Detta preclusione assoluta, che esclude ogni discrezionalità della magistratura di sorveglianza nella concessione del beneficio, trova un temperamento solo in presenza di un particolare comportamento attivo del condannato, rappresentato dalla collaborazione con la giustizia, accertata dal tribunale di sorveglianza con procedura camerale (art. 58-ter co. 2, l. n. 354/1975), ovvero nel caso di riconoscimento dell'inesigibilità, impossibilità o irrilevanza di tale collaborazione.

¹³ Recentemente con l'art. 1 co. 6, lett. a), l. n. 3/2019, cd. "legge spazzacorrotti", il legislatore ha inserito i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. nell'elenco dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis co. 1 l. n. 354/1975.

sicurezza pubblica, nel modificare l'intera normazione di settore ha istituito una «terza fascia», condizionando la concessione dei benefici all'espletamento di un periodo minimo di osservazione in istituto di pena.

In conclusione, l'attuale sistema delineato dall'art. 4-*bis* ord. penit. prevede un ventaglio di presunzioni di pericolosità ostative, vincibili:

a) per i delitti di 'prima fascia', attualmente individuati nel comma 1, solo in forza della esigibile e prestata collaborazione con la giustizia, ferma la necessità dell'accertamento della insussistenza di collegamenti con il crimine organizzato;

b) per i delitti di 'seconda fascia', oggi identificati con quelli di cui al comma 1-ter, dall'assenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva;

c) per i delitti di 'terza fascia', delineati al comma 1-*quater*, la presunzione di pericolosità si radica su una complessa valutazione dell'evoluzione della personalità del condannato; valutazione «condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80» ord. penit.

In un siffatto quadro normativo «si inserisce la disposizione del comma 1-*bis* dell'art. 47-*ter* legge n. 354 del 1975, la cui introduzione risale alla legge n. 165 del 1998, che, secondo l'interpretazione sopra ricordata, introduce una presunzione assoluta di inidoneità contenitiva della detenzione domiciliare di tipo ordinario, rispetto ai condannati per taluni titoli di reato, ritenuti di per sè espressivi di più accentuata pericolosità, in ragione del loro inserimento nel catalogo di cui all'art. 4-bis della citata legge n. 354 del 1975. Per costoro, la detenzione domiciliare (...) è, per definizione e in assoluto, ritenuta inadeguata ad evitare il pericolo di recidiva»¹⁴.

3.- Il caso affrontato dalla Corte di Cassazione (ordinanza n. 89/2019).

L'ordinanza n. 89/2019 del supremo Collegio, come si anticipava si fa carico di superare gli automatismi preclusivi della normativa appena richiamate. Appare, pertanto, opportuna una breve sintesi dei fatti per meglio cogliere la portata dell'intervento dei giudici di legittimità: M.M., condannata ai sensi degli articoli 444 ss. c.p.p. con sentenza 20 giugno 2017 del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Massa, detenuta presso la Casa circondariale di Pisa, deve espiare la pena detentiva di due anni e sei mesi di reclusione in ordine ai reati, uniti dal vincolo della continuazione, di: a) tentata rapina aggravata, ai danni del gestore di una stazione per il rifornimento di carburante, realizzata mediante minaccia consistita nel puntare contro la vittima una pistola giocattolo priva di tappo rosso. Evento non verificatosi a seguito della pronta reazione della vittima che riusciva a disarmare il suo offensore; b) rapina aggravata, ai danni del gestore di un esercizio commerciale, consumata mediante minaccia consistita nel puntare contro la vittima un coltello; per effetto di essa l'agente si impossessava della somma di 180 euro.

In sentenza erano riconosciute le circostanze attenuanti di cui all'art. 62, co. 1 nn. 4) e 6) c.p., in relazione alla speciale tenuità del danno e all'intervenuto suo risarcimento, nonché le attenuanti generiche, equivalenti a tutte le aggravanti contestate.

¹⁴ Cass. Sez I, ordinanza n. 89, cit.

La condannata, a fronte di un fine pena fissato al 24 gennaio 2020, ha avanzato istanza di concessione di misure alternative alla detenzione: affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 l. n. 354/75) e, in subordine, detenzione domiciliare.

Tralasciando i profili inerenti l'affidamento in prova al servizio sociale in quanto avulso dalle considerazioni oggetto della presente relazione, va segnalato che in ordine alla detenzione domiciliare il competente Tribunale di sorveglianza di Firenze ha dichiarato inammissibile la domanda.

Invero, i giudici di sorveglianza hanno dato atto che la pena in espiazione è tuttora imputabile al delitto consumato di rapina contestato al capo b), aggravata ai sensi dell'art. 628, co. 3, c.p. (minaccia commessa con armi), e ha rilevato come la detenzione domiciliare fosse preclusa ai sensi del combinato disposto degli articoli 4-*bis* e 47-*ter* co. 1-*bis*, della l. n. 354/1975, non sussistendo le condizioni per la concessione della misura stessa ad altro titolo.

Avverso l'ordinanza di inammissibilità del Tribunale di Firenze la difesa della detenuta ha proposto ricorso per Cassazione, evidenziando l'errato *modus operandi* del giudice di sorveglianza in relazione all'applicazione degli articoli 4-*bis* e 47-*ter* co. 1-*bis* l. n. 354 del 1975.

Viene censurata la declaratoria d'inammissibilità dell'istanza di detenzione domiciliare 'generica', in quanto adottata sulla sola base del titolo di reato, ancorché rientrante nel catalogo dei reati richiamato nell'art. 4-*bis* della medesima legge. Secondo la difesa della condannata, invece, la preclusione all'ottenimento della detenzione domiciliare 'generica' sarebbe legata non titolo di reato e alla conseguente collocazione nell'elencazione dell'art. 4-*bis* ord. penit., ma alla sussistenza delle condizioni ostative specificamente previste dalla disposizione in rapporto alla particolare categoria di reato.

Ne discende, pertanto, che per la rapina aggravata sarebbe dunque sufficiente, ai fini dell'accesso alla misura, il mancato rilievo della sussistenza di collegamenti del reo con la criminalità organizzata, con la ulteriore conseguenza che l'istanza non avrebbe potuto essere considerata inammissibile.

La Corte di Cassazione, prima di entrare nel merito della vicenda, premette che la declaratoria del Tribunale di sorveglianza è conforme al dato normativo e al diritto vivente.

Invero, l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità sostiene che l'art. 47-*ter* co.1-*bis* ord. penit. nel disciplinare le ipotesi espressamente preclusive di tale forma di detenzione domiciliare, rinvia unicamente al menzionato catalogo dei reati e non al contenuto della disposizione che lo contempla (l'art. 4-*bis* della stessa legge), relativa ad una pluralità di situazioni variamente articolate dal legislatore. Pertanto per la preclusione all'applicazione della misura è sufficiente la condanna irrevocabile per uno dei delitti rientranti nel catalogo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., a nulla rilevando l'insussistenza di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva¹⁵. In una tale ottica, non rileva, neppure,

¹⁵ Cass. Sez. I, n. 20145 del 27/4/2011, Barbato, rv. 250277. In tema di misure alternative alla detenzione è causa ostativa alla detenzione domiciliare la condanna irrevocabile per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* ord. penit., a nulla rilevando l'inesigibilità della collaborazione con la giustizia, posto che il rinvio operato dalla disposizione sulla detenzione domiciliare è al catalogo di cui all'indicato articolo e non al suo contenuto. Nello stesso senso Cass. Sez. I, 7/7/2006, n. 30804, Napolitano, massima rv 234716; Cass. Sez. I, 9/12/2010, n. 44572, Allegra, rv 248995) secondo cui l'art. 47-*ter* co.1-*bis* ord. penit., nel disciplinare le ipotesi espressamente preclusive della detenzione domiciliare, rinvia unicamente al catalogo dei reati di cui all'art. 4-*bis* della medesima legge e non al contenuto di quest'ultima disposizione e alla disciplina relativa.

la concessione delle attenuanti generiche in favore del detenuto, atteso che la giurisprudenza di legittimità ha da tempo affermato che ai fini della concessione delle misure alternative alla detenzione è causa ostativa all'applicazione del beneficio penitenziario richiesto la (semplice) condanna irrevocabile per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* ord. penit.; consegue da ciò che il riconoscimento dell'equivalenza o della prevalenza di circostanze attenuanti sulle aggravanti, ridonda esclusivamente sul piano del trattamento sanzionatorio¹⁶. In linea con questa impostazione, è stato sostenuto, che la previsione di cui all'art. 47-*ter* co. 1-*bis* l. n. 354/1975, anche a seguito della sua novellazione ad opera dell'art. 7, co. 4 n. 1 *bis* l. n. 251/2005, nel disciplinare le ipotesi espressamente preclusive della detenzione domiciliare, rinvia unicamente al catalogo dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e non al contenuto di quest'ultima disposizione; rappresenta, dunque, causa ostativa all'applicazione della detenzione domiciliare la condanna irrevocabile per uno dei delitti tassativamente indicati nel summenzionato art. 4-*bis* ord. penit., e del tutto irrilevante è l'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva¹⁷.

In un'altra decisione, concernente un caso di omicidio, viene sostenuto che il condannato per uno dei delitti 'ostativi', indicati nell'art. 4-*bis* l. n. 354/75 non può fruire della detenzione domiciliare neanche se ultrasettante, in quanto il catalogo dei divieti richiamato dal co 1 dell'art. 47-*ter* della medesima legge opera nella sua mera formalità di elencazione ed esclude, quindi, la possibilità di ritenere operanti le relative deroghe¹⁸.

Tale regola non ammette eccezioni se non per i detenuti affetti da AIDS conclamata, per la prioritaria esigenza di evitare il rischio contagio per gli altri detenuti e per gli operatori penitenziari.

Per il supremo Collegio (ord. n. 89/2019) la declaratoria di inammissibilità del Tribunale di sorveglianza s'inserisce nell'ambito di una costante interpretazione argomentata su logiche ermeneutiche di carattere letterale e logico-sistematico, verso la quale non vi è ragione di discostarsi.

La Corte di Cassazione ritiene, tuttavia, che tale assetto normativo non sia coerente con le disposizioni costituzionali di cui agli artt. 3 co. 1 e 27 co. 1 e 3. I dubbi sollevati dai giudici di legittimità attengono alla ragionevolezza della preclusione assoluta prevista dal legislatore, e della sua conformità ai principi di rieducazione, di personalità e proporzionalità della pena che dovrebbero sorreggere la risposta punitiva in ogni momento della sua attuazione.

4.- La Corte costituzionale e il ripudio delle presunzioni assolute di pericolosità.

Diversamente si orienta la giurisprudenza costituzionale in relazione al riconoscimento dei benefici penitenziari nel richiedere che vi sia sempre una valutazione individualizzata, così da collegare la concessione o meno del beneficio a una prognosi ragionevole sulla sua utilità per l'emenda e il del reinserimento sociale del condannato¹⁹. La Corte costituzionale ripudia la legittimità di rigidi automatismi preclusivi fondati sul mero *nomen* del reato. Invero, le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il

¹⁶ Cass. Sez. I, n. 27557 del 27/5/2010, Mikovic, rv. 247723.

¹⁷ Cass. Sez. I, sentenza 7/7/2006 n. 30804, N. G., in *Riv. Pen.*, 2007, 681.

¹⁸ Cass. Sez. I, 6/5/2010, n. 20278, Lombardo, rv 247214

¹⁹ Corte cost. 8/10/2010, n. 291, in <http://www.giurcost.org>; conformemente le decisioni n. 189 del 2010, n. 255 del 2006, n. 436 del 1999, *ivi*.

principio di uguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali; sono tali quelle preclusioni che non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*²⁰. L'irragionevolezza della presunzione assoluta, sostengono ancora i giudici costituzionali, si può cogliere tutte le volte in cui sia 'agevole' formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa²¹. In plurime decisioni viene sostenuto che la presunzione di pericolosità, quantunque non deve essere totalmente esclusa dall'ordinamento, è costituzionalmente incompatibile nel caso in cui non abbia fondamento nell'*id quod plerumque accidit*²².

In sintesi: le presunzioni di pericolosità sono eccezionalmente ammesse, a patto che non siano arbitrarie né irrazionali in quanto rispondenti a dati di esperienza generalizzati, non suscettibili di agevole smentita, e che non siano neppure ad altro titolo lesive di valori costituzionali.

In sintonia con tale impostazione la Corte costituzionale, recentemente, ha ribadito l'incompatibilità con il vigente assetto costituzionale delle previsioni che impediscano in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso, l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati – che abbiano partecipato in modo significativo al percorso di rieducazione, e rispetto ai quali non sussistano gli indici di perdurante pericolosità sociale individuati dallo stesso legislatore nell'art. 4-*bis* ord. penit. – in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati. Questi criteri possono essere, legittimamente, considerati dal legislatore nella fase di comminazione della pena; ma non possono, però, fondare presunzioni assolute nella fase di verifica del grado e dell'adeguatezza delle misure cautelari durante il processo²³, né, tanto meno, nella fase di esecuzione della pena. Non è consentito che tali criteri possano operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società²⁴, e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione,

²⁰ Corte cost. 21/7/2010, n. 265, in <http://www.giurcost.org>, con nota di A. D'Urbano, *Il 'volto costituzionale' del sistema penale si impone anche ai pacchetti sicurezza (Nota a Corte cost., sent. n. 265/2010 sulla carcerazione preventiva obbligatoria nei reati di violenza sessuale)*.

²¹ Corte cost. 16/4/2010, n. 139, in <http://www.giurcost.org>; nello stesso senso Corte cost. sent. n. 41 del 1999, *ivi*.

²² Corte cost. 27/7/1982, n. 139, in <http://www.giurcost.org>.

²³ Corte cost. 12/12/2011, n. 331, in <http://www.giurcost.org>, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 co. 4-*bis*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 («Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero») in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

²⁴ Sul punto cfr. Corte cost. 16/12/1998, n. 450, in <http://www.giurcost.org>, secondo la quale la rigida preclusione alla concessione di permessi premio, prima dell'espiazione di metà della pena, nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, introdotta nel quadro di un più generale e drastico inasprimento delle condizioni per la concessione a tali condannati dei benefici carcerari, è stata dettata dal legislatore in modo indiscriminato, senza riguardo alle specifiche esigenze, costituzionalmente imposte, dell'esecuzione minorile. Essa viene a contrastare con tali esigenze, risolvendosi in un automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate, in ordine all'impiego di un istituto – il permesso premio – inteso a consentire a condannati, che non risultino socialmente pericolosi, di "coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro" (art. 30-*ter*, co. 1, dell'ordinamento penitenziario): strumento essenziale per perseguire efficacemente il progressivo reinserimento della persona detenuta nella società, e dunque quella finalità rieducativa, che deve essere assolutamente preminente nell'esecuzione penale minorile. Tanto più che,

da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena²⁵.

Corollario di tali riflessioni è l'incompatibilità con i principi costituzionali in tema di funzione della pena, delle previsioni che precludano in modo assoluto l'accesso a un beneficio penitenziario in ragione soltanto della particolare gravità del titolo di reato commesso, riflessa dall'inclusione di quest'ultimo in un catalogo (quello *ex art. 4-bis* l. n. 354/1975) cui si ricollegano, a vari livelli, indici presuntivi di pericolosità che parrebbero potersi ritenere legittimi solo nella misura in cui gli stessi risultino, in concreto, agevolmente vincibili.

In altri termini, la disposizione in esame impedendo in radice l'accesso alla misura alternativa contrasterebbe con i principi costituzionali in tema di rieducazione della pena; in effetti l'esclusione anche per i condannati in presenza dei presupposti indicati dalla legge (la prestata utile collaborazione con la giustizia²⁶, la rescissione o mancata instaurazione dei collegamenti con il crimine organizzato e gli eventuali progressi nel percorso risocializzante) si fonderebbe su di una presunzione assoluta di perdurante pericolosità sociale che invece sarebbe da escludere proprio ai sensi dell'art. 4-*bis* ord. penit., in sintonia con l'impostazione di fondo del regime ivi delineato.

5.- L'irragionevolezza dell'art. 47-ter, co. 1-bis ord. penit. e la conseguente a questione di legittimità costituzionale.

Dalle considerazioni sinora esposte discende l'irragionevolezza intrinseca della disposizione censurata (art. 47-*ter* co. 1-*bis* ord. penit.) in relazione al valore della responsabilità penale personale e alla necessaria finalità rieducativa della pena.

In proposito vanno segnalate le condivisibili riflessioni svolte dai giudici di legittimità nella richiamata ordinanza n. 89/2019 che, seppure aventi ad oggetto un caso concernente il delitto di rapina aggravata, hanno l'innegabile merito di evidenziare una questione di rilevanza generale, concernente la funzione della pena calata nella fase dell'esecuzione.

La rapina aggravata, del resto, può assumere in concreto, e in base a dati di comune esperienza giudiziaria moltissime volte assume, una dimensione di ridotta offensività oggettiva

trattandosi di condannati per gravi delitti, e dunque a pene di non breve durata, tale preclusione viene ad irrigidire per lunghi periodi il regime di esecuzione della pena.

²⁵ Corte cost. 11/7/2018, n. 149, cit.

²⁶ Sul punto merita di essere evocata una significativa decisione della Corte costituzionale (sentenza n. 68 del 22/2/1995, in <http://www.giurcost.org>) che rimarcando il ruolo della funzione rieducativa della pena, quale valore insopprimibile che permea l'intero trattamento penitenziario, afferma che in tanto è possibile subordinare ad una determinata condotta l'applicazione di istituti che di quel trattamento sono parte integrante in quanto la condotta che si individua come presupposto normativo risulti oggettivamente esigibile, giacché, altrimenti, residuerebbe nel sistema null'altro che una preclusione assoluta, del tutto priva di bilanciamento proprio sul piano dei valori costituzionali coinvolti. Con questa decisione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, secondo periodo, della l. n. 354/1975, come sostituito dall'art. 15, co. 1 lett. a), del d.l. n. 306/1992 («Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa»), conv. nella l. n. 356/1992, nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Ne consegue che per tutti i casi di collaborazione inesigibile, poiché impossibile in relazione alle conoscenze del condannato, o di fatto irrilevante in relazione alle conoscenze già altrimenti acquisite dall'autorità, la preclusione assoluta dei benefici penitenziari contrasta con gli artt. 3 e 27 Cost., così D. Pulitanò, *Diritto penale*⁶, Torino 2015, 503.

di guisa che può non essere affatto sintomatica di una pericolosità contenibile solo con misure carcerarie.

Al fine del riconoscimento delle misure alternative – e nel caso di specie della detenzione domiciliare – va valutato il fatto nella sua completezza e non la semplice collocazione nell'ambito dell'elencazione di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.; vengono in rilievo, allora, le armi usate (con l'innegabile differenza nell'aver adoperato un coltello oppure una pistola ancor di più se arma giocattolo); l'entità della somma sottratta (rileva l'esiguità rispetto ad una somma rilevante); l'eventuale risarcimento del danno; l'entità della pena patteggiata; la pena già scontata in regime cautelare sia pure attenuato (arresti domiciliari); l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata; ecc.

La preclusione per condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. di accedere alla particolare forma di detenzione domiciliare prevista per le pene detentive inferiori a due anni di reclusione, senza alcuna valutazione della concreta pericolosità del soggetto, desumibile dalla sua condotta o dalla sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata viola, oltre ai principi della personalità e finalità rieducativa della pena, il principio della progressività del trattamento, così come affermato dalla costante giurisprudenza costituzionale. Considerazioni, queste, che confortano ulteriormente il dubbio circa l'irragionevolezza intrinseca di una previsione che preclude, in radice, le possibilità di concessione della misura alternativa sulla mera base dell'inserimento del titolo di reato nell'elencazione di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

Con riferimento al principio della progressività del trattamento²⁷ deve evidenziarsi che il condannato per un delitto ricompreso tra quelli elencati dall'art. 4-*bis* o.p. potrebbe essere ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale, ove sussistano le condizioni previste in tale norma, mentre gli è inibito l'accesso alla detenzione domiciliare prevista dal comma 1-*bis* del successivo art. 47-*ter*, nonostante quest'ultima misura abbia carattere maggiormente contenitivo e sia perciò semmai maggiormente idonea a fronteggiarne la pericolosità sociale eventualmente residua.

Sotto altri profili va segnalato come non potrebbe neppure sostenersi che il divieto assoluto della detenzione domiciliare ordinaria, rispetto al condannato per uno dei delitti *ex* art. 4-*bis* ord. penit., trovi la sua ragion d'essere nell'estraneità della detenzione domiciliare al circuito rieducativo e trattamentale.

La detenzione domiciliare, inserita tra le misure alternative alla detenzione di cui al Titolo I, Capo VI dell'ordinamento penitenziario, realizza, come sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale²⁸ una modalità meno afflittiva di esecuzione della pena. Secondo la Corte costituzionale, la detenzione domiciliare, contraddistinta all'origine da finalità prevalentemente umanitarie ed assistenziali, ha visto, attraverso i successivi interventi del legislatore, ampliare notevolmente il proprio ambito di applicazione e costituisce ora una modalità di esecuzione prevista per una pluralità di ipotesi, fra loro eterogenee e, in parte, sganciate dalle condizioni soggettive del condannato²⁹.

L'istituto, dopo l'ampia riforma realizzata con la legge n. 165 del 1998 ha assunto aspetti più vicini e congrui alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale della pena, non

²⁷ Sul tema della progressività del trattamento già Corte cost. 14.12.1995, n. 504, in <http://www.giurcost.org>.

²⁸ Corte cost. 24/5/1996, n. 165, in <http://www.giurcost.org>.

²⁹ Corte cost. 5/12/2003, n. 350, in <http://www.giurcost.org>.

essendo esso più limitato alla protezione dei 'soggetti deboli' prima previsti come destinatari esclusivi della misura, ed essendo applicabile in tutti i casi di condanna a pena non superiore a due anni (anche se residuo di maggior pena), purché risulti in concreto idoneo ad evitare il pericolo di recidiva. La Corte costituzionale ha, tra l'altro, affermato che anche la concessione d'ufficio del beneficio, al condannato che ne abbia titolo, non soltanto non è in contrasto, ma piuttosto realizza lo scopo rieducativo di cui all'art. 27 della Costituzione³⁰.

Il riferimento, poi, all'insussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti, alle modalità di svolgimento della misura e alle ipotesi di revoca dimostra che la detenzione domiciliare non solo non prescinde da contenuti trattamentali ma è partecipe a pieno titolo della finalità di reinserimento sociale del condannato, costituente l'obiettivo comune di tutte le misure alternative alla detenzione³¹

Per le ragioni esposte, i giudici di legittimità ritengono, condivisibilmente, non manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, co. 1, e 27, co. 1 e 3 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter co. 1-bis, l.n. 354 del 1975, nella parte in cui prevede che tale disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'art. 4-bis della medesima legge, avuto riguardo all'irragionevolezza intrinseca di tale disposizione, in relazione ai principi della personalizzazione e finalità rieducativa della pena, da cui consegue l'esigenza di trattamenti penitenziari non legati esclusivamente a catalogazioni per tipi d'autore e non sbarrati da presunzioni invincibili, ma misurati in base alla concreta gravità dei fatti-reato commessi e alla effettiva pericolosità del condannato, nonché l'esigenza di percorsi di responsabilizzazione ispirati al principio di progressione e gradualità.

³⁰ Corte cost. 27/10/199, n. 422, in <http://www.giurcost.org>.

³¹ Corte cost. 22/10/2014, n. 239, cit., (con commento di F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, (27/10/2014), in <https://www.penalecontemporaneo.it>.) che richiama nella giurisprudenza di legittimità Cass. Sez. I, 19/9/2013, n. 38731; Cass. Sez. I, 14/12/2006, n. 40736.