

Detenzione domiciliare speciale alla condannata madre: una incisiva apertura della Corte costituzionale.

di **Francesco Martin**

Sommario. **1.** La detenzione domiciliare speciale *ex art. 47 quinquies* O.P.: profili evolutivi, *ratio* e disciplina. - **2.** Le problematiche sottese al contrasto costituzionale. - **3.** La decisione della Corte Costituzionale: il necessario bilanciamento degli interessi.

1. La detenzione domiciliare speciale *ex art. 47 quinquies* O.P.: profili evolutivi, *ratio* e disciplina.

Con la sentenza n. 18/20 (Pres. Cartabia – Red. Cartabia, Ud. 14 febbraio 2020) la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47 *quinquies*, I comma, L. 354/75 nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche alle condannate madri di figli affetti da handicap gravi ai sensi dell'art. 3, III comma, L. 104/92.

L'art. 3, I comma, L. 40/01 ha introdotto, tra le altre disposizione, l'art. 47 *quinquies* che è stato poi successivamente innovato dalla L. 62/11 che ha posto in essere la dicitura "*secondo le modalità di cui al comma 1-bis*"; tale disposizione prevede l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero di almeno quindici anni in caso di ergastolo¹.

La detenzione domiciliare speciale si applica quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47 *ter* O.P., quando cioè non sia possibile disporre la detenzione domiciliare "ordinaria", prevista tra l'altro riguardo alle madri con bambini di età inferiore ai dieci anni, purché la pena detentiva da eseguire non superi la durata di quattro anni.

La norma in esame prevede un'ipotesi di detenzione domiciliare speciale ed in particolare, al primo comma, che qualora la condannata sia una madre di prole non superiore ad anni dieci - in assenza di pericolo di commissione di ulteriori reati e dopo aver espiaato un terzo della pena ovvero almeno quindici anni in caso di condanna all'ergastolo – la pena possa essere espiaata attraverso tale misura alternativa alla detenzione.

La *ratio* della norma è quella di consentire comunque alle madri la cura e l'assistenza ai figli evitando che l'esecuzione della pena possa influire in maniera nocumentale e negativa sul rapporto madre-figlio ovvero condizionare lo sviluppo psicologico e sociale del minore.

¹ PAVARIN M.G., *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in FIORENTIN F. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

Si ravviserebbe, in tale scelta, la volontà del legislatore di ampliare ed estendere la detenzione domiciliare c.d. umanitaria ex art. 47 *ter*, I comma, lett. a) O.P. al fine di tutelare l'interesse dei fanciulli che non devono essere penalizzati dalla differenza di situazioni delle rispettive madri sotto il profilo della gravità dei reati commessi e del *quantum* di pena già espiata².

Tale misura alternativa alla detenzione è connotata tuttavia da dei meccanismi di ammissione molto più ristretti e rigorosi rispetto alla detenzione domiciliare "comune".

Oltre al mero limite di pena già scontato, che comunque rappresenta già un primo ostacolo, è necessaria una valutazione in concreto al fine di comprendere se sussista o meno sia la possibilità che la condannata possa commettere ulteriori delitti, sia che la stessa possa ripristinare la convivenza con i figli.

Valutazione che quindi si deve basare, oltre che sul curriculum criminale della detenuta, anche sull'esame della sua personalità e del contesto socio-familiare dove l'interessata scontrerà la pena inflitta in misura alternativa.

L'istanza poi può essere presentata anche nel caso in cui la condannata non sia detenuta e quindi qualora la convivenza con i figli non si sia mai di fatto interrotta.

La misura di cui all'art. 47, IX comma, O.P., è dunque finalizzata, in presenza di determinati presupposti e circostanze, sia al reinserimento sociale della condonata (finalità propria di tutte le misure alternative alla detenzione) sia a garantire ai figli l'assistenza materna necessaria.

Il Tribunale di Sorveglianza deve quindi effettuare un giudizio di bilanciamento delle esigenze sottese alla decisione, valutando quale sia la possibilità del reinserimento sociale della condannata nonché l'entità effettiva dell'esigenza delle cure parentali.

Inoltre l'art. 47, VIII comma, O.P. prevede che sia prorogabile il beneficio della detenzione domiciliare speciale in presenza dei presupposti previsti dall'art. 50 O.P. quando il figlio compia il decimo anno di età.

Qualora la madre sia deceduta ovvero per condizioni fisiche o psichiche non possa in alcun modo prendersi cura dei figli, la misura dell'art. 47 *quinqüies*, O.P. può essere applicata al padre detenuto³.

È poi opportuno specificare che le preclusioni stabilite dall'art. 4 *bis*, L. 354/75 operavano anche con riferimento alla detenzione domiciliare speciale e che, in assenza di collaborazione con la giustizia, ostano alla concessione del beneficio premiale.

² DEGLI INNOCENTI L., FALDI F., *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Giuffrè, Milano, 2010.

³ CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010; CESARIS L., *Commento all'art. 47 quinqüies*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova.

In particolare, anche prima dell'entrata in vigore della L. 62/11 che ha provveduto ad esplicitarlo, sia la dottrina che la giurisprudenza concordavano nel ritenere non applicabile la detenzione domiciliare speciale ai condannati per uno dei reati c.d. ostativi.

Permane tuttavia un dubbio, non chiarito dalla norma, in merito alla procedura da applicarsi per quanto concerne l'esecuzione della quota di pena necessaria affinché la condannata, per un reato non rientrante nell'art. 4 *bis* O.P., possa beneficiare della detenzione domiciliare speciale.

Come noto sul punto è intervenuta la Corte costituzionale⁴ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *quinquies*, I comma, O.P., limitatamente alle parole «*Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis*»⁵.

Con riferimento al regime prescrittivo, il Tribunale di Sorveglianza deve provvedere a individuare, a mente dei criteri di cui all'art. 284, II comma, c.p.p., le modalità di attuazione della detenzione domiciliare.

Tale consistente dilatazione del potere discrezionale del Tribunale è implicitamente sottesa alla *ratio* della norma.

Se infatti questa è da individuarsi nella tutela e nello sviluppo dei figli appare chiaro come debba essere possibile ampliare il ventaglio delle prescrizioni.

La giurisprudenza di legittimità⁶ ha poi avuto modo di chiarire che la detenzione domiciliare soggiace alle preclusioni sancite dall'art. 58 *quater* O.P. con la conseguenza che, a titolo di esempio, non potrà essere applicata nei confronti dei soggetti a cui è stato revocato l'affidamento in prova al servizio sociale.

In merito alla revoca della misura, questa potrà essere disposta qualora ricorrano le medesime ipotesi previste in tema di revoca della detenzione domiciliare ordinaria, e cioè quando il comportamento mantenuto dalla condannata venga giudicato incompatibile con la misura.

⁴ Cort. Cost., 12.04.17, n. 76.

⁵ Secondo la Consulta nella disposizione in esame il legislatore ha escluso in assoluto dall'accesso ad un istituto primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età le madri accomunate dall'aver subito una condanna per taluno dei delitti indicati in una disposizione (l'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975) che contiene, oltretutto, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità (sentenza n. 32 del 2016).

Ne deriva quindi che vengono del tutto pretermessi l'interesse del minore ad instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre, nonché la stessa finalità di reinserimento sociale della condannata, non estranea, come si è già detto, alla detenzione domiciliare speciale, quale misura alternativa alla detenzione. Questa sorta di esemplarità della sanzione – la madre deve inevitabilmente espiare in carcere la prima frazione di pena – non può essere giustificata da finalità di prevenzione generale o di difesa sociale (sentenza n. 313 del 1990). Infatti, le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole.

⁶ Cass.pen., sez. I, 01.07.02, n. 28712.

Sussiste invece un'automatica revoca, data dal mero dato temporale, nel caso in cui – al compimento del decimo anno del figlio – il Tribunale di Sorveglianza non disponga la proroga del beneficio.

Altri due casi di revoca automatica concernono nel caso in cui vi sia l'assenza dal domicilio per più di dodici ore, ovvero nell'ipotesi in cui vi sia la decadenza dalla potestà genitoriale ex art. 330 c.c..

La detenzione domiciliare inoltre potrebbe applicarsi anche al condannato recidivo ex art. 99, IV comma, c.p. (che invece è preclusa dall'art. 47 *ter* O.P.) atteso che l'art. 47 *quinqües* O.P. non richiama le disposizioni di cui al citato art. 47 *ter*⁷.

2. Le problematiche sottese al contrasto costituzionale.

Evidenziate in precedenza le caratteristiche nonché la *ratio* che ha spinto il legislatore a prevedere la misura alternativa alla detenzione di cui all'art. 47 *quinqües* O.P., è ora necessario analizzare la recente pronuncia della Corte costituzionale.

La vicenda trae origine dal ricorso per Cassazione, presentato dalla condannata, contro il provvedimento del Tribunale di sorveglianza di Reggio Calabria che aveva rigettato una sua istanza di detenzione domiciliare speciale ai sensi dell'art. 47 *quinqües* O.P., proposta in funzione della cura e dell'assistenza a una figlia affetta da grave disabilità di età superiore a dieci anni.

Il Tribunale di Sorveglianza aveva negato alla condannata l'accesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare speciale, non in considerazione della natura dei reati per i quali era stata condannata, parzialmente riconducibili alla categoria dei reati ostativi di cui all'art. 4 *bis*, O.P. e neanche perché vi fosse un problema di previa espiazione di una parte della pena inflitta, bensì soltanto in ragione del dato per cui l'art. 47 *quinqües* O.P., impedisce alle madri detenute l'accesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare speciale quando il figlio, alla data dell'istanza, ha superato il decimo anno di età.

Secondo i giudici, inoltre, la figlia della detenuta, pur presentando una condizione di invalidità fisica totale, non avrebbe potuto essere equiparata, sotto il profilo cognitivo-comportamentale, vale a dire per "età mentale", a un soggetto inferiore ai dieci anni di età.

Contro tale provvedimento la detenuta aveva proposto ricorso per Cassazione eccependo tra l'altro, sia pure in via subordinata, l'illegittimità costituzionale di tale disposizione.

In particolare il rimettente riteneva sussistesse, in riferimento agli artt. 3, I e II comma, e 31, II comma, Cost. una questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 *quinqües*, I comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 nella parte

⁷ PAVARIN M.G. *Op.cit.*

in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche nei confronti della condannata madre di prole affetta da handicap totalmente invalidante.

La Corte di Cassazione⁸, respinti i motivi principali del ricorso, afferma che l'esegesi dell'art. 47 *quinquies* O.P., accolta dal Tribunale di Sorveglianza riflette un'adeguata lettura dello stato attuale del diritto positivo, ed esclude, sulla scorta di diversi motivati argomenti sia di natura testuale sia di carattere storico sistematico, che l'art. 47 *quinquies* O.P., possa essere interpretato nel senso che, alle condizioni ivi previste, la detenzione domiciliare possa essere accordata, oltre che alle detenute madri di prole di età inferiore ai dieci anni, anche alle detenute madri di figli di età superiore ai dieci anni ma portatori di handicap totalmente invalidante.

La Corte di cassazione sollevava quindi questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 *quinquies*, I comma, O.P., traendo alimento per i dubbi di costituzionalità dalle argomentazioni contenute in una pronuncia della Corte costituzionale⁹ relativa alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47 *ter*, I comma, lett. a) e b), O.P., la quale sarebbe omogenea per funzione alla misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47 *quinquies* O.P.

La finalità di entrambe le misure mira infatti a favorire il pieno sviluppo della personalità del figlio del soggetto condannato a pena detentiva attraverso la realizzazione del suo interesse a realizzare un rapporto quanto più normale possibile con il genitore.

Anche la disposizione della detenzione domiciliare speciale prevede la possibilità di un trattamento sanzionatorio che non interrompa il *continuum* educativo-assistenziale del genitore con il figlio, e tuttavia la limita all'ipotesi del minore di età inferiore a dieci anni senza considerare la condizione del figlio gravemente invalido, rispetto alla quale il riferimento all'età non potrebbe assumere un rilievo dirimente, perché la sua salute psico-fisica sarebbe suscettibile di essere in egual misura pregiudicata dall'assenza del genitore, detenuto in carcere, non essendo indifferente per il disabile grave, a qualsiasi età, che le cure e l'assistenza siano prestate da persone diverse dal genitore medesimo.

Per quanto attiene al profilo di contrasto con le norme di rango costituzionale la Corte di Cassazione individua innanzitutto una violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'intrinseca irragionevolezza di un sistema rigidamente legato all'età del minore, in cui, ai fini della concessione della detenzione domiciliare in esame, non si consenta affatto di apprezzare l'esistenza di situazioni omogenee a quella espressamente regolata, in cui si palesi la medesima necessità di assicurare al figlio l'effettiva presenza, e il pregnante sostegno, del genitore.

⁸ Ord. 26.04.19, n. 109.

⁹ Cort. Cost., 05.12.03, n. 350.

Secondariamente i giudici di legittimità ravvisano un successivo contrasto con gli artt. 3, Il comma, e 31, Il comma, Cost. in quanto l'indebita compressione delle finalità di protezione dell'istituto medesimo, realizzata tramite l'irragionevole restrizione dei suoi spazi applicativi, in grado di compromettere il valore di promozione della personalità umana, si porrebbe in potenziale contraddizione con i dettami costituzionali.

Nell'argomentare la sua decisione la Corte costituzionale muove dall'evoluzione normativa, già in precedenza evidenziata, che ha caratterizzato rispettivamente la detenzione domiciliare e la detenzione domiciliare speciale.

In particolari i giudici affermano che la detenzione domiciliare *ex art. 47 quinquies* O.P. non soggiace ad un limite relativo alla durata della pena in quanto il legislatore ha consentito anche alle condannate, madri di prole, ad una pena superiore a quattro anni o che devono scontare anche più di quattro anni di pena di poter fruire della detenzione domiciliare speciale a patto che i figli non abbiano ancora compiuto il decimo anno di età.

Prima della sentenza n. 350/03 tale condizione riguardava anche la detenzione domiciliare ordinaria.

Tuttavia a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale è possibile concedere la detenzione domiciliare ordinaria anche nei confronti di una condannata madre, convivente con un figlio che sia invalido totale anche qualora questo abbia età superiore ai dieci anni.

Ecco quindi che emerge subito una disparità tra la detenzione domiciliare ordinaria e quella speciale.

Se difatti le due misure perseguono il medesimo fine e scopo, allora la loro concessione non dovrebbe essere subordinati al ricorrere di presupposti a tal punto differenti: non sarebbe affatto chiaro il motivo per il quale la detenzione domiciliare speciale non potrebbe applicarsi alla madre con un figlio con età superiore ai dieci anni, ma totalmente invalido.

Pare opportuno ricordare che entrambe le misure hanno come scopo e finalità quello di tutelare il libero e positivo sviluppo della personalità del bambino, nonché di tutelare il suo rapporto con la madre.

La Consulta ha infatti rilevato l'asimmetria determinatasi dopo il proprio intervento del 2003 in materia di detenzione domiciliare ordinaria, e risoltasi in uno svantaggio per i portatori di gravi disabilità, nonostante la pari rilevanza accordata – nell'ambito delle due fattispecie di esecuzione extra muraria – al rapporto genitoriale con bambini di età inferiore ai dieci anni.

Una funzione primaria accomuna le previsioni a confronto, cioè quella di favorire le esigenze di sviluppo e formazione del bambino il cui soddisfacimento potrebbe essere gravemente pregiudicato dall'assenza della figura genitoriale, e quindi di garantire la tutela di un soggetto

debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, qual è il minore.

Se identica è la funzione delle due misure, non si legittima la limitazione d'una di esse per quanto attiene alle persone con grave disabilità¹⁰.

Nella sua scelta il Giudice delle Leggi richiama infatti i medesimi argomenti espressi nella sentenza del 2003.

Nel negare la detenzione domiciliare speciale ad una madre di un figlio affetto da grave disabilità e, quindi, nel privare fundamentalmente il soggetto più debole e meritevole di tutela delle cure assistenziali, familiari e sanitarie costituisce una lesione dell'art. 3, I e II comma, Cost..

L'assenza della madre risulterebbe un fattore altamente pregiudicante la salute, già compromessa, del figlio totalmente invalido nonché si tradurrebbe, sul piano pratico, in un inutile ed intollerabile accanimento nei confronti di un soggetto meritevole, invece, della massima tutela consentita. La norma quindi contrasterebbe sia con il primo comma dell'art. 3, Cost. poiché, pur a fronte di situazioni omogenee o equiparabili, finiva per determinare un trattamento profondamente difforme, sia con il secondo comma del medesimo articolo, posto che la possibilità di accedere ad una misura alternativa alla detenzione, allo scopo di assistere un figlio invalido, è funzionale alla "rimozione" degli ostacoli di ordine sociale che si pongono come impedimenti per lo sviluppo della persona.

Inoltre, sussisterebbe un contrasto con l'art. 31, II comma, Cost., che tutela e protegge la maternità, nel senso che il profondo legame tra il figlio e la madre non può dirsi compiuto ed esaurito in maniera assoluta dopo il decimo anno di età.

Tale tipo di relazione familiare risulta infatti essenziale per il pieno e completo sviluppo della personalità del figlio, sia sulla base degli studi scientifici, sia in rapporto al principio personalista, a sua volta letto con particolare riferimento anche a norme internazionali come la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità¹¹.

Secondo la Corte costituzionale occorre una tutela piena dei soggetti più deboli ed una continuità delle relazioni familiari che costituiscono l'essere umano anche in considerazione dei recenti interventi legislativi, come la L. 112/16 c.d. "Dopo di noi", dai quali emerge come il sostegno offerto dai genitori ai figli invalidi sia essenziale e come, perimenti, lo Stato debba farsi carico ed aiutare tali soggetti offrendo loro la più ampia e massima tutela.

Infine, la Consulta ribadisce che spetta al Tribunale di Sorveglianza effettuare una valutazione in concreto circa la concessione della misura della

¹⁰ LEO G., *La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, in *Sistema Penale*, 17.02.20.

¹¹ Tale convenzione è stata firmata a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con la legge 3 marzo 2009, n. 18.

detenzione domiciliare speciale, che tenga conto da un lato della tutela del soggetto disabile e dall'altro il contrasto e la repressione dei reati e della criminalità.

3. La decisione della Corte Costituzionale: il necessario bilanciamento degli interessi.

Sulla scorta delle argomentazioni in precedenza esposte, in base alla *ratio* della norma, alle finalità perseguite nonché ai dettami costituzionali ed anche alle indicazioni internazionali, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 47 *quinquies*, I comma, L 354/75, 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, III comma, L. 104/92 ritualmente accertato in base alla medesima legge.

La sentenza si iscrive, infatti, in un tracciato ben delineato nella elaborazione della Consulta volto, per un verso, ad assicurare la tendenziale uniformità di disciplina delle due forme di detenzione domiciliare (quella ordinaria nelle ipotesi delle lett. *a*) e *b*) dell'art. 47 *ter*, O.P. e quella speciale) ai fini della migliore tutela delle esigenze di cura della prole, in particolare se affetta da disabilità grave e, per l'altro verso, a ribadire l'esigenza che tali pur ampie possibilità di accesso alla misura extramuraria siano precedute da una approfondita disamina da parte del giudice che escluda nel caso concreto il pericolo di commissione di nuovi reati da parte della condannata.

Si tratta, in altri termini, di quel bilanciamento che la Corte ritiene necessario per assicurare l'equilibrato contemperamento di valori costituzionalmente rilevanti, in tutti i casi in cui questi entrino in oggettivo conflitto¹².

La pronuncia d'incostituzionalità tuttavia non concerne i requisiti previsti dall'art. 47 *quinquies*, I comma, O.P. inerenti al concreto pericolo della commissione di ulteriori delitti.

Tale decisione comporterà delle necessarie rivisitazioni delle decisioni prese dai vari Tribunali di Sorveglianza che saranno chiamati ad una particolare e approfondita valutazione dei singoli casi sia con riferimento alla necessità di tutelare lo sviluppo della persona e la cura del figlio, sia l'esigenza di tutelare la collettività da un soggetto che, in alcuni casi, risulta condannato per delitti di particolare gravità.

Sui due piatti della giustizia si pongono quindi altrettanti interessi, entrambi meritevoli di adeguata protezione: da un lato, la tutela della collettività da soggetti che hanno commesso delitti di particolare allarme sociale e, dall'altro, la tutela dei soggetti più deboli e bisognosi delle adeguate cure.

Ed infatti da un'attenta disamina emerge chiaramente, con riguardo a tale bilanciamento, la preoccupazione della Corte per eventuali reazioni di

¹² FIORENTIN F., *Detenzione domiciliare speciale senza limiti per condannate con figli affetti da disabilità grave*, in Guida al Diritto, 2020.

allarme sociale, a fronte di una misura che potrà riguardare anche persone condannate per gravi delitti e altrimenti destinate ad ancora lunghi o lunghissimi periodi di reclusione intramuraria.

Di qui infatti l'esplicito richiamo sia al concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, secondo un bilanciamento la cui tenuta nei singoli casi deve essere attentamente verificata dal giudice¹³.

Una possibile soluzione, in caso di soggetto condannato per reati di particolare gravità e a cui venga concessa la misura alternativa alla detenzione per la cura di un figlio gravemente disabile, potrebbe essere data dalla previsione di adeguati, costanti ed incisivi controlli da parte delle Forze dell'Ordine nonché di prescrizioni, particolarmente stringenti e limitative, da parte del Tribunale di Sorveglianza, che consentano anche una adeguata tutela degli interessi della comunità senza nulla pregiudicare la *ratio* della norma.

Di particolare ausilio poi sarà anche l'intervento dell'UEPE, che potrà monitorare l'eventuale evoluzione positiva della personalità della condannata ovvero la persistente presenza di condotte delinquenziali ed antisociale che contrastino con il finalismo rieducativo della pena e che quindi, se perduranti, potrebbero portare alla revoca della misura.

¹³ LEO G., *Op. cit.*