

**OPINIONE SCRITTA DELLA
ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE**

L'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore* Prof. Marco Pelissero, nato a Fossano (Cuneo) il 31.7.1966 (C.F. PLSMRC66L31D742B), ai sensi dell'art. 6 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, con il presente atto intende proporre una propria opinione scritta, in qualità di *amicus curiae*,

NEL GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

introdotto con ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Bologna, ud. 9 aprile 2024 (dep. 10 aprile 2024), iscritta al n. 174 del Registro delle Ordinanze di codesta Ecc.ma Corte costituzionale, e pubblicata sulla G.U. del 2.10.2024, 1^a Serie Speciale, con cui il predetto organo giudicante sospendeva il giudizio e disponeva l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 3 co. 2 Cost. in relazione agli artt. 2, 29, 30, 31 co. 2 Cost., nonché all'art. 117 Cost. in relazione agli artt. 14 e 8 CEDU, riguardante la disciplina dell'art. 47-*quinquies*, comma 7 ord. penit., nella parte in cui prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva possa essere concessa al padre detenuto "se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre", e, in subordine, nella parte in cui prevede che in condizioni di assenza per decesso o impedimento della madre il Tribunale di Sorveglianza possa concedere la misura solo se "non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre".

* * * *

1. Sulla legittimazione dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale.

L'AIPDP (www.aipdp.it) è l'associazione riconosciuta maggiormente rappresentativa dei professori in materie penalistiche. Essa aderisce ai principi della democrazia costituzionale, informando la sua attività ai valori del pluralismo culturale e scientifico, sollecitando la discussione a ogni livello su temi attinenti al diritto penale, favorendo l'espressione e la circolazione di orientamenti su questioni di particolare attualità e importanza per la giustizia penale (art. 1 Statuto) e promuovendo ogni attività opportuna per il perseguimento di tali finalità (art. 2 Statuto).

L'AIPDP rivolge la sua attenzione alle fondamentali questioni del diritto penale nell'ottica di promuoverne la conformità ai principi costituzionali. In questa prospettiva, particolare attenzione è sempre stata dedicata anche alla disciplina del sistema sanzionatorio.

Infine, l'AIPDP ha già presentato tre opinioni scritte (28.7.2022, 8.2.2024 e 28.6.2024): in relazione alla prima richiesta, è stata ammessa a partecipare ai relativi giudizi incidentali di legittimità (v. sent. Corte cost. n. 77/2023); in relazione alla seconda questione, v. sent. Corte cost. n. 138/2024; sulla terza questione la Corte non si è ancora pronunciata.

2. Sulla fondatezza della questione di legittimità costituzionale

La questione sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Bologna deve essere interamente condivisa, tanto in relazione alla questione principale che in quella subordinata, poiché individua in maniera puntuale i parametri costituzionali rilevanti, valorizzando in particolare l'irragionevolezza della disciplina dell'art. 47-*quinquies*, comma 7 ord. penit. in ragione della manifesta disparità di trattamento tra i ruoli genitoriali della madre e del padre.

La disciplina prevista all'art. 47-*quinquies*, comma 7 ord. penit. determina una irragionevole discriminazione tra la madre ed il padre nell'accesso alla misura della detenzione domiciliare sostitutiva, stabilendo una differenziazione tra i ruoli genitoriali - fondata esclusivamente sul genere - che non appare giustificabile. Non lo è sotto il profilo della coerenza esterna, trattandosi di una disposizione che si fonda sulla concezione - ormai diventata anacronistica - che il padre rivesta un ruolo subalterno e residuale rispetto alla madre nell'accudimento e nella crescita della prole, mentre invece la letteratura scientifica riconosce ormai pacificamente l'essenzialità della figura paterna soprattutto nelle fasi di sviluppo successive a quella neo-natale. Ugualmente non appare giustificabile sotto il profilo della coerenza interna, se confrontata con quanto previsto all'art. 47-*ter*, comma 1, lett. b) ord. penit.

– norma sul cui confronto torneremo – e in altre disposizioni dell’ordinamento (tra cui l’art. 275, comma 4 c.p.p.), in cui il legislatore ha operato differenti scelte in tema di bilanciamento tra le esigenze del processo penale ed assistenza alla prole in tenera età.

Si osserva, in particolare, che, mentre il diritto alla c.d. bigenitorialità è bilanciabile, non potendo prevalere in maniera automatica su ogni altro interesse, individuale o collettivo - così come evidenziato dalla Corte cost. nella sent. n. 219/2023 nel dichiarare infondata la questione relativa alla legittimità costituzionale dell’art. 47-ter, c. 1, lett. b) ord. penit. – viceversa, il principio di uguaglianza è incomprimibile. Il nucleo duro di questo principio si sostanzia, infatti, nel riconoscimento dell’uguaglianza intesa come diritto che vieta arbitrarie distinzioni sulla base di determinati fattori soggettivi quali il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali come stabilito dagli artt. 3 Cost., 21 della Carta di Nizza e 14 CEDU.

2.2. La discriminazione economica in base al genere

L’ordinanza sottolinea come la diversa declinazione dei presupposti per l’accesso alla misura della detenzione domiciliare speciale del padre e della madre comporti una violazione dell’art. 3 Cost., in quanto si viene a determinare una irragionevole disparità sul versante economico.

Nello specifico la peculiare e rigorosa interpretazione consolidatasi nel tempo nella giurisprudenza di legittimità, dapprima con riferimento alle previsioni di cui all’art. 275 comma 4 c.p.p. e all’art. 47-ter comma 1 lett. b) ord. penit. (laddove, per il vero, si fa riferimento esclusivamente alla situazione di “assoluta impossibilità a dare assistenza alla prole”) e recepita anche con riferimento alla norma oggetto di scrutinio - secondo cui l’attività lavorativa della madre di prole infradecenne non determina, di per sé, quella assoluta impossibilità di accudire la prole (cfr. Cass. pen., 19 aprile 2019, n. 23268; Cass. pen., 13 aprile 2026, n. 33052; Cass. pen., 3 giugno 2015, n. 40076) – accentua la disparità di trattamento in base al genere, con pregiudizio per la posizione della madre: con particolare riguardo alla condizione della madre lavoratrice il cui compagno/marito sia detenuto, il giudice rimettente evidenzia che costei «dovrà farsi carico tanto del ruolo di cura della prole quanto di quello di mantenimento economico della famiglia, eventualmente sacrificando la propria capacità lavorativa in favore degli impegni familiari».

Per il tramite di un'interpretazione che non ritiene che la condizione di madre lavoratrice integri, di per sé, la condizione di (assoluta) impossibilità, si rischia infatti di alimentare un modello di discriminazione economica nei confronti delle donne-madri, le quali, trovandosi a dover curare i figli senza il supporto del marito/compagno, possono vedersi costrette a lasciare il loro impiego lavorativo, ovvero a ridurre gli orari di lavoro, accettando soluzioni part-time. Per questa via pertanto si rischia anche di acuire il gender gap lavorativo in un contesto in cui il nostro Paese già rappresenta il fanalino di coda nelle classifiche UE per il più basso tasso di occupazione delle donne. Secondo gli ultimi dati nazionali, nel 2022, la percentuale di dimissioni è cresciuta del 17,1%, delle quali quasi il 73% riguardano donne che denunciano forti difficoltà nel coniugare vita privata e cura dei figli con la propria attività lavorativa (cfr. "Occupazione femminile: i dati di Fondazione studi", in *www.ipsoa.it*, 7 marzo 2024). Anche il numero delle donne che hanno lasciato il lavoro dopo la maternità è aumentato del 19%. La previsione di cui all'art. 47-*quinquies*, comma 7 ord. penit., e l'interpretazione che nel tempo la giurisprudenza ne ha fornito, rappresenta pertanto un ulteriore possibile disincentivo all'occupazione femminile, andando a riproporre un modello in cui della cura e dell'assistenza dei figli sono gravate principalmente le donne, relegando l'apporto degli uomini a casi del tutto residuali. Tale posizione giurisprudenziale appare in effetti paradossale se si pone mente al fatto, ben messo in evidenza nell'ordinanza di remissione, che è proprio alla normativa del settore giuslavoristico (ed in particolare alla materia relativa al congedo parentale), tesa alla migliore tutela della donna lavoratrice, che la Consulta attinge per una prima valorizzazione del ruolo della figura genitoriale maschile (cfr. Corte cost. 215/1990).

2.3. L'irragionevole marginalizzazione della figura paterna e gli effetti indiretti della pena carceraria sui figli minori

Qualora Questa Ecc.ma Corte non ritenesse di accogliere la questione principale, si ritiene che debba comunque essere accolta la questione sollevata in subordine, nella parte in cui l'art. 47-*quinquies*, comma 7 ord. penit. prevede che, in condizioni di assenza per decesso o impedimento della madre, il Tribunale di Sorveglianza possa concedere la misura solo se "non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre".

Come ben evidenziato in via gradata nell'ordinanza di rimessione, l'irragionevolezza della scelta normativa impressa nell'art. 47 *quinqües*, comma 7, ord. penit., di per sé apprezzabile per le ragioni ben evidenziate nell'ordinanza di rimessione, affiora altresì, secondo un'ulteriore prospettiva, nel confronto con la disciplina della detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47 *ter*, comma 1, lett. b), ord. penit.

In particolare, la disposizione, di cui si invoca l'illegittimità costituzionale, prevede che in condizioni di assenza per decesso o impedimento della madre, il Tribunale di Sorveglianza possa concedere la misura solo quando «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Tale requisito, che marginalizza ulteriormente la figura paterna, consentendone l'affidamento dei figli solo in via subordinata alla indisponibilità di soggetti terzi, oltre ad approfondire la lesione degli interessi sottesi alla norma e dunque ad aggravare i profili di illegittimità costituzionale già in via principale evidenziati, finisce per rinnegare la portata ampliativa, rispetto ai limiti che l'istituto incontra ai sensi dell'art. 47 *ter* ord. penit., unanimemente riconosciuta alla previsione di cui all'art. 47 *quinqües*. Va infatti rimarcato come il legislatore del 2001, introducendo con legge n. 40 questa disposizione, abbia inteso estendere la tutela riconosciuta alla cura del minore attraverso una disciplina che, a determinate *condizioni – id est*, insussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti e possibilità di ripristino della convivenza coi figli –, consente l'accesso al beneficio anche a condannati a pene medio-lunghe (comma 1) e contempla inoltre un meccanismo di proroga in deroga ai limiti di età del figlio (comma 8). Un percorso, peraltro, poi proseguito con l'inserimento, ad opera della legge n.62 del 2011, del comma 1 *bis*, concernente l'esecuzione con le medesime modalità anche della quota parte di pena richiesta per fare istanza di concessione della misura.

Per quel che ci riguarda da vicino, l'effetto ampliativo dell'art. 47 *quinqües* ord. penit. in ordine alla posizione della figura paterna, se si prescinde dal requisito la cui legittimità è in discussione, può cogliersi, pur sempre nell'ambito del maggiormente esteso perimetro operativo della norma sopra descritto, con riferimento alla platea più vasta di soggetti potenzialmente beneficiari della misura rispetto al novero di quelli ricompresi nello spettro applicativo dell'art. 47 *ter*, comma 1, lett. b): diversamente dalla disciplina dettata da quest'ultima disposizione, infatti, non è necessario che il padre già conviva coi figli e abbia

assunto funzioni attive di cura della prole, né deve ricorrere la condizione dell'impedimento *assoluto* materno.

Così configurata la relazione tra le due disposizioni, la comune *ratio* di cura del minore, da assicurare attraverso la garanzia dell'assistenza genitoriale al soggetto bisognoso di cura in modo da non pregiudicarne lo sviluppo psico-affettivo, è resa peraltro manifesta dallo stesso Giudice delle leggi con interventi che hanno assimilato, quando necessario, le due discipline (cfr. Corte cost., n. 30/2022, n.18/2020, n.187/2019, n. 211/2018, n.239/2014, n.177/2009, n. 350 2003). Si deve prendere atto dell'*illogica e ingiustificata* restrizione delle maglie dell'art. 47 *quinquies*, comma 7, O.P. determinata dall'ultimo inciso, che posterga il ruolo paterno a quello dei terzi, retrocedendone ulteriormente la posizione nel contesto normativo.

In breve, quantunque il padre non sia *pericoloso* e possa eseguire all'esterno la pena unendosi ai figli, al ricongiungimento familiare viene preferita la cura fornita dai terzi, con sacrificio dell'interesse del padre (in contrasto con gli artt. 3, comma 2, e 30 Cost.) e di quello del minore (in contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost.).

Un inciso normativo, dunque, che spezza la linea di continuità ravvisata, sul piano *logico*, tra le due disposizioni, ribaltandone l'ordine sistematico, e che comunque non può trovare giustificazione nell'ottica del bilanciamento, interno all'opzione normativa, tra i diversi interessi in gioco.

Ad ulteriore conferma della fondatezza della questione, va evidenziato che più recentemente si è venuto affermando, con riferimento specifico all'art. 275 comma 4 c.p.p., che il divieto ivi previsto opera anche quando, in costanza di madre lavoratrice, agli oneri familiari nei confronti del minore possa provvedersi esclusivamente mediante l'intervento di altri parenti o di strutture pubbliche "in quanto tale ausilio può assumere carattere soltanto integrativo, ma non totalmente sostitutivo dell'assistenza genitoriale" (così Cass. pen., 10 dicembre 2020, n. 4796, che richiama Cass. pen., 30 aprile 2014, n. 29355), superando in ciò quella giurisprudenza che, nel negare all'attività lavorativa della madre natura di presupposto integrante di per sé l'assoluta impossibilità, riteneva che la possibilità di affidare a terzi il minore nelle ore di lavoro della stessa assurgesse a vero e proprio requisito implicito delle previsioni di cui agli artt. 275 comma 4 c.p.p. e 47-ter comma 1 lett. b) ord. penit. (cfr. ad esempio Cass. pen., 10 settembre 2015, n. 36733; Cass. pen., 2 dicembre 2011, n. 44910). Di tutta evidenza come questa presa di posizione deponga a favore di una declaratoria di

incostituzionalità del requisito che, invece, risulta esplicitamente previsto all'art. 47-*quinquies* comma 7 ord. penit.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la disciplina contenuta nell'art. 47 *quinquies*, sancendo l'impossibilità per il padre di accedere alla detenzione domiciliare speciale in presenza di terzi in grado di accudire la prole, configura un vero e proprio *automatismo sanzionatorio*. Un automatismo che si palesa del tutto irragionevole per il carattere assoluto della preclusione, non essendo *mai* possibile applicare la misura al padre in presenza di terzi affidatari, con un conseguente duplice sacrificio: *i*) per il padre, la cui funzione genitoriale viene irragionevolmente limitata; *ii*) soprattutto, per il minore, privato del rapporto con entrambi i genitori.

Quanto al padre, i limiti che la disciplina impone alla coltivazione dei rapporti familiari ed intersoggettivi – rapporti che invece il legislatore ha ritenuto indispensabili rispetto alla madre anche in una prospettiva rieducativa – determinano una compressione della finalità rieducativa della pena nei suoi confronti, che non risulta bilanciata da esigenze di difesa sociale.

Quanto ai figli minori, l'ordinanza di remissione consente di valorizzare gli effetti indiretti della pena nell'ambito dei rapporti familiari, con particolare riguardo alle esigenze della prole, un profilo al quale indubbiamente risponde la disciplina dell'art. 47-*quinquies* ord. penit. che, tuttavia, presenta i vizi di legittimità costituzionale evidenziati dal giudice *a quo*. La Corte costituzionale non ha mancato di evidenziare in più occasioni il rilievo assunto dagli effetti indiretti della pena: sui figli produce un «danno riflesso» (sent. 30/2022); con riguardo ai figli portatori di handicap, «un pregiudizio ancora più grave» di quanto non lo sia per il figlio sano di età (sent. 18/2020). Anche la recente sent. 10/2024, in relazione al tema dell'affettività in carcere, ha considerato la disciplina in relazione agli effetti indiretti della pena, in quanto le «persone affettivamente legate al detenuto patiscano le conseguenze fattuali delle restrizioni carcerarie» e «tale riflesso soggettivo diviene incongruo quando la restrizione stessa non sia necessaria».

La preferenza accordata ai terzi nell'accudimento della prole appare ingiustificata, non rispondendo né ad esigenze di tutela della stessa, perché anzi i figli vengono così privati del diritto a godere dell'assistenza e dell'affetto paterni, né ad esigenze di difesa sociale, dal momento che l'art. 47 *quinquies* prevede espressamente che la misura possa applicarsi solo laddove «non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti». Essa piuttosto

sembra voler assicurare, ad ogni costo, l'esecuzione intramuraria della pena, ritenuta evidentemente quella in grado di soddisfare maggiormente la pretesa punitiva dello Stato.

Da qui la ritenuta illegittimità costituzionale dell'art. 47 *quinquies*, comma 7, ord. penit. per violazione degli artt. 3 Cost., 3, comma 2, Cost. in relazione agli artt. 2, 29, 30, 31, comma 2, Cost., nonché 117 Cost., in relazione agli artt. 14-8 CEDU, nella parte in cui prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva possa essere concessa al padre detenuto se «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Va infine ricordato che l'esigenza di appianare le differenze strutturali tra l'art. 47 *quinquies* e l'art. 47 *ter*, sancendo la non surrogabilità del padre da parte di terzi, ha trovato espressione in più occasioni. Così, ad esempio, nel 2009, la questione è stata sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale, in relazione agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.: in quell'occasione, tuttavia, i giudici costituzionali sono pervenuti ad una pronuncia di inammissibilità (ord. n. 211/2009) per ragioni legate all'incompleta descrizione della fattispecie da parte del giudice *a quo*. Ancor prima, nel 2005, quindi pochi anni dopo che la disposizione era stata introdotta nell'ordinamento, nell'ambito di un ampio e complesso disegno di riforma dell'ordinamento penitenziario (la c.d. proposta Margara, di cui al DDL 6164, presentato alla Camera il 3 novembre 2005), si è proposto di espungere dalla disciplina della detenzione domiciliare speciale (nonché da quella, di tenore analogo, relativa al beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli) il riferimento all'affidamenti della prole a terzi.

* * * *

Per queste ragioni, l'AIPDP confida in un intervento di codesta Ecc.ma Corte affinché dichiari illegittima dell'art. 47-*quinquies*, comma 7 ord. penit., nella parte in cui prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva possa essere concessa al padre detenuto solo “se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”, e, in subordine, nella parte in cui prevede che in condizioni di assenza per decesso o impedimento della madre il Tribunale di Sorveglianza possa concedere la misura solo se “non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”.

.

Con osservanza

Roma, lì

Prof. Marco Pelissero (firma digitale)