



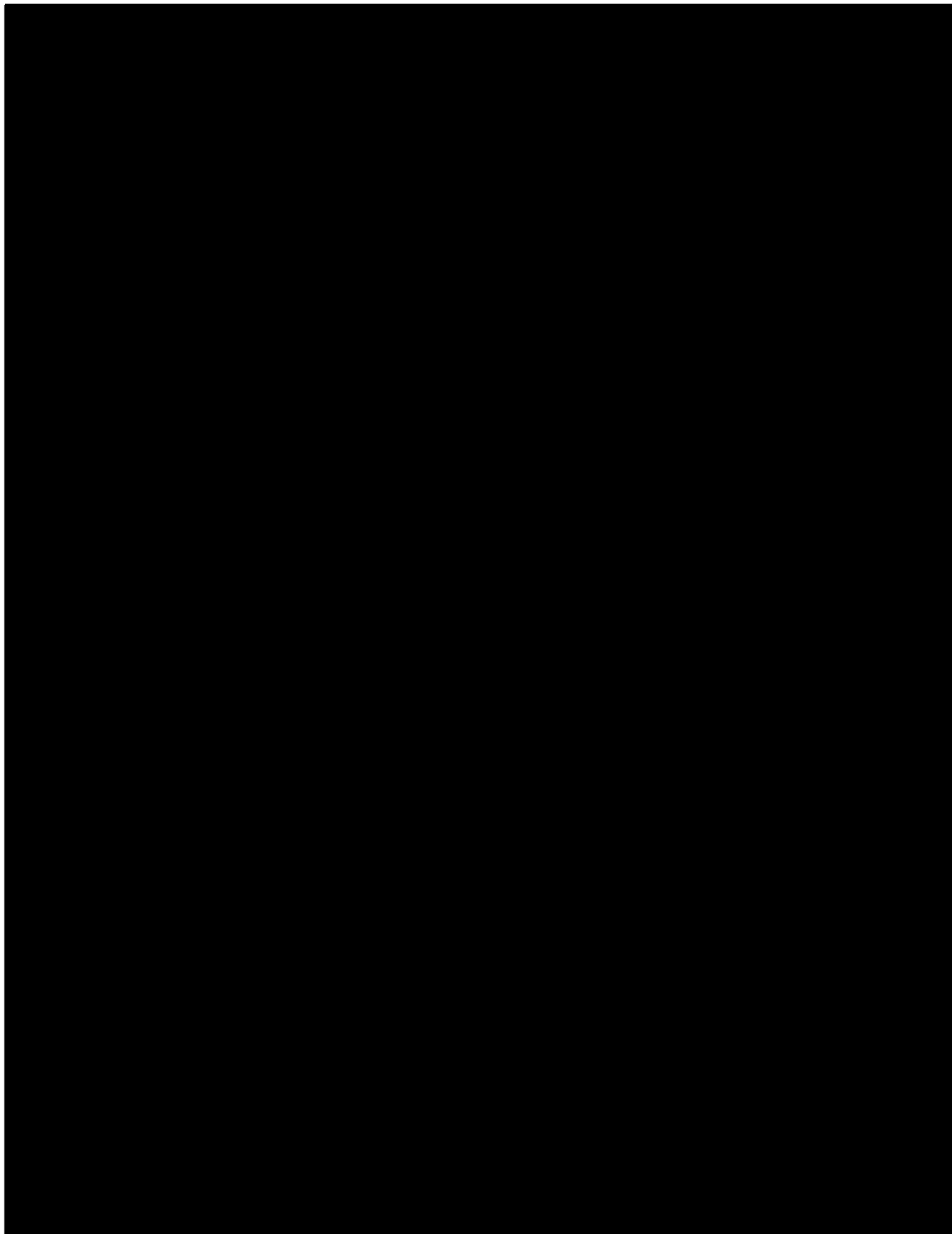
01029-19

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE PENALE



CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. Il sistema dell'esecuzione penale relativo ai detenuti, donne e uomini, che siano genitori di figli minori presenta una pluralità di disposizioni, le quali, consentendo una più ampia fruizione di misure extramurarie, sono poste a tutela del "superiore" interesse del minore, «soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione», a «instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo» (così Corte cost., 22/10/2014, n. 239). Un interesse riconosciuto, oltre che dall'art. 31, comma secondo, Cost., anche da fonti di rango sovranazionale, come l'art. 3, comma 1, della Convenzione delle Nazioni



Unite sui diritti del fanciullo, l'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a mente dei quali «in tutte le decisioni relative ai minori, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, detto interesse deve essere considerato "preminente"» (Corte cost., n. 239/2014); cui si aggiungono le indicazioni contenute nelle *Regole delle Nazioni Unite relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato* del 2010 (c.d. "Regole di Bangkok") e nelle Regole penitenziarie europee del 2006, che riconoscono specificamente la necessità di salvaguardare il benessere psico-fisico dei figli delle donne detenute. Regole e principi che si ispirano alla necessità di evitare che l'esecuzione della pena nei confronti del genitore si risolva in una sanzione, occulta e ovviamente illegittima, nei confronti del bambino.

Limitando il riferimento alla fase dell'esecuzione, sono diretta emanazione di questi principi innanzitutto le norme sul differimento della pena, stabilite dagli artt. 146, comma primo, n. 2, cod. pen. (che prevede il rinvio obbligatorio dell'esecuzione se questa "deve aver luogo nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno") e 147, comma primo, n. 3, cod. pen. (che concerne il differimento facoltativo "se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni"), cui si aggiunge la previsione dell'art. 47-ter, comma 1-ter, Ord. pen., la quale contempla la possibilità, negli stessi casi, di applicare la disciplina della detenzione domiciliare. Norme, queste, che sono applicabili indipendentemente dalla previsione di limiti di pena, mentre quando la pena della reclusione non sia superiore a quattro anni (anche se costituente parte residua di maggior pena) o quando la pena inflitta sia quella dell'arresto, l'art. 47-ter, comma 1, Ord. pen. consente l'applicazione della detenzione domiciliare nei confronti della "donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente" (lett. a) ovvero del "padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole" (lett. b); situazioni alle quali la sentenza n. 350/2003 della Corte costituzionale ha assimilato quella, prescindente dall'età, del «figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante», purché convivente con la madre condannata.

2.1. A fianco di questo regime originario, sono poi stati introdotti, ad opera della legge 8/3/2001, n. 40, gli artt. 21-bis e 47-quinquies Ord. pen..

La prima fattispecie prevede che le condannate e le internate (ovvero i padri detenuti, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre) possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni, alle condizioni previste dall'art. 21 Ord. pen. in materia di lavoro all'esterno.



La seconda, invece, disciplina il caso delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni, le quali, quando la pena detentiva espianda sia superiore ai quattro anni (così dovendo intendersi la locuzione "condizione che non ricorrano le condizioni di cui all'art. 47-ter") e dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero di almeno quindici anni in caso di condanna all'ergastolo, possono essere ammesse a espiare 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, sempre che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e che vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli.

Peraltro, nella originaria previsione del comma 1-bis dell'art. 47-quinquies Ord. pen. (introdotto dalla legge 21/4/2011, n. 62), era altresì consentito, fatta eccezione che per i casi di condanna per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis Ord. pen., che le madri di prole di età non superiore a dieci anni potessero, fin dall'inizio, scontare in un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero (ove non sussistesse un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga) nella propria abitazione o in un luogo di assistenza e accoglienza, anche il terzo di pena (o i quindici anni per il caso dell'ergastolo) che, a norma del comma precedente, doveva essere espiato per poter accedere alla detenzione domiciliare speciale (cfr. sentenza n. 239 del 2014 della Corte costituzionale).

2.2. Ora, con riferimento a tutte le citate disposizioni, con l'esclusione delle sole ipotesi di differimento dell'esecuzione della pena e della speciale detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, Ord. pen., il legislatore aveva stabilito un regime speciale per le condannate per taluno dei reati di cui all'art. 4-bis Ord. pen., in tali casi prevedendo, in ragione di una presunzione di più accentuata pericolosità, il divieto di accesso a un regime di favore (in questi termini cfr. Sez. 1, n. 49366 del 26/11/2013, Veliche, Rv. 258351, secondo cui anche per la della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies Ord. pen. operava il divieto di concessione previsto dall'art. 4-bis, comma 1, della stessa legge, concernente i condannati per i reati ostativi in essa contemplati).

Una disciplina, quella testé riassunta, sulla quale si è registrato il reiterato intervento della Corte costituzionale.

2.2.1. Già con la menzionata sentenza n. 239 del 2014, la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-bis, comma 1, Ord. pen. nella parte in cui il legislatore aveva inteso vietare la detenzione domiciliare speciale in favore delle madri di minori di dieci anni condannate per i gravi delitti previsti nel catalogo contenuto nella citata disposizione, sottolineando l'illegittima applicazione della disciplina preclusiva a situazioni in cui il regime di rigore finiva per riverberarsi negativamente nei confronti di un terzo estraneo al rapporto esecutivo, ovvero il

figlio infradecenne, i cui diritti sono tutelati da previsioni di rango costituzionale, e la cui compressione, dunque, non può essere lasciata a un automatismo normativo (occorrendo, pertanto, che la sussistenza e la consistenza delle esigenze di protezione "venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi"). E dalla detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinqües* Ord. pen., la Corte aveva esteso il proprio intervento, attraverso il meccanismo della "illegittimità consequenziale", anche alla detenzione domiciliare ordinaria prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), Ord. pen..

Dunque, per effetto della sentenza n. 239 del 2014, è ora possibile l'accesso alla detenzione domiciliare ordinaria ex art. 47-*ter*, comma 1, Ord. pen. e alla detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinqües* Ord. pen. in relazione alla pena inflitta per qualsiasi delitto, ivi comprese le fattispecie elencate all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 (così Sez. 1, n. 35817 del 10/5/2016, Troia, in motivazione), in relazione alle quali il dispositivo della pronuncia in questione richiede l'accertamento che non ricorra il pericolo di recidiva, il quale, peraltro, come ammesso dalla stessa Consulta costituisce un requisito implicito della detenzione domiciliare ordinaria e, invero, di ogni ipotesi di misura alternativa.

2.2.2. Successivamente, con la sentenza 8/3/2017, n. 76, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-*quinqües*, comma 1-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*,», stavolta censurando non già l'irragionevolezza della presunzione assoluta già colpita con la sentenza del 2014, quanto piuttosto la stessa previsione di un qualunque meccanismo presuntivo, sul presupposto che le particolari esigenze di protezione del minore infradecenne esigano sempre un concreto bilanciamento tra le esigenze di tutela della collettività e l'interesse del minore al mantenimento del rapporto con il genitore, secondo i principi posti dal secondo comma dell'art. 31 della Costituzione.

Per effetto di tale intervento, anche nel caso di condanna per uno dei reati inclusi nel catalogo dell'art. 4-*bis* Ord. pen., le madri (o, eventualmente, i padri che si trovino nelle condizioni di cui al successivo comma 7 dell'art. 47-*quinqües*) di bambini di età pari o inferiore ai dieci anni possono ora essere ammessi alla detenzione domiciliare speciale fin dal principio, ovvero senza dover prima essere sottoposti all'esecuzione della pena detentiva in carcere, anche in caso di pene molto alte e finanche in caso di condanna all'ergastolo. Fermo restando, ha precisato la stessa Corte costituzionale, che «ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 resta pur sempre applicabile il complesso ed articolato regime previsto da tale disposizione per la concessione dei benefici penitenziari, in base, però, alla ratio della sentenza n. 239 del 2014 (...) secondo la quale la mancata collaborazione con la



giustizia non può ostare alla concessione di un beneficio primariamente finalizzato a tutelare il rapporto tra la madre e il figlio minore».

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'eventuale condanna per uno dei reati compresi nell'elenco dell'art. 4-bis Ord. pen. non può ormai essere ostativa all'accesso, per quanto qui di interesse, alla detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinqües* Ord. pen..

3. Tanto premesso in termini di ricostruzione sistematica, l'ordinanza impugnata ha dichiarato l'inammissibilità dell'istanza di detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinqües* Ord. pen. sul presupposto che la detenuta, "condannata per reato di cui all'art. 4 bis O.P.", non avesse "ancora espiato un terzo della pena" (v. foglio 2 dell'ordinanza impugnata).

In proposito, osserva, nondimeno, il Collegio, che la motivazione contiene, innanzitutto, un riferimento, peraltro poco perspicuo, alla condanna per un delitto previsto dal catalogo dell'art. 4-bis Ord. pen.; condanna che, considerati i ripetuti interventi della Corte costituzionale in argomento, non può ormai ritenersi né ostativa alla concessione del beneficio ai sensi del comma 1 dell'art. 47-*quinqües* Ord. pen., né comunque idonea a impedire l'applicazione del regime di ulteriore favore stabilito dal comma 1-*bis* dello stesso articolo.

Sotto altro profilo, va in ogni caso rilevato come la difesa della ricorrente abbia allegato al ricorso introduttivo il verbale di notifica dell'ordinanza di "custodia cautelare in carcere e degli arresti domiciliari" (proc. pen. n. 3349/11) recante la data del 21/1/2014, sulla base del quale ha prospettato che l'esecuzione della pena, per effetto della disciplina in materia di fungibilità della custodia cautelare presofferta dettata dall'art. 657 cod. proc. pen., dovesse ritenersi iniziata proprio alla data sopra indicata. Cosicché il limite di un terzo della pena inflitta, richiamato dall'art. 47-*quinqües* Ord. pen. quale discrimine tra le due ipotesi contemplate dal comma 1 e dal comma 1-*bis*, sarebbe stato, anche a prescindere dalle considerazioni che precedono, in ogni caso superato.

4. Pertanto, il ricorso deve essere conclusivamente accolto, con conseguente annullamento dell'ordinanza impugnata e con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di sorveglianza di Catania.

PER QUESTI MOTIVI

annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di sorveglianza di Catania.

Così deciso il 31/10/2018

Il Consigliere estensore

Carlo Renoldi

Il Presidente

Mariastefania Di Tomassi

