

Penale Ord. Sez. 1 Num. 32331 Anno 2018

Presidente: IASILLO ADRIANO

Relatore: CENTOFANTI FRANCESCO

Data Udiienza: 10/07/2018

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

GIUGLIANO ROSARIO nato a POGGIOMARINO il 28/01/1961

avverso il decreto del 16/10/2017 del Presidente del TRIBUNALE di SORVEGLIANZA di MILANO

udita la relazione svolta dal Consigliere FRANCESCO CENTOFANTI;

lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale MARILIA DI NARDO, che ha chiesto la reiezione del ricorso.



RITENUTO IN FATTO

1. Con il decreto in epigrafe, adottato ai sensi degli artt. 666, comma 2, e 678, cod. proc. pen., il Presidente del Tribunale di sorveglianza di Milano dichiarava inammissibile, per difetto delle condizioni di legge, l'istanza di detenzione domiciliare «speciale», avanzata, a norma dell'art. 47-*quinquies*, commi 1 e 7, Ord. pen., da Rosario Giugliano, detenuto presso la casa di reclusione di Opera, con fine pena fissato, allo stato, al 10 marzo 2021.

Nei confronti di Giugliano era stata disposta, in data 18 febbraio 2016, la revoca della misura alternativa della semilibertà, e nei suoi confronti operava pertanto, a giudizio del Presidente del Tribunale, il divieto triennale di concessione di benefici, stabilito dall'art. 58-*quater*, secondo comma, Ord. pen. (in combinato disposto con i commi primo e terzo).

2. Ricorre il condannato per cassazione, tramite il difensore di fiducia avvocato Corrado Limentani, sulla base di unico motivo, con cui si deduce la violazione degli artt. 666 e 678 cod. proc. pen., nonché 47-*quinquies* e 58-*quater* Ord. pen.

Rileva il ricorrente che, non menzionando quest'ultima disposizione, nel suo primo comma (dal secondo richiamato), la misura alternativa della detenzione domiciliare «speciale», rispetto a essa non varrebbe la preclusione, ivi stabilita, alla iterazione dei benefici penitenziari; e, pertanto, la pregressa revoca della semilibertà non sarebbe, di per sé, ostativa alla valutazione nel merito dell'istanza proposta dal condannato.

Una diversa interpretazione costituirebbe un'inammissibile applicazione analogica, *in malam partem*, di disposizioni penali, e sarebbe lesiva dell'interesse del minore, a protezione del quale, in ossequio a precise indicazioni d'ordine costituzionale, la misura alternativa in esame sarebbe stata istituita.

3. Nella requisitoria, presentata a norma dell'art. 611 cod. proc. pen., il Procuratore generale presso questa Corte ha concluso chiedendo la reiezione del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto, che il ricorso pone all'attenzione della Corte, consiste nello stabilire se il divieto triennale di concessione delle misure alternative, derivante da revoca di altra misura (nella specie semilibertà), previsto dall'art. 58-*quater* Ord. pen., nel combinato disposto dei suoi primi tre

commi, operi anche rispetto alla concessione della detenzione domiciliare «speciale» di cui all'art. 47-*quinquies*.

2. E' quest'ultima un istituto, introdotto nell'ordinamento per effetto della legge 8 marzo 2001, n. 40, e poi ulteriormente disciplinato, ed esteso, dalla legge 21 aprile 2011, n. 62, che si inserisce nell'ambito del processo di progressivo ampliamento dei presidi a tutela del rapporto tra condannate madri (e, a certe condizioni, padri) e figli minori.

La «ratio» della disposizione è comune a quella delle forme di detenzione domiciliare, già previste dall'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), Ord. pen., ossia quella di impedire, ove possibile, il distacco del bambino dalla figura genitoriale, al tempo stesso evitandone l'inserimento in un «contesto punitivo», privo di adeguati stimoli per la sua crescita e del tutto inidoneo alla creazione di un rapporto affettivo fisiologico con la figura stessa. Il nuovo istituto persegue ulteriormente tale «ratio», istituendo nuovi presupposti perché l'espiazione della pena al domicilio possa essere attuata.

Anche lì dove la pena detentiva ancora da scontare superi il limite dei quattro anni, e le misure alternative anzidette non potrebbero essere concesse, le condannate con prole di età non superiore a dieci anni possono essere comunque ammesse a 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», a condizione che abbiano già espriato almeno un terzo della pena o almeno quindici anni, nel caso di condanna all'ergastolo (art. 47-*quinquies*, comma 1). Occorre anche che vi sia «la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli» e che non sussista «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti».

Analogamente a quanto avviene nelle antecedenti ipotesi di detenzione domiciliare nell'interesse della prole, se la madre è deceduta, o versa in condizioni tali da renderle assolutamente impossibile provvedere alla cura dei figli, e non vi è modo di affidare la prole ad altri che a lui, la misura in esame può essere concessa anche al detenuto padre (art. 47-*quinquies*, comma 7).

3. Proprio muovendo dalla natura «sussidiaria» della detenzione domiciliare «speciale», la giurisprudenza di legittimità si è già pronunciata (Sez. 1, n. 28712 del 01/07/2002, Liaci, Rv. 222098) nel senso di escludere che essa si sottragga ai divieti cui è soggetta quest'ultima, stabiliti dall'art. 58-*quater* Ord. pen., e quindi possa essere concessa al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa, a norma dell'art. 47, comma 11, della legge citata (affidamento in prova al servizio sociale), 47-*ter*, comma 6 (detenzione

domiciliare) o 51, primo comma (semilibertà, che è la misura a Giugliano già revocata nella specie).

Nel ricordato precedente di legittimità correttamente si evidenzia come, con l'introduzione nell'ordinamento penitenziario dell'art. 47-*quinquies*, il legislatore abbia solo ampliato, nei termini innanzi sinteticamente illustrati, l'istituto della detenzione domiciliare, e che, nel prevedere ciò, gli era certamente estraneo l'intento di sottrarlo, nel suo insieme come anche nella parte di realizzata sua maggiore estensione, al divieto previsto dal secondo comma dell'art. 58-*quater* dello stesso ordinamento, in relazione al suo comma primo.

A conforto si adducono ulteriori ineccepibili argomentazioni.

La prima è di ordine testuale. L'interpretazione suddetta si fonda sul dato letterale univoco, rappresentato proprio dal primo comma dell'art. 58-*quater* Ord. pen., che è la fattispecie che il successivo comma, nel porre il divieto qui rilevante, richiama al fine di individuarne l'ambito oggettivo. Ebbene tale primo comma fa espresso riferimento alla «detenzione domiciliare» senza altra specificazione, lasciando in tal modo intendere che la locuzione ricomprenda tutti i casi di detenzione domiciliare. Ed è opportuno sin d'ora far presente che questa Corte, nella sua più recente giurisprudenza (Sez. 1, n. 6287 del 23/10/2014, dep. 2015, Santamaria, Rv. 262825; Sez. 1, n. 586 del 10/12/2010, dep. 2011, Ferrante, Rv. 249441; Sez. 1, n. 21081 del 27/05/2010, Senato, Rv. 247580; Sez. 1, n. 13542 del 03/03/2010, Silva, Rv. 246833; Sez. 1, n. 3476 del 25/11/2009, dep. 2010, Bonillo, Rv. 245692), ha desunto l'inoperatività del divieto in scrutinio, rispetto alla misura dell'affidamento in prova in casi particolari, proprio dal fatto che l'art. 58-*quater*, primo comma, richiami, a tal fine, l'«affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'art. 47», così chiaramente escludendo l'incidenza del divieto sull'istituto in origine disciplinato dall'art. 47-*bis* Ord. pen. e, di seguito (già nel momento in cui l'art. 58-*quater* era introdotto nell'ordinamento, per effetto dell'art. 1, comma 6, d.l. n. 152 del 1991, conv. dalla legge n. 203 del 1991), dall'art. 94 T.U. stup.

L'esegesi testuale è dunque di segno esattamente contrario rispetto alla tesi difensiva, ed è da escludere, già sotto questo assorbente profilo, che si dia la temuta analogia *in malam partem*.

Ma la tesi difensiva, centrata sull'inapplicabilità del divieto alla detenzione domiciliare «speciale», non può essere accolta neppure secondo il criterio dell'interpretazione logica.

Se la tesi fosse esatta, si verificherebbe una evidente incongruenza. Il divieto di concessione di nuova misura alternativa continuerebbe infatti a esistere, pacificamente, per i casi di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), Ord. pen., e sarebbe paradossalmente inoperante, a parità di presupposti

giustificativi, nel caso della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*quinquies*, dove anzi più rilevante è la pena residua che il condannato deve espiare.

4. Da tali persuasive linee esegetiche il Collegio non ritiene di potersi discostare; sicché, a legislazione vigente, deve senz'altro ritenersi che, nel caso di specie, la preclusione scrutinata operi in pregiudizio del condannato ricorrente.

Il Collegio dubita, tuttavia, della legittimità costituzionale di tale assetto, rispetto ai parametri rappresentati dall'art. 3 Cost. da un lato, e dagli artt. 29, 30 e 31 dall'altro.

5. La rilevanza della questione appare evidente.

Il decreto impugnato appare conforme al sistema normativo sospettato d'illegittimità costituzionale, e dunque, se il relativo dubbio fosse giudicato infondato, il presente ricorso per cassazione dovrebbe essere respinto.

Opposta conclusione sarebbe autorizzata dall'accoglimento della questione di legittimità costituzionale. In tal caso il Tribunale di sorveglianza, palesemente non ostandovi il limite di pena, sarebbe tenuto – previo annullamento senza rinvio del decreto impugnato ad opera di questa Corte e restituzione degli atti – a esaminare nel merito i presupposti per la concessione della misura, allo stato non preclusa per alcuna tipologia di reato; presupposti il cui fattuale riscontro costituisce un *posterius* rispetto alla decisione che deve essere assunta nel presente giudizio di cassazione.

Né, per le ragioni testé esposte, appare percorribile un'interpretazione costituzionalmente orientata, a sostegno della quale neppure varrebbe obiettare che la misura in questione, in quanto introdotta dalla legge n. 40 del 2001, esulerebbe dal novero di quelle «avute di mira» dal legislatore allorché, dieci anni prima, aveva varato il regime censurato. Il rilievo si supera solo che si rifletta sul fatto che il primo comma dell'art. 58-*quater* Ord. pen., che delimita la sfera di operatività del divieto, è stato integralmente riscritto dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (art. 7, comma 6), successiva alla citata legge n. 40 del 2001. Se il legislatore, dunque, avesse voluto realmente affrancare dalla disciplina preclusiva la detenzione domiciliare «speciale», ormai presente nel sistema, lo avrebbe certamente esplicitato nel nuovo testo.

Non accredita l'interpretazione «adeguatrice» neppure il fatto che il divieto ex 58-*quater* non operi, secondo la già citata giurisprudenza di legittimità, rispetto all'affidamento terapeutico di cui all'art. 94 T.U. stup., in quanto siffatta giurisprudenza è basata sul diverso dato testuale già sopra esaminato, oltre che su elementi logico-sistematici – la specialità e l'autonomia dell'affidamento in prova in casi particolari rispetto all'affidamento in prova ordinario – non

riproducibili nel caso in esame (stante l'identità di *ratio* tra la detenzione domiciliare, ordinariamente prevista dall'art. 47-ter, comma 1, Ord. pen. a favore del condannato-genitore, e la detenzione domiciliare «speciale» istituita dall'art. 47-quinquies).

6. Il dubbio di legittimità costituzionale è alimentato, anzitutto, dalle considerazioni che hanno già indotto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 239 del 2014, a dichiarare, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, Ord. pen., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura prevista dall'art. 47-quinquies dello stesso ordinamento.

6.1. In questa pronuncia si sottolinea il prioritario rilievo che, nell'economia dell'istituto, assume l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età, ad instaurare un rapporto quanto più possibile «normale» con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo; interesse che – oltre a chiamare in gioco l'art. 3 Cost., in rapporto all'esigenza di un trattamento differenziato – evoca ulteriori parametri costituzionali (tutela della famiglia, diritto-dovere di educazione dei figli, protezione dell'infanzia: artt. 29, 30 e 31 Cost.).

Per questo il giudice delle leggi ritenne che assoggettare la misura in esame (come quella ex art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b), Ord. pen.) al regime «di rigore», sancito dall'art. 4-bis, comma 1, legge penitenziaria, significasse accomunare situazioni tra loro profondamente diversificate, nonché traslare su un soggetto terzo, estraneo alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna (oltre che, rispetto a quella fattispecie, alla scelta del condannato di non collaborare), le sottese esigenze di politica repressivo-criminale (rispetto a quella fattispecie, il «costo» della strategia di lotta al crimine organizzato, basata sull'incentivazione alla collaborazione, rappresentato dal sacrificio delle normali esigenze trattamentali).

6.2. Anche l'art. 58-quater Ord. pen. – introdotto nell'ordinamento dal menzionato art. 1, comma 6, d.l. n. 152 del 1991, conv. dalla legge n. 203 del 1991, e, nella parte che qui rileva, modificato dai parimenti ricordato art. 7, comma 6, legge n. 251 del 2005, nonché inciso da declaratorie d'illegittimità costituzionale (ininfluenti in questa sede, perché tese ad escluderne l'applicazione ai condannati minorenni e a circoscriverla rispetto alle situazioni espiative già in essere) – esprime una precisa linea di politica criminale, volta a sanzionare la scarsa «affidabilità» di un condannato responsabile di condotte negativamente sintomatiche, quali l'evasione, ovvero le trasgressioni alle

prescrizioni di una pregressa misura alternativa, tali da averne determinato la revoca. Rispetto a tale condannato si istituisce una presunzione assoluta di temporanea inidoneità rispetto a forme di espiazione della pena detentiva, che si attuino anche parzialmente al di fuori dell'istituzione carceraria.

La giurisprudenza costituzionale – orientata in linea di principio ad escludere, nella materia dei benefici penitenziari, la legittimità di rigidi automatismi, e a richiedere invece che vi sia sempre una valutazione individualizzata, così da collegare la concessione o meno del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'emenda e del reinserimento sociale (sentenze n. 291 del 2010, n. 189 del 2010, n. 255 del 2006, n. 436 del 1999; da ultimo, sentenza n. 149 del 2018) – ammette eccezionalmente, in materia, presunzioni di pericolosità, a patto che non siano arbitrarie né irrazionali, in quanto rispondenti a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, e che non siano neppure ad altro titolo lesive di valori costituzionali.

6.3. Nel dichiarare, con l'ulteriore sentenza n. 76 del 2017, l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, Ord. pen., introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. b), legge n. 62 del 2011, quanto all'inciso «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis,» – norma sotto altro aspetto limitativa della piena operatività della detenzione domiciliare «speciale» – la Corte costituzionale ne ha ribadito le caratteristiche essenziali, che costituiscono attuazione di valori costituzionali fondamentali.

La Corte anzidetta ha riaffermato che essa, pur partecipando della finalità di reinserimento sociale propria di ogni misura alternativa, è istituto in cui assume rilievo prioritario la tutela del minore, nel suo interesse a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione. Ha riconosciuto che tale interesse trova riconoscimento e tutela – oltre che nell'ordinamento costituzionale interno, e specialmente nell'art. 31, secondo comma, della Carta, che demanda alla Repubblica di proteggere l'infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo – nell'ordinamento sovranazionale, ove vengono in particolare considerazione le previsioni dell'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, e dell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, proclamata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Ha attribuito a tale interesse rango «preminente».

6.4. Per quanto tale, come ricordato nelle pronunce costituzionali n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017, nemmeno l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure genitoriali forma oggetto di protezione

assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore, in seguito alla commissione di un reato, e alle condizioni che la regolano. Proprio a una simile logica di bilanciamento risponde, in effetti (v. anche Corte cost. n. 177 del 2009), la disciplina delle condizioni di accesso alla detenzione domiciliare «speciale», stabilita dall'art. 47-*quinquies*, comma 1, Ord. pen.; condizioni tra le quali figura anche quella, già ricordata, della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte del condannato.

Affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre, però, come ammonisce la Corte costituzionale, che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata, per l'appunto, in concreto, secondo quanto richiesto dalla citata disposizione, e non già «collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»

6.5. L'art. 58-*quater*, primo e secondo comma, Ord. pen. – nell'inibire, nei confronti del condannato resosi responsabile di condotte che hanno determinato la pregressa revoca di una delle misure alternative ivi indicate, l'accesso alla detenzione domiciliare «speciale» – pone una siffatta presunzione assoluta, da ritenere in contrasto, per tutte le considerazioni svolte, sia con il principio di eguaglianza formale (art. 3 Cost.), per l'indebita parificazione di situazioni di espiazione soggettivamente differenziate, sia con le disposizioni costituzionali a tutela della famiglia (art. 29, primo comma), del rapporto di genitorialità (art. 30, primo comma) e dell'infanzia (art. 31, secondo comma), che restano compromesse al di fuori del necessario prudente apprezzamento delle circostanze della vicenda concreta.

Vero è che la preclusione, indotta dal citato art. 58-*quater*, seppur assoluta ha durata limitata nel tempo; il terzo comma della disposizione fa coincidere tale durata con il tempo di tre anni dall'intervenuta revoca della misura alternativa.

Tale circostanza non appare dirimente, al fine di escludere il *vulnus* ai citati principi costituzionali.

Tre anni sono un tempo assai significativo nel processo di crescita del minore di tenera età, cui l'art. 47-*quinquies* Ord. pen. ha principale riguardo; tanto più significativo, quanto più ridotta sia l'età del bambino nel momento in cui la preclusione inizi a decorrere. Durante tale periodo ben possono verificarsi quelle importanti, e difficilmente riparabili, alterazioni del suo equilibrio psico-fisico che solo l'eliminazione dell'automatismo – e con essa la riesplorazione del potere discrezionale del giudice, orientato a una logica di attento bilanciamento dei valori in campo – è in grado di sventare.

7. Per le ragioni sin qui esposte il Collegio ritiene di sollevare d'ufficio, nei termini precisati, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, primo, secondo e terzo comma, Ord. pen., in combinato disposto.

Spetterà alla Corte costituzionale valutare, in caso di accoglimento, l'opportunità di estendere, ai sensi dell'art. 27 legge 11 marzo 1953, n. 87, la declaratoria d'illegittimità costituzionale all'analoga preclusione - qui tuttavia non «rilevante» - che le norme in scrutinio determinano, rispetto alla concessione della detenzione domiciliare nei casi regolati dall'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), Ord. pen.

Il processo deve essere per l'effetto sospeso, e gli atti trasmessi alla Corte costituzionale, come da dispositivo.

P.Q.M.

Vista la legge 11 marzo 1953, n.87, art. 23, solleva, di ufficio, questione di legittimità costituzionale - con riferimento agli artt. 3, primo comma, 29, primo comma, 30, primo comma, e 31, secondo comma, della Costituzione - dell'art. 58-*quater*, primo, secondo e terzo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui essi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinqies* della stessa legge n. 354 del 1975, al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa, ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-*ter*, comma 6, o dell'art. 51, primo comma, della legge medesima.

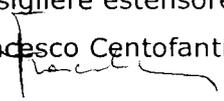
Sospende il giudizio in corso e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Dispone altresì che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata al ricorrente, al Procuratore Generale presso questa Corte, al Presidente del Consiglio dei Ministri, e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso il 10 luglio 2018

Il Consigliere estensore

Francesco Centofanti



Il Presidente

Adriano Iasillo

