

Profili di illegittimità costituzionale della detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies* O.P.

di **Francesco Martin**

Sommario. **1.** Premessa. – **2.** Sulla detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies* O.P. – **3.** La sentenza n. 30 del 3 febbraio 2022. – **4.** Brevi note conclusive.

1. Premessa.

La questione inerente al diritto penitenziario o, più in generale, alla fase dell'esecuzione della pena è molto spesso foriera di spunti riflessi ed evoluzioni che si scontrano con i principi cardine del nostro ordinamento, ovvero con quello sovranazionale.

Interprete e autrice di sentenze che hanno, anche in maniera radicale, modificato la normativa in vigore è, specialmente negli ultimi anni, la Corte costituzionale che più volte è intervenuta sulla questione, da ultimo con una sentenza particolarmente significativa circa la *vexata quaestio* inerente all'art. 47-*quinquies* L. 26 luglio 1975, n. 354.

2. Sulla detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies* O.P.

Pare ora opportuno, al fine di una migliore comprensione della pronuncia in esame, evidenziare le caratteristiche e la *ratio* della norma.

L'art. 3, c. 1, L. 8 marzo 2001, n. 40 ha introdotto, tra le altre disposizioni, l'art. 47-*quinquies* che è stato poi successivamente innovato dalla L. 21 aprile 2011, n. 62.

La detenzione domiciliare speciale si applica nell'ipotesi in cui non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47-*ter* O.P., cioè quando non sia possibile disporre la detenzione domiciliare ordinaria, prevista per le madri di prole di età inferiore ai dieci anni, purché la pena detentiva da eseguire non superi la durata di quattro anni.

La norma in esame prevede dunque un'ipotesi di detenzione domiciliare speciale ed in particolare 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 espiato un terzo della pena, ovvero almeno quindici anni in

caso di condanna all'ergastolo - la pena possa essere espiata attraverso tale misura alternativa alla detenzione¹.

La *ratio* della norma è quella di consentire 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.

Si ravviserebbe, in tale scelta, la volontà del legislatore di ampliare ed estendere la detenzione domiciliare c.d. umanitaria *ex art. 47-ter*, c. 1, 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 alcuni 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 il soggetto possa commettere ulteriori delitti e che lo stesso possa ripristinare la convivenza con i figli³.

Valutazione che quindi si deve basare, oltre che sul curriculum criminale del detenuto, anche sull'esame della sua personalità e del contesto socio familiare dove l'interessato scontrerà la pena inflitta.

La misura è dunque finalizzata, in presenza di determinati presupposti e circostanze, sia al reinserimento sociale del condannato (finalità propria di tutte le misure alternative alla detenzione) sia a garantire ai figli l'assistenza 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 dell'istante, nonché l'entità effettiva dell'esigenza delle cure parentali⁴.

Inoltre l'art. 47-*quinquies*, c. 8, 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.

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

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

³ F. FIORENTIN, C. FIORIO, *La riforma dell'Ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

⁴ F. MARTIN, *Detenzione domiciliare speciale alla condannata madre: una incisiva apertura della Corte costituzionale*, in *Giur. Pen.*, 2020, n. 3.

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 detenuto⁵.

È poi opportuno specificare che le preclusioni stabilite dall'art. 4-*bis*, L. 354/75 operano anche con riferimento alla detenzione domiciliare speciale e che, in assenza di collaborazione con la giustizia, ostano alla concessione del beneficio premiale; difatti, 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. ostativi⁶.

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 costituzionale⁷ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinqüies*, c. 1, O.P., limitatamente alle parole «*Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis*»⁸.

Con riferimento al regime prescrittivo, il Tribunale di Sorveglianza deve provvedere a individuare, a mente dei criteri di cui all'art. 284, c. 2, 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

⁵ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010; CESARIS L., *Commento all'art. 47-*quinqüies**, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *L'ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2011.

⁶ F. FIORENTIN, C. FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2020.

⁷ Cort. Cost., 12.04.17, n. 76.

⁸ 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.

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

La giurisprudenza di legittimità⁹ 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. Sempre la Corte di Cassazione¹⁰ ha, di recente, fatto applicazione dei principi dettati dalla Corte costituzionale stabilendo che l'interesse superiore del minore debba essere valutato come preminente anche rispetto alle esigenze di sicurezza della collettività e ponendo quindi un limite alla valutazione del Tribunale di Sorveglianza sul pericolo di commissione di ulteriori reati da parte della madre detenuta, che costituiva oramai l'unico serio ostacolo alla concessione della misura della detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinqüies* O.P.¹¹.

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.

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 può essere concessa anche al condannato dichiarato recidivo *ex art.* 99, c. 4, c.p. (che invece è preclusa dall'art. 47-*ter* O.P.), atteso che l'art. 47-*quinqüies* O.P. non richiama le disposizioni di cui al citato art. 47-*ter* O.P.¹².

Orbene, come evidenziato, non è la prima volta che la Consulta è chiamata a pronunciarsi sulla disciplina della detenzione domiciliare speciale: la disposizione dell'art.47-*quinqüies* della legge penitenziaria è stata, infatti, reiteratamente sottoposta al vaglio di costituzionalità con esiti fra loro profondamente differenti.

Tuttavia, tratto comune di tutte le pronunce¹³ della Corte intervenute sulla disciplina della detenzione domiciliare speciale è il loro concentrarsi sui profili

⁹ Cass. Pen., Sez. I, 01.07.2002, n. 28712.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. I, 04.06.2020, n. 16945.

¹¹ N. CARDINALE, *Detenzione domiciliare speciale e interesse superiore del minore*, in *Sist. Pen.*, 17.06.2020.

¹² M.G. PAVARIN, *Op.cit.*

¹³ Si veda, *ex multis*, l'ordinanza n. 211 dell'8 luglio 2009, con cui la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-

sostanziali di concessione della misura speciale, ovvero sulle preclusioni ostative all'applicazione del beneficio¹⁴.

Nel caso in esame, come verrà evidenziato nel prossimo paragrafo, il profilo che caratterizza la questione sollevata dalla giudice di sorveglianza di Siena concerne un profilo prettamente procedurale: il rimettente difatti sottopone alla Consulta la procedura che regola la somministrazione del beneficio e la correlata possibilità, per il Magistrato di Sorveglianza, di applicare in via provvisoria e urgente la misura domiciliare speciale, anteriormente all'udienza davanti al Tribunale di Sorveglianza.

3. La sentenza n. 30 del 3 febbraio 2022.

Come già evidenziato, la questione sottoposta al vaglio della Corte costituzionale è stata sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Siena con l'ordinanza n. 29 del 01.02.2021.

Nel dettaglio, il caso riguardava un soggetto condannato, padre di una minore infradecenne, per il quale era stata chiesta l'applicazione in via provvisoria della detenzione domiciliare speciale, in ragione sia dell'espiazione del *quantum* di pena previsto dall'art.47-*quinquies*, c.1, O.P., sia la condizione di impossibilità della madre di prendersi adeguatamente cura della minore.

La prima problematica consiste nel fatto che, pur sussistendo astrattamente tutti i presupposti normativi per la concessione del beneficio, l'attuale quadro normativo preclude al Magistrato di Sorveglianza di applicare in via provvisoria il beneficio previsto dall'art. 47-*quinquies* L. 354/75, in quanto la norma non prevede espressamente un tale esito procedurale.

Sul punto il rimettente afferma che la evocata disposizione penitenziaria indica, al comma 3, la competenza del Tribunale di Sorveglianza a disporre la detenzione domiciliare speciale, senza nulla prevedere con riferimento alla possibilità di applicazione provvisoria da parte del Magistrato di Sorveglianza.

Tale disparità, a ben vedere, caratterizza negativamente la disciplina della detenzione domiciliare speciale rispetto alle altre misure alternative previste

quinquies, c. 7, L. 354/75, nella parte in cui prevede che la misura alternativa della detenzione domiciliare speciale possa essere concessa al padre di prole infradecenne – qualora la madre sia impossibilitata a prendersene cura – soltanto se non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre medesimo, con nota di C. FIORIO, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Giur. Cost.*, 2009.

¹⁴ F. FIORENTIN, *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per condannate madri*, in *Sist. Pen.*, 19.02.2021.

dalla L. 354/75; tutte queste difatti contemplano la possibilità di essere applicate in via cautelativa dal giudice monocratico¹⁵.

Esula da tale meccanismo solamente l'art. 47-*quinquies* O.P. il quale non prevede alcuna testuale disposizione sull'applicazione provvisoria del beneficio, e neppure si potrebbe ricavare tale possibilità, pure prevista per gli altri casi di detenzione domiciliare dall'art.47-*ter*, c. 1-*quater*, O.P., mediante un meccanismo estensivo-analogico, in *bonam partem*, della appena evocata disposizione penitenziaria: tale ipotesi ermeneutica resterebbe, infatti, preclusa dall'impossibilità di rintracciare in materia penitenziaria un principio generale che consenta al Magistrato di Sorveglianza l'applicazione in via provvisoria delle misure alternative¹⁶.

Il dato normativo, infatti, la L. 40/2001 che ha introdotto la detenzione domiciliare speciale, mentre ha integrato l'art. 70 O.P. con l'espressa menzione della suddetta misura tra quelle concedibili da parte del Tribunale di Sorveglianza, nulla ha previsto circa un analogo potere esercitabile in via cautelativa dal Magistrato di Sorveglianza.

Appare quindi evidente che l'attuale quadro normativo attribuisce esclusivamente al tribunale di sorveglianza la competenza a concedere le misure alternative.

Sul punto il giudice senese rileva che, pur essendosi valutata in sede di riforma penitenziaria la possibilità di traslare parzialmente al Magistrato di Sorveglianza tale competenza, anche in funzione deflattiva del carico dell'organo collegiale e di velocizzazione dei procedimenti, con il D. Lgs 2 ottobre 2018, n. 123 il legislatore si è limitato a introdurre un rito semplificato, che si risolve in ogni caso con una decisione formalmente assunta dal Tribunale di Sorveglianza, sia pure per mezzo di uno dei suoi componenti.

Ne deriva – così conclude sul punto la rimettente – che l'organo monocratico può applicare misure alternative disciplinate dalla L. 354/75 nei soli casi espressamente previsti, risultando così confermata la deteriore disciplina che contraddistingue, sotto tale profilo, la detenzione domiciliare speciale rispetto alle altre misure alternative.

Sicché l'attuale previsione dell'art. 47-*quinquies* O.P. contrasterebbe con l'art. 3 Cost. in ragione dell'esclusione della detenzione domiciliare speciale dal meccanismo di applicazione provvisoria, a fronte della primaria rilevanza costituzionale e convenzionale attribuita alla tutela dell'infanzia, con l'art. 27,

¹⁵ A bene vede l'ordinamento penitenziario prevede solamente due misure che non consentono tale meccanismo; la semilibertà "surrogatoria" di cui all'art.50, c. 2, O.P. e la detenzione domiciliare speciale. La prima, in realtà, è stata oggetto della pronuncia costituzionale n.74/2020, in seguito alla quale è divenuto possibile l'intervento del magistrato in via provvisoria e urgente.

¹⁶ F. FIORENTIN, *Op. cit.*

c. 3, Cost. in quanto la disposizione non sarebbe conforme al principio che impone l'umanità dell'esecuzione della pena, laddove costringe il condannato detenuto, per il quale vi sono tutti i presupposti di accesso alla misura domiciliare speciale, ad attendere i tempi di decisione del Tribunale di Sorveglianza senza che gli sia consentito l'immediato accesso al beneficio esterno, con l'art. 30 Cost. in quanto la mancata previsione dell'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale non appare coerente con il principio costituzionale che tutela i figli, prevedendo che si individuino modalità di assistenza nei loro confronti, con l'art. 31 Cost. per violazione del principio costituzionale posto a tutela della famiglia e dei diritti dei minori e, infine, con l'art. 117, c. 1, Cost. per la violazione della normativa internazionale che sancisce la tutela del superiore interesse del fanciullo.

Per quanto infine attiene ai due requisiti necessari al fine di poter sottoporre una disposizione al vaglio della Consulta si evince che, in ordine alla rilevanza delle questioni, il giudice *a quo* osserva che la denunciata lacuna normativa non è colmabile per via interpretativa e che l'applicazione urgente della misura domiciliare da parte dell'organo monocratico è resa necessaria nel caso di specie a tutela del superiore interesse della minore, in attesa della decisione del Tribunale di Sorveglianza

In ordine alla non manifesta infondatezza, sempre il rimettente reputa che l'omessa previsione dell'applicazione provvisoria violi l'art. 3 Cost. per irragionevolezza, proprio in quanto riferita ad una misura di tutela della prole minore, qual è la detenzione domiciliare speciale.

Il Presidente del Consiglio dei ministri, per il tramite dell'Avvocatura generale dello Stato, ha evidenziato che le questioni sollevate sarebbero inammissibili per difetto di rilevanza, non avendo l'ordinanza di rimessione dato conto di un'indagine effettiva circa lo stato di salute della madre della minore e l'assenza di altri congiunti in grado di accudire quest'ultima, all'infuori del padre e non fondate, poiché l'interesse del minore alla relazione con il genitore condannato ad espriare una pena detentiva non godrebbe di una tutela assoluta, se non quando l'età del bambino sia inferiore ad un anno.

La Corte costituzionale, nel dirimere la questione, ripercorre le proprie decisioni con riguardo all'art. 47-*quinquies* O.P..

Viene difatti evidenziato che la detenzione domiciliare speciale ha natura sussidiaria e complementare rispetto alla detenzione domiciliare ordinaria in quanto, pur condividendo con tale misura la finalità di tutela del figlio in tenera età di persona condannata a pena detentiva, può trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui la pena da scontare dal genitore superi il limite dei quattro anni di reclusione, viceversa ostativo alla concessione della misura ordinaria.

Mentre quindi l'art. 47-*ter*, c. 1, O.P. consente che la madre di prole di età inferiore a dieci anni o il padre, acceda all'espiazione domiciliare della pena della reclusione non superiore a quattro anni, l'art. 47-*quinquies*, c. 1, O.P.

ammette la detenzione domiciliare speciale anche per l'espiazione di una pena superiore ai quattro anni di reclusione, purché non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli.

Le due misure alternative perseguono la stessa finalità, cioè quella di evitare che l'interesse del bambino sia compromesso dalla perdita delle cure parentali, determinata dalla permanenza in carcere del genitore; l'identità finalistica delle due specie di detenzione ha portato la Consulta ad assimilare le discipline per salvaguardare il preminente interesse del minore.

A ben vedere, la questione problematica risiede nel fatto che mentre nell'art. 47-ter O.P. è espressamente prevista la possibilità per il Magistrato di Sorveglianza di applicare in via urgente e provvisoria la misura, nell'art. 47-quinquies O.P. tale clausola non è prevista.

Per la Presidenza del Consiglio dei ministri, proprio tale mancata previsione dell'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale troverebbe giustificazione nell'assenza di un massimo di pena per l'accesso alla misura, sicché ragionevolmente il legislatore avrebbe qui escluso la cognizione sommaria e monocratica del Magistrato di Sorveglianza, esigendo quella piena e collegiale del Tribunale di Sorveglianza.

Sul punto, tuttavia, la Corte rileva che: *“La quota di espiazione preliminare, che rappresenta l'essenziale aspetto distintivo della detenzione domiciliare speciale rispetto a quella ordinaria, ha proprio la funzione di bilanciare il superamento del “tetto” dei quattro anni di reclusione, poiché l'espiazione intramuraria di almeno un terzo della pena (o quindici anni nel caso di ergastolo) consegna agli uffici di sorveglianza i risultati di una consistente esperienza trattamentale. L'esclusione dell'anticipazione della detenzione domiciliare speciale non trova, quindi, una valida ragione giustificativa nel carattere sommario della decisione monocratica, e tuttavia sacrifica in termini astratti l'interesse del minore all'accudimento genitoriale, impedendo al magistrato di sorveglianza di valutare le particolarità del caso concreto, ciò che si risolve in una violazione del favor minorile assicurato dall'art. 31 Cost.”*

Se quindi sussiste medesimo fondamento e identità di tutela del figlio in tenera età, l'allineamento dell'art. 47-quinquies O.P. al comma 1-*quater* dell'art. 47-ter O.P. riguarda anche il terzo periodo del comma medesimo.

La conseguenza applicativa è che il Magistrato di Sorveglianza può concedere in via provvisoria la detenzione domiciliare speciale quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione.

La parificazione delle due norme determina il riconoscimento della natura cautelare dell'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale, che viene disposta dal Magistrato di Sorveglianza con apprezzamento dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, mediante

provvedimento di carattere interinale, cui deve seguire quello finale del collegio entro sessanta giorni, termine idoneo a garantire la relativa brevità dell'anticipazione della misura.

Il provvedimento cautelare avvia quindi un *continuum* procedimentale sottoposto alla vigilanza costante dell'organo monocratico, fino al giudizio del tribunale di sorveglianza, che, lungi dall'aver ad oggetto la mera convalida del provvedimento stesso, verifica l'attuale sussistenza delle condizioni della misura richiesta dal detenuto.

Ad aggiungersi che, anche nell'applicazione urgente della detenzione domiciliare speciale e nel corso della sua esecuzione, il magistrato di sorveglianza può disporre procedure di controllo con mezzi elettronici, in base al potere attribuitogli dall'art. 58-*quinquies*, c. 1, O.P..

La Corte costituzionale ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, commi 1, 3 e 7, L. 354/75, nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare può essere proposta al magistrato di sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura, nel qual caso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 47, c. 4, della medesima legge.

4. Brevi note conclusive.

Così come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, la sentenza in esame si iscrive in un tracciato ben delineato volto 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 prole¹⁷.

La stretta omogeneità tra le due misure si coglie fin dall'incipit della norma speciale che assume natura sussidiaria e complementare rispetto alla detenzione domiciliare ordinaria; la *ratio* sottesa alla tipologia speciale di detenzione domiciliare è inoltre quella di consentire la miglior tutela dell'interesse della prole anche nel caso dei genitori condannati a pene di estensione superiore ai quattro anni o alla pena dell'ergastolo.

Così come rilevato da alcuni autori¹⁸, la quasi omogeneità tra le due misure domiciliari si salda nella convergente prospettiva di assicurare al preminente interesse dei minori alle cure genitoriali quella massima tutela imposta non solo dalla Carta costituzionale, ma anche dalle fonti convenzionali.

Posto che, alla luce della sentenza in esame, assume un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale è il minore in tenera età, ad

¹⁷ Cort. Cost., sent. n. 350/2003, n. 177/2009, n. 239/2014, n. 211/2018, n. 187/2019 e n. 8/2020.

¹⁸ *Ex multis*, F. FIORENTIN, *Op. cit.*

instaurare un rapporto quanto più possibile normale con il genitore, appare privo di ragionevole giustificazione – alla luce dell’art. 3 Cost. – il trattamento differenziato e deteriore attribuito dall’attuale configurazione dell’art.47-*quinquies*, sotto il profilo della possibilità di applicazione provvisoria della misura speciale, giustificato solamente in ragione del *quantum* di pena da espiare.

La Corte difatti ha correttamente rilevato come la *ratio* delle disposizioni di cui all’art. 47-*ter* e 47-*quinquies* O.P. sia la medesima: la tutela del benessere della prole di un soggetto recluso.

In quest’ottica, quindi, la previgente struttura dell’art.47-*quinquies* appariva contraddittoria nella misura in cui, da una parte, non prevedeva l’applicazione in via provvisoria e urgente del beneficio da parte del Magistrato di Sorveglianza e, dall’altra, consentiva l’applicazione del medesimo beneficio da parte del Tribunale di Sorveglianza in esito ad un giudizio in cui quelle stesse esigenze dovevano ordinariamente recedere rispetto a quelle preminenti dell’interesse del minore.

A fronte per un verso, della identica finalità delle due tipologie di detenzione domiciliare (quella di cui alle lett. a) e b) dell’art.47-*ter* e quella di cui all’art. 47-*quinquies*) e, per l’altro verso, della medesima preminenza che, in entrambe le ipotesi applicative, deve essere conferita all’interesse del minore, non poteva essere ancora giustificabile un diverso trattamento sul piano delle procedure applicative.

Appare difatti chiaro come, sussistendo un fine comune, sia illogico e in contrasto con i principi cardine del nostro ordinamento il fatto che non sia possibile applicare, in via provvisoria e urgente, la disposizione di cui all’art. 47-*quinquies* O.P..

Con riferimento al tema che si pone sull’altro piatto della bilancia, la tutela della collettività da soggetti che hanno commesso delitti di particolare allarme sociale e che poi verrebbero sottoposti ad una misura alternativa alla detenzione carceraria, la Corte ritiene che l’interesse del minore prevalga.

L’interesse del minore viene quindi posto a principio insindacabile e meritevole della più ampia tutela; prospettiva abbracciata, di recente, anche dalla Corte di Cassazione¹⁹ che, proprio riecheggiando i principi già affermati dalla giurisprudenza costituzionale, ha stabilito, in tema di detenzione domiciliare speciale, che l’interesse superiore del minore debba essere valutato come preminente anche rispetto alle esigenze di sicurezza della collettività.

In definitiva la sentenza in esame ha dato corretta applicazioni ai principi costituzionali e sovranazionali, individuando il nucleo centrale della disposizione e la tutela che la stessa offre, andando a salvaguardare lo sviluppo affettivo, sociale e psicologico del soggetto minore degli anni dieci.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. I, 04.06.2020, n. 16945.

