



1/2018

LA DE-CARCERAZIONE DELLE MADRI NELL'INTERESSE DEI FIGLI MINORENNI: QUALI PROSPETTIVE?

di Giulia Mantovani

Abstract. *Il contributo prende le mosse da una realtà presente e da un'opportunità per il futuro prossimo. Il punto di partenza è il numero di bambini – ben cinquantasei – che ancora oggi, per non subire il distacco dalla madre, condividono con lei l'istituto penitenziario. Per la maggior parte – è vero – i piccoli sono ormai ospitati all'interno di strutture ad hoc, ma ciò non mette a tacere l'esigenza di riprendere il cammino della de-carcerazione dell'adulto a tutela del minore che ne dipende. L'occasione è oggi offerta dalla recente delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario.*

SOMMARIO: 1. La necessità di riprendere il cammino. – 2. L'età quale limite legale alla tutela del minore. – 3. Idoneità genitoriale e accesso ai benefici penitenziari a favore della prole. – 4. Il senso della collaborazione nell'interesse del minore. – 5. Interesse del minore *vs* presunzioni ostative alla sottrazione della madre al carcere. – 6. I termini del bilanciamento in concreto. – 7. Benessere della prole e reinserimento sociale della madre. – 8. Considerazioni conclusive.

1. La necessità di riprendere il cammino.

Al 31 dicembre 2017 negli istituti penitenziari italiani risultano presenti 56 bambini, al seguito di 51 madri, delle quali 21 italiane e 30 straniere. Dei 56 minori, circa 2/3 sono ospitati con la genitrice all'interno degli Istituti a custodia attenuata dedicati (Torino "Lorusso e Cutugno", Milano "San Vittore", Venezia "Giudecca", Lauro, mentre nessuna coppia madre-figlio è collocata nell'I.c.a.m. di Cagliari). Gli altri sono inseriti nel circuito penitenziario ordinario (ben 14 figli di donne detenute si trovano a Roma Rebibbia)¹.

Si tratta di bambini che hanno madri in conflitto con la giustizia penale, ma non caratterizzate da un'inadeguatezza genitoriale che elida l'interesse della prole a preservare la convivenza (ove così non fosse, la presenza congiunta della donna e del

¹ Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria–Ufficio del Capo del Dipartimento–Sezione Statistica (v. [questa pagina web](#)).

figlio all'interno dell'istituto penitenziario sarebbe sintomatica di una falla nel sistema di protezione del minore)².

Per il prossimo futuro le prospettive di progresso nella protezione della prole contro la carcerazione materna si muovono entro l'orizzonte segnato dalla recente legge di delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario. Essa prevede la «revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione al fine di assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e di garantire anche all'imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione sia sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di età» (art. 1 co. 85 lett. s) della legge 23 giugno 2017, n. 103). La direzione è quella di un avanzamento della normativa oltre le tappe segnate – nella salvaguardia del rapporto tra detenute madri e figli minori – dalle leggi “Gozzini”, “Simeone”, “Finocchiaro” e, infine, dalla novella del 21 aprile 2011, n. 62. Quest'ultima – come si ricorderà – consacrò nel contempo un circuito penitenziario a custodia attenuata appositamente rivolto alle madri con figli al seguito³ (in linea teorica anche ai padri, sebbene in via residuale) e luoghi – le case famiglia protette – destinati a supportare l'esternalizzazione della detenzione dei genitori che debbono accudire la prole, ma rimasti privi di adeguati finanziamenti.

La direttiva che la legge di delega dedica specificamente alle misure alternative rivolte alla tutela della maternità e dell'infanzia sembrerebbe dover propiziare, in questo settore, progressi più marcati rispetto a quelli pur sollecitati, in generale, sotto il profilo di una più larga fruibilità dei benefici extramurari. In seno alle misure indirizzate ai genitori, infatti, «assum[e] un rilievo del tutto prioritario 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»⁴. Interesse – ricorda la Corte costituzionale – la cui salvaguardia è

² Quanto agli oneri di segnalazione gravanti sull'amministrazione penitenziaria a tutela dei minori presenti negli istituti al seguito delle madri, v. S. MONETINI, *I bambini ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute. Il ruolo dell'amministrazione penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, fasc. 3/2012, p. 98 ss.

³ Sulla sperimentazione della custodia attenuata per madri con prole al seguito che, avviata su impulso del Provveditorato dell'amministrazione penitenziaria lombardo, precedette la legge 21 aprile 2011, n. 62, v. G. DI ROSA, *La detenzione delle donne con figli minori e l'istituto a custodia attenuata per madri (I.C.A.M.) di Milano*, in *Cass. pen.*, n. 12/2009, p. 4899 ss.; G. LONGO e A. MUSCHITIELLO, *L'accoglienza dei bambini negli Istituti Penitenziari della Lombardia – l'esperienza pilota dell'ICAM di Milano*, in *Quad. ISSP*, n. 13/2015, p. 129 ss.

⁴ Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, commentata, fra gli altri, da A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, n. 3/2014; L. PACE, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, fasc. 5/2014, p. 3948 ss.; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, fasc. 5/2014, p. 3940 ss.; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015; U. ZINGALES, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a*

solidamente radicata negli imperativi della nostra Carta fondamentale, primo fra tutti l'art. 31 co. 2, così come «sul piano internazionale», ove l'art. 3 co. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e l'art. 24 co. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «qualificano [...] come “superiore” l'interesse del minore, stabilendo che in tutte le decisioni relative ai minori, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, detto interesse deve essere considerato “preminente”»⁵.

Né – si aggiunga – è possibile ignorare il rilievo specificamente riconosciuto alla necessità di salvaguardare il benessere psico-fisico dei figli delle donne soggette alla pretesa punitiva dello Stato o ad un intervento cautelare. Basti ricordare le c.d. “Regole di Bangkok” del 2010 (ossia le Regole delle Nazioni Unite relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato)⁶ e le Regole penitenziarie europee del 2006⁷.

Risale allo scorso 22 dicembre l'approvazione, da parte del Consiglio dei Ministri, di uno schema di decreto legislativo volto a dare corpo (anche) alla direttiva dedicata alla tutela del rapporto tra detenute e prole minorenni. Se ne darà conto nel prosieguo. Naturalmente il destino della riforma indirizzata a madri e figli non è definitivamente segnato: l'iter non è concluso, ulteriori passaggi sono attesi.

2. L'età quale limite legale alla tutela del minore.

La legge di delega (all'art. 1 co. 85 lett. s)) individua nei «figli minori» la categoria oggetto della tutela contro la carcerazione materna affidata alla «revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione». Soltanto nella parte in cui si rivolge al settore cautelare, essa seleziona una specifica e ben più ristretta fascia d'età – la prole nel primo anno di vita – come beneficiaria dell'intervento riformatore sollecitato. Fra le donne con figli così piccoli, invero, le imputate (o indagate) sono attualmente, di regola, le sole a potersi trovare in carcere, a titolo cautelare. Nei confronti delle condannate, infatti, la tenera età del bambino obbliga a differire l'esecuzione della pena detentiva (a meno che si versi in una delle situazioni codificate nel secondo comma dell'art. 146 c.p., sintomatiche della carenza di un effettivo interesse del minore alla convivenza con la madre che possa giustificarne la sottrazione all'immediato realizzarsi della pretesa punitiva). Il rinvio è al più sostituibile con la detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p.

Nonostante la direttiva parlamentare, se venisse confermata la strada intrapresa sul punto dallo schema di decreto legislativo recentemente approvato, nulla

10 anni. *Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in *Minorigiust.*, n. 2/2015, p. 186 ss.

⁵ Così, ancora, Corte cost., sent. n. 239 del 2014, cit.

⁶ Di recente v., ampiamente, P.H. van Kempen e M. Krabbe (a cura di), *Women in prison. The Bangkok Rules and Beyond*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2017.

⁷ Per un quadro generale sulle Regole penitenziarie europee, v. M. TIRELLI, *La tutela della dignità del detenuto nelle Regole Penitenziarie europee*, in G. Bellantoni e D. Vigoni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, Piacenza, 2010, p. 99 ss.

cambiarebbe per i figli entro l'anno delle donne sottoposte alla potestà cautelare. In presenza di prole d'età non superiore a sei anni, continuerebbe ad applicarsi una disciplina omogenea, senza "privilegi" per i più piccoli. Il riferimento è – com'è noto – al regime stabilito dall'art. 275 co. 4 c.p.p., per il quale, anche nel primo anno di vita, l'interesse del minore a ricevere cure materne costanti in un ambiente domestico deve cedere di fronte alla concreta sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza⁸. Nella Relazione illustrativa⁹ (p. 5), per giustificare la «scelta di non tradurre in modifiche della disciplina processuale il criterio direttivo» in oggetto, si afferma la necessità di mantenere (a prescindere dall'età della prole) «questo ristretto ambito di concreta operatività della custodia cautelare [...] perché legato a fattori eccezionali, che non possono essere ignorati nel corretto bilanciamento tra esigenze dell'accertamento e bisogni di tutela della salute psico-fisica del minore».

Per quanto riguarda la «revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative», in assenza di una specifica indicazione sul punto, lo schema di decreto legislativo approvato il 22 dicembre scorso non interviene sul limite d'età attualmente posto *ex lege* alla salvaguardia della prole contro l'esecuzione intramuraria della sanzione detentiva inflitta alla madre. I "minori" protetti restano, di regola, esclusivamente i figli entro il decimo anno di vita.

Precisamente, già con il terzo compleanno viene meno la forma di tutela che più sacrifica le istanze in conflitto con le esigenze del minore, ossia la temporanea assicurazione della libertà alla madre nonostante la sanzione irrogata nei suoi confronti in via definitiva (artt. 146 e 147 ed anche 211-*bis* c.p.), mentre, sino ai dieci anni, continuano a trovare spazio la detenzione domiciliare (artt. 47-*ter* e 47-*quinquies* o.p.) e l'assistenza extramuraria (art. 21-*bis* o.p.). Oltre, invece, l'interesse del minore a ricevere cure materne costanti in un ambiente adeguato cessa di essere un fattore in sé capace di giustificare la sottrazione della donna al carcere: sul punto – come si diceva – non ci sono novità all'orizzonte. Celebrato il decimo compleanno della prole, la sensibilità dell'ordinamento per il ruolo genitoriale della detenuta resta confinata entro la disciplina dei contatti, periodici od occasionali, fra madri ristrette all'interno degli istituti penitenziari e figli affidati ad altri nel mondo libero. Infatti, da questo momento in poi, saranno colloqui, permessi, visite all'esterno a scandire un rapporto ormai privato di continuità.

Bisogna dire che la costrizione, entro una fascia d'età rigidamente predeterminata, della tutela offerta alla fruibilità di cure materne prestate con costanza oltre le mura del carcere ha recentemente superato il vaglio della Corte costituzionale, sebbene nel contesto di un giudizio vertente sulla disciplina delle misure cautelari. Il limite considerato dalla sentenza n. 17 del 2017¹⁰ è infatti quello che circoscrive la categoria dei figli protetti contro la carcerazione materna *ante iudicium* ai soli bambini

⁸ Per la nozione di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» v. *infra*, nota 82.

⁹ La Relazione è reperibile in [questa pagina web](#).

¹⁰ Corte cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 17.

«di età non superiore a sei anni» (art. 275 co. 4 c.p.p.)¹¹. L'approccio adottato in tale circostanza è stato richiamato in tempi ancor più vicini, quando il Giudice delle leggi ha ribadito, in linea di principio, che non è censurabile la scelta di contenere entro un certo limite d'età la salvaguardia del bisogno filiale di un rapporto, continuativo e vissuto all'esterno del carcere, con il genitore (sottoposto a misura cautelare o condannato a pena detentiva). Essa infatti – conferma la sentenza n. 76 del 2017 – non assume i contorni di «un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta [inammissibilmente] il totale sacrificio dell'interesse del minore». Deve piuttosto essere inquadrata fra le «regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare temperata tutela» secondo opzioni discrezionali¹².

Là dove, in sede cautelare, il limite d'età rilevante ai fini della sottrazione materna al carcere si specifica nel sesto anno di vita della prole, la sentenza n. 17 del 2017 ha escluso un esercizio della discrezionalità legislativa censurabile sulla base del canone della ragionevolezza. E ciò perché «tale età coincide con l'assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e, dunque, con l'inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre». Esclusa la manifesta irragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore, la Corte si è comunque soffermata sulle soluzioni alternative suggerite, esplicitamente o meno, dall'ordinanza di rimessione, tutte volte all'abbattimento della barriera contro la quale oggi è invariabilmente destinato ad infrangersi l'interesse del minore a godere della costante presenza materna in un ambiente idoneo. E lo ha fatto per denunciarne l'incongruità o l'eccentricità nell'attuale contesto normativo. Né, infine, una violazione dell'art. 3 Cost. potrebbe emergere – secondo la sentenza n. 17 del 2017 – dal confronto con il limite d'età più elevato posto alla tutela della prole dalla carcerazione materna nella fase di esecuzione delle pene detentive. Per respingere il dubbio, il Giudice delle leggi si è appellato alla differenza intercorrente tra le funzioni della sanzione e della cautela, per concludere che, se nell'una e nell'altra sede «le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, [...] non raggiunge [...] il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l'interesse del minore fornisca esiti non coincidenti».

Se anche si esclude l'arbitrarietà di una cessazione della protezione accordata all'interesse del minore che, nella sede cautelare, è anticipata rispetto alla fase di esecuzione della pena, non vengono comunque meno – si ritiene – le ragioni di una verifica circa l'opportunità di eliminare tale differenza in danno dei figli di genitori

¹¹ In giurisprudenza si è precisato che «la particolare condizione familiare tutelata» dall'art. 275 co. 4 c.p.p. «cessa allo scadere delle ore 24 del giorno del sesto compleanno del figlio, che si assume essere bisognoso di assistenza» (Cass., Sez. I, 10 dicembre 2015, n. 39729, in *C.E.D. Cass.*, n. 267996).

¹² Corte cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76, commentata da G. LEO, [Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario](#), in *questa Rivista*, fasc. 5/2017, p. 321 ss.

coinvolti in una vicenda giudiziaria ancora aperta¹³. Non si può negare, invero, che essa sia fonte di «una distonia subito evidente»¹⁴, soprattutto ove si considerino le madri raggiunte da gravi indizi di colpevolezza in ordine a tipologie di reati fondanti una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia in carcere (non a caso la questione oggetto della sentenza n. 17 del 2017 nasceva da un procedimento per associazione di tipo mafioso). Al compimento del sesto anno di vita della prole, infatti, per costoro si apriranno – «quasi “automaticamente”» – le porte del carcere ed esse non potranno che «sperare nella irrevocabilità d’una sentenza di condanna, posto che la relativa esecuzione [...] potrebbe avvenire in regime di detenzione domiciliare fino al compimento dei dieci anni da parte del figlio»¹⁵.

Ma è, in radice, la sostenibilità stessa di una tutela dei minori rigidamente confinata entro una certa età a meritare una rinnovata attenzione, sebbene essa abbia recentemente superato il vaglio della Corte costituzionale nei termini di cui alla già citata sentenza n. 17 del 2017 e la questione non sia all’ordine del giorno nell’attuale frangente riformistico. Invero, non rassicura la fissazione, in astratto, di un limite d’età oltre il quale l’interesse della prole alla sottrazione materna al carcere scivola invariabilmente nell’irrelevanza, a prescindere da ogni altra circostanza. Basti richiamare l’imperativo – già evocato – di assegnare una considerazione preminente al superiore interesse del minore ogniqualvolta si debbano adottare decisioni che lo coinvolgano. Certamente l’età è un parametro di valutazione molto significativo, capace di modificare in misura rilevante le esigenze del soggetto. Però non è l’unico. Non è poi così difficile immaginare situazioni nelle quali la presenza di fattori di natura diversa vanifichi le rassicurazioni, in ordine alla capacità di sopportare l’assenza materna, pur ricavabili dall’età del figlio. Ed allora, quanto più impenetrabile è la barriera che quest’ultima oppone all’apprezzamento di elementi ulteriori, tanto maggiori sono le perplessità sollevate¹⁶.

Il principio dell’interesse del minore implica che le esigenze funzionali al suo benessere psico-fisico debbano essere rilevate in concreto, caso per caso¹⁷. Pertanto, la costrizione della tutela entro un confine anagrafico invalicabile rischia di uscire dall’orbita del ragionevole bilanciamento tra principi per entrare irrimediabilmente in rotta di collisione con uno di essi, disconoscendone l’essenza stessa. In ogni caso, se pure si neghi un tale pericolo, resta che, come criterio di bilanciamento, l’età del minore non può che essere instabile, sia per il suo carattere convenzionale (ed infatti il limite è stato più volte aggiornato, tanto che si è parlato di «parametro [...] oramai

¹³ Cfr. G. BELLANTONI, *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Ordines*, fasc. 1/2015, p. 146 ss.

¹⁴ G. LEO, [Un nuovo passo della Consulta](#), cit., p. 323.

¹⁵ Così prosegue G. LEO, [Un nuovo passo della Consulta](#), cit., p. 323.

¹⁶ Cfr. M. KRABBE e P.H. VAN KEMPEN, *Women in prison: a transnational perspective*, in P.H. van Kempen e M. Krabbe (a cura di), *Women in prison*, cit., p. 22 s.

¹⁷ Per tutti v. A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile* (a cura di M. Dossetti, C. Moretti, M. Moretti e S. Vittorini Giuliano), Bologna, 2014⁵, p. 42.

fuori delle capacità di controllo del legislatore»¹⁸), sia perché molti (troppi) sono i fattori significativi ai quali l'avvenuta celebrazione di un dato compleanno nega rilevanza¹⁹. Uno di essi – com'è noto – ha già bussato con successo alle porte della Corte costituzionale (guadagnando peso anche oltre la minore età). La sentenza n. 350 del 2003, infatti, ha esteso la tutela offerta dalla detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-ter co. 1 lett. a) e b) o.p.) al «figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante», a prescindere dall'età, convivente con la madre condannata (il rapporto con il padre, come di consueto nel nostro ordinamento, è salvaguardato soltanto in via residuale)²⁰. Analoga integrazione attende da tempo di trovare spazio nella sede cautelare²¹. Il recente schema di decreto legislativo (all'art. 15) recepisce l'allargamento della tutela, indirizzandolo al «figlio affetto da disabilità grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata ai sensi dell'articolo 4 della medesima legge»²², a prescindere – parrebbe – dalla convivenza, e ne prevede espressamente l'operatività anche in rapporto alla detenzione domiciliare speciale, destinata ai

¹⁸ A. PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in A. Presutti (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165)*, Padova, 1999, p. 59.

¹⁹ Cfr., *mutatis mutandis*, A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, fasc. 6/2012, p. 4942.

²⁰ Corte cost., sent. 5 dicembre 2003, n. 350 (commentata da L. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giur. cost.*, fasc. 6/2003, p. 3643 ss.; F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giur. it.*, n. 12/2004, p. 2240 ss.): «La norma censurata è in contrasto con il principio di ragionevolezza in quanto prevede un sistema rigido che preclude al giudice, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, di valutare l'esistenza delle condizioni necessarie per un'effettiva assistenza psico-fisica da parte della madre condannata nei confronti del figlio portatore di *handicap* accertato come totalmente invalidante. Ciò determina un trattamento difforme rispetto a situazioni familiari analoghe ed equiparabili fra loro, quali sono quella della madre di un figlio incapace perché minore degli anni dieci, ma con un certo margine di autonomia, almeno sul piano fisico, e quella della madre di un figlio disabile e incapace di provvedere da solo anche alle sue più elementari esigenze, il quale, a qualsiasi età, ha maggiore e continua necessità di essere assistito dalla madre rispetto ad un bambino di età inferiore agli anni dieci».

²¹ L'art. 275 co. 4 c.p.p. è già stato più volte sottoposto all'attenzione del Giudice delle leggi per la mancata tutela delle esigenze assistenziali dei figli disabili (d'età superiore al limite prestabilito). Tuttavia il merito della questione è rimasto impregiudicato, in seguito alla restituzione degli atti al rimettente, giustificata dalla necessità di una «nuova valutazione della rilevanza della questione» (Corte cost., ord. 22 luglio 2011, n. 239), oppure a causa di un'insufficiente descrizione della fattispecie all'esame del giudice *a quo*, unita all'oscurità, ambiguità, indeterminatezza del *petitum* (Corte cost., ord. 27 luglio 2011, n. 250 e, successivamente, Corte cost., ord. 5 giugno 2015, n. 104): v. G. LEO, [Un nuovo passo della Consulta](#), cit., p. 324. V. anche Cass., Sez. V, 13 marzo 2013, n. 31226, in *C.E.D. Cass.*, n. 256589, che, esclusa l'applicabilità in via analogica della norma a causa della sua natura eccezionale, ha poi giudicato manifestamente infondata la censura rivolta alla mancata tutela del figlio disabile d'età superiore a sei anni, argomentando che le esigenze assistenziali dello stesso non sarebbero paragonabili a quelle di un figlio in età evolutiva; analogamente, di recente, Cass., Sez. V, 20 giugno 2017, n. 48371, in *Dir. Giust.* (on-line), 23 ottobre 2017.

²² A norma dell'art. 3 co. 3 legge n. 104 del 1992, la situazione della persona si definisce "grave" «qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione».

genitori (madri in primo luogo) condannati a pene detentive medio-lunghe o all'ergastolo²³.

Tuttavia il riferimento all'«*handicap* totalmente invalidante» (o alla disabilità grave) non può certo esaurire il ventaglio dei fattori in grado di condizionare significativamente le esigenze assistenziali dei figli minorenni, che pure abbiano già compiuto dieci (o, a maggior ragione, sei) anni. Anche altre circostanze potrebbero rivendicare a buon diritto un ruolo nella competizione fra l'interesse del minore e le istanze sottese alla carcerazione materna, in quanto concretamente capaci di indurre nella prole una necessità delle cure genitoriali non inferiore a quella riconducibile al mancato raggiungimento della soglia dei dieci (o sei) anni di vita²⁴. Dunque, un bilanciamento rigidamente ancorato all'età del minore lascia «aperta la possibilità di una [...] continua revisione alla luce delle ragioni costituzionali retrostanti», non plausibilmente fronteggiabile con l'«inseguire volta per volta, passo dopo passo, l'irraggiungibile obiettivo della “completezza casistica”»²⁵.

Infine si può notare che il legislatore stesso ha parzialmente abdicato al limite segnato dal decimo compleanno, riconoscendo anche oltre rilevanza all'interesse del minore alla continuità delle cure materne in un ambiente esterno al carcere, sebbene soltanto in sede di stabilizzazione di una tutela già accordata alla coppia madre-figlio entro il consueto limite d'età del secondo, ossia per consentire (a certe condizioni) la proroga della detenzione domiciliare speciale²⁶ o la sua “transizione” verso l'assistenza extramuraria della prole minorenne (art. 47-*quinquies* co. 8 o.p.)²⁷. In sede di attuazione

²³ Con riguardo allo stato attuale v. L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015⁵, p. 555, nel senso che Corte cost., sent. n. 350 del 2003, cit., «sembra estendere i propri effetti anche all'ipotesi di detenzione domiciliare “speciale” disciplinata nell'art. 47-*quinquies*» o.p. In prospettiva di riforma cfr. già la nuova formulazione dell'art. 47-*quinquies* o.p. proposta dal Tavolo 12 – *Misure e sanzioni di comunità* – degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale 2015-2016 (coordinato da Gherardo Colombo e composto da Stefano Anastasia, Roberto Bezzi, Lina Caraceni, Milena Cassano, Guido Chiaretti, Roberto Cornelli, Francesco Cozzi, Lidia De Leonardis, Elisabetta Laganà, Giorgio Pieri, Ninfa Renzini, Rita Romano) nello schema di articolato normativo dedicato alla “Riforma della disciplina per l'accesso alle misure alternative alla detenzione: profili sostanziali e processuali” (reperibile in [questa pagina web](#)).

²⁴ Ad esempio, la vicenda all'origine della sent. n. 17 del 2017, cit., riguardava il caso di una bambina (ormai giunta al sesto compleanno) che si trovava nella condizione di avere la madre come unico genitore presente (con riguardo a questa specifica circostanza, tuttavia, la Corte costituzionale ha sostenuto che «l'assenza del padre non potrebbe comunque giustificare una pronuncia che affermi, in casi del genere, il divieto di disporre o mantenere la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti della madre del minore, pur oltre il sesto anno d'età»).

²⁵ Sono parole tratte da A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit., p. 4942.

²⁶ Secondo P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/2001, p. 813, una volta prorogata, la detenzione domiciliare speciale non incontrerebbe più limiti legati all'età del figlio e resterebbe pertanto fruibile anche se lo stesso diventasse maggiorenne durante la sua esecuzione.

²⁷ In giurisprudenza si è affermato che, ai fini della concessione della detenzione domiciliare speciale (necessariamente preliminare all'eventuale proroga), il requisito costituito dall'età del figlio (non superiore a dieci anni) «deve ricorrere al momento del deposito della domanda e non già a quello in cui il tribunale adito delibera la decisione, non potendo riverberare in danno del condannato i tempi processuali resisi in

della delega penitenziaria, si profila ora un analogo prolungamento della tutela anche nei confronti della madre e del figlio che, fino al decimo compleanno del secondo, abbiano potuto mantenere la convivenza grazie all'applicazione della misura domestica ordinaria (art. 15 del già citato schema di decreto legislativo)²⁸.

3. Idoneità genitoriale e accesso ai benefici penitenziari a favore della prole.

L'età – lo si è già ricordato – è soltanto uno dei parametri di valutazione dell'interesse del minore. Fino ad ora ci siamo soffermati sulle perplessità che tale constatazione genera intorno alla predeterminazione *ex lege* di un compleanno oltre il quale il bisogno della prole minorenni di cure materne costanti, prestate in un ambiente idoneo, cessa – invariabilmente (o quasi) – di ricevere tutela nei confronti della carcerazione delle madri. Per altro verso, la medesima constatazione richiama l'attenzione sugli spazi lasciati alla considerazione di fattori diversi quando l'età dei figli rende azionabili gli strumenti dedicati alla salvaguardia del ruolo genitoriale contro la menomazione imposta, di fatto, dalla restrizione all'interno di un istituto penitenziario. Invero una valutazione dell'interesse del minore alla presenza materna non appiattita sul dato costituito dall'età è un antidoto nei confronti di possibili strumentalizzazioni dello *status* genitoriale.

Preliminarmente è bene ricordare che il nostro ordinamento si è orientato – secondo una linea di tendenza che è andata accentuandosi nel tempo, anche per intervento della Corte costituzionale – nel senso di sottrarre l'applicabilità degli istituti che proteggono i figli contro il trauma della carcerazione materna a preclusioni o inasprimenti operanti *a priori* sulla base della gravità e/o tipologia del reato addebitato alla donna. Si tratta di un indirizzo del tutto condivisibile, né pare che la rinuncia ad automatismi ostativi debba essere compensata attraverso la limitazione della fascia di minori tutelata entro un limite d'età precostituito.

Dall'angolo visuale dell'interesse del minore, dobbiamo dire che nemmeno la matrice mafiosa del delitto attribuito all'adulto può invariabilmente decretare, in sé, la sua inidoneità quale genitore, com'è stato ribadito recentemente nella "Risoluzione in materia di tutela dei minori nel quadro della lotta alla criminalità organizzata" approvata dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera del 31 ottobre 2017. Tuttavia essa deve allertare gli organi preposti alla tutela dei minori affinché si attivino

concreto necessari» (Cass., Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 8860, in *C.E.D. Cass.*, n. 262556). Se nel tempo intercorrente il bambino compie dieci anni, la sottrazione della madre al carcere sarà subordinata alla sussistenza non soltanto delle condizioni richieste per l'accesso alla misura, ma anche dei requisiti necessari per la proroga (Cass., Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 8860, in *C.E.D. Cass.*, n. 262557).

²⁸ Sulla disomogeneità attualmente ravvisabile a scapito delle coppie madre-figlio nelle quali la prima, dovendo espiare una pena inferiore, abbia avuto accesso alla detenzione domiciliare ordinaria, v. L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 607. Nell'ottica di eliminare la sperequazione v. già la proposta di modifica dell'art. 47-ter co. 7 o.p. avanzata dalla stessa Autrice, *Per una più efficace tutela del rapporto genitoriale: la proroga della detenzione domiciliare comune*, in G. Giostra e P. Bronzo (a cura di), [Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2017, p. 319.

per intervenire, là dove ciò sia in concreto necessario, a salvaguardia del loro benessere psico-fisico. Su questo versante, la Risoluzione descrive le «concrete esperienze operative» maturate da alcuni uffici giudiziari minorili del Sud Italia, che hanno intrapreso – con risultati ritenuti confortanti – «la strada [...] dei provvedimenti di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale quindi con affido del minore ai servizi sociali e con collocamento in comunità o in famiglie fuori dalla [...] realtà territoriale» dello stesso. E ciò – sia detto qui per inciso – in contesti ove è provato che sono talvolta le madri a fare da «anello di congiunzione tra i minori e la criminalità organizzata».

Ed invero, anche al di là delle vicende giudiziarie relative a casi di mafia o simili, non possono che essere appunto i provvedimenti della magistratura minorile il primo e fondamentale punto di riferimento per i giudici di sorveglianza nell'apprezzamento di uno degli interessi in gioco – l'interesse del minore alla presenza materna – quando si tratta di decidere sulla concessione dei benefici penitenziari dedicati alla tutela della prole. Infatti, nel recepire quelle decisioni, essi alimentano le proprie con una valutazione mai standardizzata ma, al contrario, sempre ritagliata sul singolo individuo, proveniente dagli organi specificamente orientati alla tutela dei minorenni mediante composizione e procedure adeguate²⁹. Tale consapevolezza si traduce, a livello normativo, nella codificazione della decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex art. 330 c.c.* quale condizione ostativa alla fruizione del beneficio volto alla salvaguardia del benessere psico-fisico della prole. Così, essa impedisce il rinvio dell'esecuzione della pena restrittiva della libertà personale, obbligatorio o facoltativo (artt. 146 co. 2³⁰ e 147 co. 3 c.p.³¹), nonché il godimento degli altri benefici (detenzione domiciliare speciale, assistenza all'esterno dei figli minori) di

²⁹ Cfr. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2015², p. 287, là dove, considerando i provvedimenti di protezione previsti dal diritto civile, rileva come sia «nel corso del procedimento che l'interesse del minore prende forma», trascorrendo inevitabilmente «dai suoi profili "sostanziali" a quelli processuali».

³⁰ In rapporto ad un beneficio obbligatorio, quale il rinvio dell'esecuzione della pena nei casi di cui all'art. 146 c.p. (al più sostituibile con la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter co. 1-ter o.p.*), la Corte costituzionale ha affermato che il pericolo di una strumentalizzazione della maternità «è adeguatamente bilanciato dalla circostanza che il secondo comma dello stesso art. 146 cod. pen. prevede espressamente, tra le condizioni ostative alla concessione del differimento dell'esecuzione della pena e tra quelle di revoca del beneficio, la dichiarazione di decadenza della madre dalla potestà sul figlio (che, ai sensi dell'art. 330 cod. civ., può essere pronunciata quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti con grave pregiudizio del figlio) nonché l'abbandono o l'affidamento del figlio ad altri» (così Corte cost., ord. 8 maggio 2009, n. 145).

³¹ In verità, soltanto l'art. 146 co. 2 c.p. inibisce espressamente sia la concessione sia il mantenimento del rinvio (obbligatorio) in caso di decadenza dalla responsabilità genitoriale sul figlio dichiarata ai sensi dell'art. 330 c.c. Invece, l'art. 147 co. 3 c.p. allude esclusivamente alla revoca, non anche ad un accesso negato *ab origine* dalla presenza dei fattori ivi previsti (v. Cass., Sez. I, 12 aprile 2013, n. 26678, in *C.E.D. Cass.*, n. 256044). Tuttavia, non è chiara la ragione per la quale le circostanze che impediscono il mantenimento del rinvio c.d. "facoltativo" non dovrebbero evitare, ove già risultassero presenti, l'applicazione stessa del beneficio, altrimenti comunque destinato alla successiva revoca (v. M. CANEPA e S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2010⁹, p. 229). In ogni caso, nell'ipotesi di già dichiarata decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex art. 330 c.c.*, il nodo si scioglie poiché l'accesso è esplicitamente precluso dall'art. 6 della legge 8 marzo 2001, n. 40, riferibile anche al rinvio "facoltativo" (v. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere*, cit., p. 814).

cui alla “legge Finocchiaro” (art. 6 legge 8 marzo 2001, n. 40)³². Analoga condizione ostativa non è tuttavia prevista dall’art. 47-ter co. 1 lett. a) o.p. per l’accesso delle madri alla detenzione domiciliare ordinaria, applicabile ove debba essere scontata una pena della reclusione (anche residua) non superiore a quattro anni o la pena dell’arresto (soltanto per il padre la lett. b) esige che egli sia un genitore esercente la responsabilità genitoriale³³). È peraltro realistico che, ove la donna sia stata dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio a norma dell’art. 330 c.c., non sussista più tra i due un rapporto di convivenza, il quale è un presupposto della misura³⁴. In ogni caso, la discrezionalità di cui gode la magistratura di sorveglianza ai sensi dell’art. 47-ter co. 1 o.p. potrebbe comunque consentire la valorizzazione della decadenza come fattore che

³² Ben altri sono gli effetti che la legge riconduce alla decadenza dalla responsabilità genitoriale che consegua alla condanna a titolo di pena accessoria. Non soltanto essa non osta alla fruizione dei benefici penitenziari che consentono la distrazione dal carcere a tutela del rapporto con i figli (tranne che nei confronti del padre il quale intenda accedere alla detenzione domiciliare ordinaria ai sensi dell’art. 47-ter co. 1 lett. b) o.p.: v. L. CESARIS, *Art. 47-ter, cit.*, p. 554 s.). Anzi, cede il passo ogniqualvolta uno dei benefici previsti dalla “legge Finocchiaro” sia accordato (art. 7 legge n. 40 del 2001: «L’applicazione di uno dei benefici previsti dalla presente legge determina, per il tempo in cui il beneficio è applicato, la sospensione della pena accessoria della decadenza dalla potestà dei genitori e della pena accessoria della sospensione dell’esercizio della potestà dei genitori»). Il figlio ottiene così, accanto a sé, un genitore nel pieno esercizio del suo ruolo grazie all’accantonamento di un’incisione della responsabilità che nasce al di fuori delle specifiche procedure di tutela dei minorenni, le quali – diversamente dal sistema delle pene accessorie – escludono l’ottica punitiva ed ogni tipo di automatismo. Tuttavia, genera perplessità l’applicazione dell’art. 7 legge n. 40 del 2001 ai casi di menomazione accessoria della responsabilità genitoriale fondata sulla tipologia del reato, ossia connessa alla condanna in generale per delitti perpetrati con abuso della responsabilità genitoriale (art. 34 co. 2 c.p.) o per specifici reati commessi in danno del figlio (v. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere, cit.*, p. 815; L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *Leg. pen.*, n. 3/2002, p. 549 e p. 555; recentemente, M.R. MARCHETTI, *Art. 21-bis*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 296). *Rebus sic stantibus*, trattandosi di reati perpetrati nei confronti della prole ed al cospetto di un’istanza volta all’applicazione di un beneficio “obbligatorio”, qual è il rinvio dell’esecuzione della pena ex art. 146 c.p., si propone di consentire alla magistratura di sorveglianza di «investire incidentalmente il giudice minorile» (F. FIORENTIN, *Differimento della pena*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, p. 401).

³³ Ipotizza una spiegazione per il differente trattamento riservato, sotto il profilo in questione, a madri e padri L. CESARIS, *Art. 47-ter, cit.*, p. 555.

³⁴ Si può notare che anche nel settore cautelare il legislatore sembrerebbe affidarsi al presupposto della convivenza (non interrotta dai soggetti specificamente preposti alla tutela dei minori, né per iniziativa autonoma) come indice sufficiente dell’idoneità genitoriale della donna sottoposta al procedimento penale ai fini dell’applicabilità dell’art. 275 co. 4 c.p.p. (infatti, null’altro vi si richiede espressamente affinché il rapporto fra madre e figlio possa fruire della salvaguardia approntata contro la carcerazione, oltre all’età della prole non superiore a sei anni ed alla convivenza fra i due: sul punto v. L. CESARIS, *Art. 275*, in G. Conso e G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Padova, 2015², p. 1099); a meno di ritenere che, poiché «l’intervento del padre viene a profilarsi [...] in sostituzione della madre “assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole”», l’interprete sia autorizzato «ad asserire che la genitrice considerata dal legislatore deve essere una madre per contro in grado di “dare assistenza”» ai figli e non semplicemente convivente (E. MARZADURI, *Art. 275*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al Codice di procedura penale*, III Agg., Torino, 1998, p. 190).

depone contro l'opportunità del beneficio nel caso concreto³⁵. Ciò non toglie che sarebbe preferibile un intervento del legislatore nel segno dell'omogeneità della disciplina degli strumenti di tutela dei figli di donne condannate alla pena detentiva.

Se, nell'ipotesi di prole d'età compresa entro il limite fissato dalla legge e madre non decaduta dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c., la magistratura di sorveglianza potesse comunque negare il beneficio alla donna escludendo che, nel caso concreto, il figlio abbia effettivamente bisogno delle sue cure, ciò significherebbe che essa dispone di un margine di apprezzamento autonomo dell'interesse del minore. Poco spazio, sotto questo profilo, sembra esservi per il giudice di sorveglianza che debba provvedere in ordine al rinvio dell'esecuzione della pena detentiva (eventualmente sostituibile con la detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p.). Assai limitata, cioè, parrebbe la possibilità di negare discrezionalmente un effettivo interesse alle cure materne per il magistrato di sorveglianza quando egli maneggi uno strumento introdotto dal legislatore a presidio dei bambini più piccoli, ossia d'età inferiore a tre anni. A norma dell'art. 146 c.p., fino a quando il figlio è nel suo primo anno di vita, e sempre che la madre non sia stata dichiarata decaduta ex art. 330 c.c., la convivenza dell'uno con l'altra al di fuori del carcere (purché non altrimenti interrotta dall'affidamento dell'infante a soggetti diversi) deve obbligatoriamente essere preservata, a meno che nel caso di specie siano ravvisabili gli estremi dell'abbandono. L'inserimento di quest'ultima circostanza tra i fattori ostativi al rinvio obbligatorio può opportunamente consentire alla magistratura di sorveglianza di evitare un'inopinata fruizione del beneficio nei casi in cui l'inidoneità genitoriale della condannata sia sfuggita agli organi specificamente preposti alla tutela minorile³⁶. Per negare il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva alla madre di un infante d'età inferiore all'anno, non gravata da un provvedimento che ne sancisca la decadenza dalla responsabilità sul figlio ex art. 330 c.c. e con lui convivente (non risultando l'affidamento ad altri del bambino), il giudice dovrà però riscontrare una situazione tale da rendere evidente la sua inadeguatezza come genitore: la nozione di abbandono ricavabile dalla normativa in tema di adozione si riferisce alla mancanza (che nel nostro caso è imputabile alla figura materna) di «assistenza morale e materiale» (art. 8 legge 4 maggio 1983, n. 184³⁷). Verosimilmente dovrebbe pertanto trattarsi di casi non intercettati – e non di casi diversamente valutati – dai soggetti deputati alla protezione minorile. *Rebus sic stantibus*, si può ritenere scongiurato il rischio di giudizi contrastanti intorno all'interesse del minore, che potrebbero avere conseguenze gravi per i bambini, non escluso l'ingresso in un istituto penitenziario al seguito della madre, ove

³⁵ Cfr. L. CESARIS, *Art. 47-ter*, cit., p. 555, secondo la quale «in ogni caso parrebbe opportuno che il giudice valutasse sempre l'effettiva utilità per il minore derivante dal rientro in famiglia della madre, specie se questa sia stata privata con provvedimento civilistico della responsabilità genitoriale».

³⁶ Cfr. Trib. Sorv. Torino, 9 settembre 2003, in F. FIORENTIN, *Differimento*, cit., p. 400, là dove si sostiene che «ritenere preclusa al Tribunale di sorveglianza la facoltà di incidentale accertamento dell'abbandono del minore [...] significherebbe premiare la clandestinità del suddetto comportamento e creare un motivo aggiunto per celarne la sussistenza agli organi di intervento sociale preposti».

³⁷ V. A.C. MORO, *Manuale*, cit., p. 269 ss.

quest'ultima fosse ritenuta fonte di pregiudizio per il figlio dalla magistratura di sorveglianza, ma non dagli organi specificamente preposti a tutelare i minori dall'eventuale inidoneità dei genitori.

Superato il primo anno di vita della prole (comunque non ancora il terzo), la subentrante discrezionalità del rinvio dell'esecuzione della pena restrittiva della libertà personale potrebbe far pensare a più ampie possibilità di diniego del beneficio basate su carenze genitoriali, anche non integranti gli estremi dell'abbandono, ma comunque ritenute tali da rendere inopportuna la concessione del beneficio alla condannata³⁸, che pure non sia decaduta ai sensi dell'art. 330 c.c. né risulti aver affidato il figlio ad altri. Tuttavia, in senso contrario, si può ritenere che, nel tessuto dell'art. 147 c.p., il superamento del primo anno di vita della prole, e però non ancora del terzo, valga a sottoporre il bisogno filiale delle cure materne al bilanciamento con le istanze contrapposte (fino ad allora pretermesse), ma non anche a consentirne il disconoscimento in concreto, pure al di là dei veri e propri casi di abbandono, sulla base di un giudizio lasciato, caso per caso, alla piena discrezionalità della magistratura di sorveglianza. La "legge Finocchiaro" codificò la regola per la quale la rilevata sussistenza del «concreto pericolo della commissione di delitti» osta alla fruizione del rinvio dell'esecuzione della pena, in nome della tutela delle esigenze di difesa sociale (art. 147 co. 4 c.p.). Si tratta di un sondaggio – quello sulla pericolosità del reo – familiare alla magistratura di sorveglianza, diversamente dall'apprezzamento relativo all'interesse del minore nella cui vita interferisce la vicenda esecutiva del genitore. Ed allora si può forse ritenere che l'art. 147 c.p., riguardante i bambini nella prima infanzia, chieda alla giurisdizione rieducativa di arrestarsi, quanto all'apprezzamento dell'interesse filiale alle cure materne, alle rassicurazioni che indirettamente provengono, pure sotto tale profilo, dalla mancata emersione di concreti indici di pericolosità sociale a carico della condannata (non decaduta dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c. e che nemmeno risulti aver privato di «assistenza morale e materiale» o affidato ad altri suo figlio).

I termini del discorso paiono invece in parte mutare in rapporto alle ipotesi di detenzione domiciliare alle quali le madri possono accedere fino al decimo compleanno della prole. Preclusa a coloro che sono state dichiarate decadute dalla responsabilità sul figlio *ex art.* 330 c.c., per le altre madri la concessione della detenzione domiciliare speciale è ulteriormente subordinata dall'art. 47-*quinquies* co. 1 o.p. alla verifica, in concreto, della «possibilità di ripristinare la convivenza con i figli». Un tale accertamento venne richiesto dal legislatore alla magistratura di sorveglianza – *expressis verbis* – nel momento in cui nell'ordinamento penitenziario fece il suo ingresso una forma di detenzione domiciliare specificamente dedicata ai genitori: innanzitutto madri, con figli anche oltre la prima infanzia (purché d'età non superiore a dieci anni), condannate a pene detentive medio-lunghe se non all'ergastolo, le quali, ottenendo la

³⁸ V. Trib. sorv. Torino, 26 ottobre 2004, in F. FIORENTIN, *Differimento*, cit., p. 433: la previsione di cui all'art. 147 co. 1 n. 3) c.p. «in tanto può essere applicata in quanto il giudice, nel caso concreto, possa ragionevolmente ritenere che la misura concessa possa esplicare efficacia ai fini che il legislatore ha voluto cristallizzare nella *ratio legis*: assistenza e cura della prole».

misura speciale, avrebbero potuto fruire di una restrizione domestica intervallata da periodi di tempo trascorsi all'esterno determinati in funzione delle esigenze della prole³⁹. In origine il nuovo beneficio venne comunque subordinato alla previa espiatione di una quota minima della pena ragguardevole e, pertanto, verosimilmente destinata a consumarsi solo dopo un'interruzione della convivenza. Entro tale quadro il legislatore chiese alla magistratura di sorveglianza di esaminare di volta in volta «le possibilità [...] di effettivo esercizio delle cure parentali», in funzione delle quali si giustifica l'ampliarsi dell'area di operatività della misura domiciliare al di là dei suoi confini ordinari⁴⁰.

Un'analogha richiesta non è avanzata, invece, ai sensi dell'art. 47-ter co. 1 o.p. nei confronti del giudice investito della decisione sulla detenzione domestica messa a disposizione delle madri di prole convivente d'età inferiore a dieci anni che debbano espiare una pena detentiva breve (anche se potrebbe trattarsi della quota residua, raggiunta dopo un periodo di interruzione della convivenza, precedentemente in atto fino al momento della carcerazione). Tuttavia l'ampia discrezionalità della quale gode l'organo decidente non pare precludere incursioni nel campo dell'interesse del minore alle cure materne nel caso concreto. Allo stato attuale, però, sembra doversi escludere che il giudice possa valorizzare l'assistenza già prestata dal padre come elemento a sostegno del diniego del beneficio alla madre. E questo perché l'insostituibilità delle cure materne è uno dei postulati sui quali si regge l'intero sistema degli strumenti specificamente indirizzati a limitare la carcerazione dei genitori così come modellato dal legislatore⁴¹. Ad esso, peraltro, s'accompagna tuttora una presunzione assoluta di segno contrario a carico dei padri, ove già sussista l'assistenza materna, che invero meriterebbe – quanto meno – un'attenta rivalutazione. Tuttavia nulla il delegante ha detto sui padri, per ora destinati a conservare ancora, nel quadro dei benefici penitenziari legati alla genitorialità, la posizione attuale, nella quale si riflette l'idea di un ruolo ancillare nella cura dei figli⁴².

³⁹ V. L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, cit., p. 605; A. PULVIRENTI, *Inosservanze degli orari di rientro nel domicilio: equiparato il regime della detenzione domiciliare generica (per la detenuta madre) a quello della detenzione domiciliare speciale*, in *Cass. pen.*, n. 2/2010, p. 480.

⁴⁰ Cass., Sez. I, 7 marzo 2013, n. 38731, in *DeJURE*; Cass., Sez. I, 20 ottobre 2006, n. 40736, *ivi*. Sul punto cfr. L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, cit., p. 604.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 17 del 2017, cit., si appella alla preferenza accordata dal legislatore al «rapporto del minore con la madre» per escludere – quale soluzione eccentrica nell'attuale contesto normativo – un'estensione del divieto di custodia cautelare in carcere della genitrice *ex art. 275 co. 4 c.p.p.* ai casi di figli minori, ma d'età superiore al limite convenzionalmente stabilito, e già privati della presenza paterna.

⁴² Sulla posizione assegnata ai padri nel quadro degli istituti a tutela del benessere psico-fisico della prole, v. G. BELLANTONI, *Ordinamento europeo*, cit., p. 148 s.; L. FILIPPI, *La Corte costituzionale*, cit., p. 3649 s.

4. Il senso della collaborazione nell'interesse del minore.

Si è già ricordato come ogni decisione che coinvolga un minore debba dare preminente rilievo al suo superiore interesse⁴³. Anche la magistratura di sorveglianza ed il giudice della cautela devono prendersene cura, né potrebbe essere altrimenti se si considerano, da un lato, l'impatto della carcerazione dei genitori sui figli⁴⁴ e, dall'altro, i motivi d'allarme, in ordine al contesto familiare nel quale il minore è inserito, che possono in concreto sollevarsi dalle vicende giudiziarie che ne coinvolgono madri e/o padri⁴⁵. Alla luce di ciò, s'impone un lavoro in rete con gli organi ed i servizi specificamente preposti alla protezione minorile, innanzitutto tramite uno scambio d'informazioni che scongiuri pericolosi ritardi nell'attivazione degli strumenti di tutela previsti dal diritto civile, ma anche interventi fra loro privi di coordinamento, se non addirittura contraddittori.

Non è certamente un terreno facile da arare. Nella Risoluzione del 27 luglio 2006, dedicata alla "Disciplina delle esigenze della tutela della maternità e dei figli minori dei detenuti, con particolare riferimento all'esercizio dei poteri del magistrato di sorveglianza e del Tribunale per i minorenni", il Consiglio Superiore della Magistratura denunciava che la decadenza *ex art.* 330 c.c. e l'abbandono materno sono «situazioni che possono comportare accertamenti istruttori complessi presso il Tribunale per i Minorenni, talora impossibili per i soggetti che usano *alias* o irregolarmente presenti nel territorio dello Stato». Ora, la già menzionata Risoluzione del 31 ottobre 2017 richiama con coraggio l'attenzione sui pericoli per i c.d. "figli di

⁴³ Per i casi in cui non sia possibile la sottrazione al carcere della madre condannata ad una pena detentiva, l'obiettivo di assicurare che la decisione sulla sua collocazione sia adeguata al superiore interesse del figlio minore (d'età inferiore a sei anni) che ella deve accudire ispira la nuova formulazione dell'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p., contenuta nello schema di decreto legislativo recentemente approvato dal Consiglio dei Ministri (art. 15). In particolare, si prevede che il provvedimento di assegnazione ad un I.c.a.m. sia adottato dall'amministrazione penitenziaria, previo consenso dell'interessata. Come è reso palese dalla *Relazione illustrativa* (p. 39), l'accordo della donna è richiesto in considerazione della limitata diffusione di questo tipo di istituti (o sezioni), che determina una tensione con il principio di territorialità dell'esecuzione penale, a sua volta funzionale al mantenimento dei legami affettivi della persona ristretta (e del bambino che eventualmente la segue). Se il consenso dell'interessata all'assegnazione presso un I.c.a.m. manca, si dispone l'intervento del tribunale di sorveglianza, chiamato ad una valutazione del superiore interesse del minore «anche eventualmente contro il parere della donna detenuta» (così la *Relazione illustrativa*, p. 39). È chiaro che, per essere efficiente rispetto all'obiettivo di tutela del superiore interesse del minore, tale meccanismo non dovrebbe prescindere dalla collaborazione fra la magistratura di sorveglianza e gli organi e servizi specificamente preposti alla protezione minorile.

⁴⁴ V. O. ROBERTSON, *Collateral Convicts: Children of incarcerated parents. Recommendations and good practice from the UN Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011*, Quaker United Nations Office, Human Rights & Refugees Publications, March 2012. Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare, nonché la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 novembre 2014 sul 25° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia ed anche la Raccomandazione 1469 (2000) che l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha dedicato alla detenzione delle madri con figli.

⁴⁵ Con particolare riferimento ai procedimenti per reati di criminalità organizzata v. la già citata Risoluzione adottata dal C.S.M. il 31 ottobre 2017.

mafia” e, nel farlo, sostiene l’«opportunità di rivisitare» in primo luogo proprio «le forme di cooperazione ed interazione tra i diversi uffici giudiziari competenti», chiedendo che le stesse non vengano lasciate «al prudente apprezzamento ed alle lodevoli iniziative dei singoli magistrati», ma siano standardizzate e prescritte dal legislatore. In particolare, «l’eventuale previsione di un obbligo per il giudice ordinario di comunicare al Tribunale per i minorenni e al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni competenti provvedimenti limitativi della libertà personale o i procedimenti in corso nei confronti di soggetti coinvolti nelle associazioni mafiose che abbiano figli di età inferiore agli anni 18, consentirebbe di intervenire adottando i provvedimenti di cui agli artt. 330 e ss. c.c.». Potrebbe trattarsi di un modello esportabile anche oltre i confini della criminalità organizzata⁴⁶.

Gli esiti di una tempestiva verifica circa l’effettiva situazione del minore, consegnata alla sua sede naturale, potrebbero fruttuosamente rifluire verso la giustizia penale degli adulti, fornendo risorse adeguate all’obiettivo di un trattamento dell’imputato o del condannato sensibile al suo ruolo genitoriale. Infatti, per un verso, è vero che, quanto meno sono vincolati a parametri di valutazione precostituiti, tanto più gli strumenti di salvaguardia del rapporto fra madre (o padre) e prole possono soddisfare in concreto i bisogni del minore, nel contempo sottraendosi a strumentalizzazioni della maternità (o della paternità). Per altro verso, tuttavia, il giudice di sorveglianza (così come della cautela) non può essere lasciato solo nel momento in cui è chiamato a farsi garante (anche) del superiore interesse dei figli delle persone direttamente destinatarie del suo intervento. E allora, quando fra i principi in competizione c’è l’interesse del minore, nel governo del bilanciamento fra le istanze contrapposte, sempre più alle regole legali dovrebbe subentrare la collaborazione con gli organi specificamente dedicati alla protezione del suo benessere psico-fisico.

⁴⁶ Attualmente v. il canale di comunicazione istituzionalizzato dall’art. 609-*decies* c.p. Nel senso dello sviluppo della collaborazione fra magistrature nell’interesse del minore si muove la proposta di legge n. 3523 presentata alla Camera dei Deputati il 12 gennaio 2016. Se si guarda alla legislazione vigente, bisogna ancora rilevare che anche il settore delle pene accessorie – molto scivoloso, tanto più quando ne sia coinvolta la responsabilità genitoriale – offre un buon esempio di comunicazione tra uffici giudiziari nella prospettiva di un’allocazione delle decisioni funzionale alla migliore tutela dell’interesse del minore. Il riferimento è all’art. 34 co. 5 c.p.: se, a far accantonare la decadenza dalla responsabilità genitoriale o la sospensione dal suo esercizio, è l’automatica estensione alle pene accessorie del beneficio della sospensione condizionale, la salvaguardia dell’interesse del minore viene affidata alla necessaria trasmissione degli atti del procedimento al tribunale per i minorenni, affinché lo stesso assuma «i provvedimenti più opportuni» (v. S. LARIZZA, *Pene accessorie*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte generale, La punibilità e le conseguenze del reato*, vol. III, Torino, 2014, p. 133). Ne deriva – opportunamente – la possibilità di apprezzamento dell’interesse del figlio nel caso concreto ed il ritorno di tale valutazione alla sua sede naturale, al di fuori del processo penale a carico del genitore.

5. Interesse del minore *vs* presunzioni ostative alla sottrazione della madre al carcere.

Il Giudice delle leggi è stato chiaro sulle implicazioni che derivano dalla necessità di salvaguardare il superiore interesse del minore, saldamente alimentata dalla nostra Carta fondamentale e dai vincoli derivanti dal diritto sovranazionale, in ordine alle modalità di accertamento delle contrapposte istanze, pure di rilievo costituzionale, sottese alla carcerazione dei genitori, madri in primo luogo: «affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni». Com'è noto, in questi termini si è espressa la sentenza n. 239 del 2014, recentemente ripresa dalla sentenza n. 76 del 2017. Entrambe hanno censurato gli impedimenti all'accesso delle madri (secondariamente anche dei padri) alla detenzione domiciliare finalizzata all'accudimento della prole fondati sulla tipologia del reato commesso, riconducibile fra quelli elencati nell'art. 4-*bis* o.p.

Nella prima occasione è stato rimosso il divieto di concessione relativo⁴⁷ abbinato ai delitti evocati nel primo comma di quest'ultimo articolo, superabile soltanto attraverso la collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p. (salve le situazioni "equipollenti" codificate nel co. 1-*bis* del medesimo art. 4-*bis*). La sentenza n. 239 del 2014 ha sottratto al divieto la misura domestica speciale, riservata ai soli genitori, e – in via consequenziale – anche la detenzione domiciliare ordinaria, là dove destinata a madri (e, in via residuale, padri) che, per la specie o l'entità della pena che devono (ancora) scontare, possono candidarsi a fruirne. L'affrancamento dalla collaborazione, come requisito necessario per la concessione del beneficio, è stato esteso all'alternativa extramuraria prevista dall'art. 47-*ter* co. 1 lett. a) e b) o.p. sul presupposto che essa condivida con la detenzione domiciliare speciale la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della persona condannata (espressamente inserita dal legislatore soltanto nell'art. 47-*quinquies* o.p.)⁴⁸.

Le due forme di esecuzione domestica rivolte alle madri fino al decimo compleanno del figlio sono state espunte dal novero delle misure subordinate alla collaborazione con la giustizia da parte di coloro che abbiano commesso uno dei reati

⁴⁷ V. F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 827.

⁴⁸ G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta*, cit., p. 328, fa notare come, nella motivazione della sent. n. 239 del 2014, cit., la Corte costituzionale ammetta che la verifica dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti è «un requisito implicito generale della detenzione domiciliare ordinaria, negando dunque, di fatto, la peculiarità in astratto del trattamento concernente i delitti gravi» (del resto, v. già Corte cost., sent. 12 giugno 2009, n. 177, commentata da C. FIORIO, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, in *Giur. cost.*, fasc. 3/2009, p. 1986 ss.); nel senso che la sent. n. 239 del 2014 circoscriverebbe la necessità della citata verifica al caso delle «madri condannate per determinati delitti ricollegabili all'area della delinquenza organizzata», v. A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri*, cit., p. 10.

elencati nel primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. sulla base di un elemento differenziale decisivo: nel caso della detenzione domiciliare indirizzata ai genitori, alla «finalità di reinserimento sociale del condannato», che pure la Corte costituzionale non disconosce, si affianca, assumendo anzi un ruolo preminente, la «tutela dell'interesse di un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico». Se questa è la funzione primaria della misura, non è ravvisabile alcuna omogeneità rispetto all'elemento rappresentato dalla collaborazione con la giustizia. Con riguardo agli istituti esclusivamente orientati alla risocializzazione del reo, la considerazione del profilo di pericolosità sociale e di affidabilità del soggetto concorre alla ricerca di un'applicazione del beneficio aderente alla sua *ratio*, sotto il profilo dell'effettiva idoneità della persona al progetto rieducativo extramurario. Entro quest'ambito può essere utilmente sollecitato il vaglio della Corte costituzionale – secondo il canone della ragionevolezza – intorno al fondamento di una pericolosità o inaffidabilità che per legge debba essere rilevata dal giudice sulla base di indici presuntivi prestabiliti⁴⁹. Un *test* del genere non appare invece conferente se lo scrutinio riguarda benefici penitenziari primariamente indirizzati alla tutela dei figli di coloro che sono stati condannati ad una pena detentiva. Infatti – come si ricava dalla sentenza n. 239 del 2014 – il sacrificio del superiore interesse del minore non può comunque essere decretato al di fuori di ogni margine di apprezzamento giudiziale della singola situazione, e ciò a prescindere dalla solidità delle basi poste a fondamento della prevalenza accordata *ex lege*, una volta per tutte, alle istanze sottese alla carcerazione materna.

Attraverso l'intervento della Corte costituzionale, anche nella fase dell'esecuzione delle pene detentive si è così potuta radicare la resistenza che, nella sede cautelare, la tutela della maternità e dell'infanzia già oppone nei confronti di una carcerazione giustificata da un *periculum libertatis* che si presume non altrimenti fronteggiabile (il riferimento è all'art. 275 co. 4 c.p.p., là dove neutralizza la scelta di rigore che il comma precedente fonda sulla tipologia del reato in ordine al quale sussistono gravi indizi di colpevolezza⁵⁰).

⁴⁹ Nel senso che la necessaria finalità rieducativa del trattamento punitivo è «sistematicamente violat[a]» dai divieti di misure alternative collegati al titolo del reato o al tipo di autore, v. G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2013, p. 57 s.

⁵⁰ V. E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 74. In giurisprudenza v., fra le altre, Cass., Sez. II, 16 marzo 2012, n. 11714, in *C.E.D. Cass.*, n. 252534; Cass., Sez. I, 16 gennaio 2008, n. 5840, in *C.E.D. Cass.*, n. 238655, che si sofferma sul fondamento del quarto comma dell'art. 275 c.p.p.: «i divieti di applicazione della custodia cautelare in carcere stabiliti dai commi quarto e quarto *bis* dell'art. 275 cod. proc. pen. non sono basati su presunzioni che si contrappongono a quella di adeguatezza esclusiva della medesima misura nei casi previsti dal comma terzo dello stesso articolo (ben potendo riscontrarsi o presumersi la pericolosità, dal punto di vista criminologico, anche di soggetti che si trovino in taluna delle condizioni che danno luogo ai suindicati divieti), ma trovano fondamento nel giudizio di valore operato dal legislatore nel senso che sulla esigenza processuale e sociale della coercizione intramuraria debba prevalere la tutela di altri interessi, considerati poziori in quanto correlati ai fondamentali diritti della persona umana sanciti dall'art. 2 della Costituzione [...]».

Dunque, in forza della sentenza n. 239 del 2014, l'accesso del genitore alla detenzione domiciliare, fino a quando la prole non abbia compiuto il decimo anno di vita, non può essere invariabilmente inibito perché manca la collaborazione con la giustizia⁵¹, elevata ad «indice legale del “ravvedimento” del condannato [...], in quanto espressiva della rottura del “nesso” tra il soggetto e la criminalità organizzata (nesso, peraltro, a sua volta presuntivamente desunto dal tipo di reato che fonda il titolo detentivo)»⁵². Ed è appunto in ossequio alla giurisprudenza costituzionale che l'art. 15 del recente schema di decreto legislativo volto all'attuazione della delega penitenziaria inserisce la previsione dell'inapplicabilità del divieto (relativo) di concessione, previsto nel primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. (a sua volta modificato), sia nel tessuto dell'art. 47-*quinquies* o.p., dedicato alla detenzione domiciliare speciale, sia in quello dell'art. 47-*ter* o.p., con esclusivo riferimento alla misura domestica ordinaria indirizzata a madri e padri⁵³.

In linea generale, lo schema di decreto legislativo prefigura un ridimensionamento degli automatismi e delle preclusioni ostativi alla fruizione dei benefici penitenziari, in attuazione del criterio direttivo contenuto nell'art. 1 co. 85 lett. e) della legge n. 103 del 2017. Non se ne profila, tuttavia, il totale smantellamento⁵⁴, in

⁵¹ La sent. n. 239 del 2014, cit., s'indirizza soltanto nei confronti del primo comma dell'art. 4-*bis* o.p.: è favorevole a ritenere che le condizioni per la concessione dei benefici specificamente abbinati ai reati elencati nei commi 1-*ter* e 1-*quater*, anche là dove gravanti su madri (e padri), debbano effettivamente andare esenti da analoghe censure. F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia*, cit., p. 3948. Del resto, la Corte costituzionale stessa, nella successiva sentenza n. 76 del 2017, cit., ha esplicitamente precisato che «non è in principio vietato alla legge differenziare il trattamento penitenziario delle madri condannate, a seconda della gravità del delitto commesso».

⁵² Nel senso che, «all'interno delle situazioni tutelate dall'art. 47-*ter*, quella di madre (o di padre) finisce per essere maggiormente protetta di altre, che pure trovano in Costituzione ampio riconoscimento, quali ad es. le condizioni di salute, così che si potrebbero profilare disparità di trattamento ingiustificate», v. L. CESARIS, *Art. 47-*ter**, cit., p. 565.

⁵³ Si può notare che, nello schema di decreto legislativo (art. 15), il limite massimo entro il quale la pena espanda consente l'accesso alla detenzione domiciliare c.d. generica (art. 47-*ter* co. 1-*bis* o.p.) raggiunge quello stabilito per l'applicabilità della misura domestica nei confronti delle categorie specificamente elencate nel primo comma, comprese le madri (ed i padri). Nel contempo scompare l'esclusione dei condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. dal novero dei potenziali beneficiari della detenzione domiciliare generica, attualmente prevista nell'ultimo periodo dell'art. 47-*ter* co. 1-*bis* o.p. In rapporto alla misura domestica ordinaria, là dove rivolta ai genitori, viene recepita, nel tessuto di un nuovo comma, la neutralizzazione del divieto di concessione stabilito dall'art. 4-*bis* co. 1 o.p., già operata dalla sentenza costituzionale n. 239 del 2014, cit. Pertanto, qualora debba essere eseguita una pena detentiva non superiore a quattro anni, la detenzione domiciliare generica risulta disponibile anche nei confronti dei condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., ferma restando, per i delitti del primo comma, la necessaria presenza della collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p. o di una delle situazioni considerate “equipollenti” (v. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 37). Entro quel limite di pena, i condannati per taluno dei delitti elencati nell'art. 4-*bis* co. 1 o.p. che possano accedere alla misura domestica in quanto genitori godono invece di un regime più favorevole. Infatti l'assenza di collaborazione con la giustizia (e pure di una delle situazioni codificate nel co. 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p.) non è di per sé ostativa alla concessione del beneficio finalizzato alla cura dei figli.

⁵⁴ V. A. DELLA BELLA, [Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario](#), in *questa Rivista*, fasc. 6/2017, p. 251.

considerazione della volontà del legislatore delegante di mantenere le barriere operanti *ex lege* contro l'accesso a risorse extramurarie «per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»⁵⁵. Dove automatismi e preclusioni vengono conservati, stando all'attuale schema di decreto legislativo, il trattamento delle misure alternative alla detenzione fruibili dalle madri – oggetto di una direttiva *ad hoc* – non pare distinguersi da quello riservato agli altri benefici penitenziari, se non nei limiti del recepimento delle espunzioni già operate nel settore dalla Corte costituzionale⁵⁶.

Peraltro, le conclusioni raggiunte dalla sentenza n. 239 del 2014 paiono riferibili anche ad un istituto, diverso dalla detenzione domiciliare, ma pur sempre finalizzato in via prioritaria alla tutela della prole, qual è l'assistenza all'esterno dei figli minori (art. 21-*bis* o.p.)⁵⁷. Tuttavia, mutuando la disciplina della risorsa tipicamente risocializzante rappresentata dal lavoro extramurario, esso risulta a sua volta condizionato, quanto ai presupposti, dall'eventuale riconducibilità del reato commesso fra quelli di cui all'art. 4-*bis* o.p. e, conseguentemente, dalle dinamiche relative alla collaborazione con la giustizia⁵⁸. Ora, in attuazione della delega penitenziaria, si prospetta soltanto un ridimensionamento dell'area dei reati alla quale la legge abbina

⁵⁵ Precisamente l'art. 1 co. 85 lett. e) legge n. 103 del 2017 prevede l'«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché [la] revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»; v. G. Giostra e P. Bronzo (a cura di), *Proposte*, cit., p. 155 ss.

⁵⁶ Si veda il caso della preclusione stabilita dall'art. 58-*quater* co. 4 o.p. a carico dei condannati per sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione oppure a scopo di estorsione che abbiano cagionato la morte del sequestrato, esclusi da tutti i benefici indicati nel primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. «se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni». Essa è oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 27 co. 3 Cost., dal Magistrato di sorveglianza di Venezia con ordinanza 28 aprile 2017 (r.o. 119/2017) e non ancora decisa. Nello schema di decreto legislativo (art. 11) non compare fra i divieti di concessione di benefici soppressi (per una proposta nel senso dell'abrogazione v., invece, F. GIANFILIPPI, *Eliminazione o razionalizzazione delle ostatività previste nell'art. 58-quater ord. penit.*, in G. Giostra e P. Bronzo (a cura di), *Proposte*, cit., p. 186 s.). Nemmeno risultano ad essa sottratte le misure alternative finalizzate alla tutela del rapporto tra detenute e figli minori, anche se la Corte costituzionale – sebbene con riguardo ad un'altra disposizione – ha già avuto modo di affermare che l'«esemplarità della sanzione», per cui «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» poiché «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» (sentenza n. 76 del 2017, cit.).

⁵⁷ V. L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, cit., p. 603; M.R. MARCHETTI, *Art. 21-bis*, *ivi*, p. 295.

⁵⁸ Com'è noto, non soltanto l'assegnazione al lavoro all'esterno compare tra i benefici ai quali è applicabile la disciplina restrittiva stabilita dall'art. 4-*bis* o.p. Inoltre, il primo comma dell'art. 21 o.p. collega alla condanna per uno dei delitti ivi indicati una fruibilità necessariamente differita dell'istituto, evitabile attraverso la prestazione di una condotta collaborativa nei termini di cui all'art. 58-*ter* o.p. (v. L. DEGL'INNOCENTI e F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014, p. 400).

tali impedimenti all'accesso al lavoro all'esterno⁵⁹, mentre l'assistenza extramuraria della prole non guadagna autonomia. Tuttavia, poiché le disposizioni relative al primo istituto sono applicabili al secondo nei limiti della compatibilità, già oggi, in seguito alla sentenza n. 239 del 2014, si potrebbe forse ritenere che, nei confronti dell'assistenza all'esterno, non debbano più operare i divieti di concessione fondati sull'assenza di collaborazione con la giustizia da parte di madri (e padri) autori di determinate tipologie delittuose.

Con la sentenza n. 76 del 2017 la Corte costituzionale ha ripreso il filo del ragionamento ed ha espunto un ulteriore divieto ostativo all'esecuzione della pena detentiva fuori dal carcere (quanto meno ordinario) in funzione dell'accudimento della prole d'età non superiore a dieci anni. Ad essere censurata è stata nuovamente l'attribuzione di valenza ostativa, questa volta assoluta e dunque non superabile nemmeno attraverso la collaborazione con la giustizia⁶⁰, alla tipologia del reato commesso, riconducibile fra i delitti indicati nell'art. 4-bis o.p. L'oggetto della preclusione estromessa era l'accesso, già nella fase iniziale dell'espiazione di una pena detentiva medio-lunga (ossia superiore a quattro anni di reclusione) o dell'ergastolo, ad un istituto a custodia attenuata per detenute madri o – subordinatamente alla verifica dell'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga» – al domicilio.

Com'è noto, risale al 2011 la modifica della disciplina della misura domestica speciale che pose fine alla necessità di attendere invariabilmente la consumazione di almeno un terzo della pena, o quindici anni nel caso delle ergastolane, per la candidatura all'esecuzione extramuraria in funzione della cura e dell'assistenza dei figli, a patto però che non si trattasse di condannate per taluno dei delitti elencati nell'art. 4-bis o.p. Per queste ultime infatti il legislatore volle conservare l'originaria disciplina della detenzione domiciliare speciale, caratterizzata dalla fruibilità differita. Pertanto, nei casi di reato ostativo, anche dopo la legge n. 62 del 2011, le potenzialità della misura in termini di de-carcerazione delle madri restarono molto scarse nei confronti delle donne con figli giunti oltre la prima infanzia già nel momento di avvio dell'espiazione della pena detentiva⁶¹. Al cospetto dei bambini più piccoli, invece, si profilava il paradosso di un'iniziale applicazione della detenzione domiciliare (in luogo del rinvio dell'esecuzione), poi interrotta al compimento del terzo anno di vita della prole (a causa della sopravvenuta valenza ostativa della natura del reato commesso dalla madre, a prescindere da ogni considerazione in ordine all'andamento della misura e all'interesse del minore), ed infine di nuovo concedibile nell'eventualità della consumazione, entro il decimo compleanno del figlio, della quota di pena necessaria per l'accesso alla misura domestica speciale⁶².

⁵⁹ V. l'art. 8 del recente schema di decreto legislativo.

⁶⁰ V. G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure alternative*, cit., p. 250 e 284 s.

⁶¹ Cfr., già con riferimento alla versione originaria dell'art. 47-quinquies o.p., R. BASSETTI, *Moll Flanders dopo Beslan. Una nuova politica criminale per le detenute madri*, in *Minorigiust.*, n. 4/2003, p. 83.

⁶² V. già L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 561.

Proprio nell'ambito di una vicenda simile era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale decisa dalla sentenza n. 76 del 2017, senza che il rimettente avesse in effetti omesso di denunciare la disarmonia del sistema. E così la Corte ha espunto (dall'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p.) il disconoscimento *a priori*, nei confronti della condannata ad una pena detentiva medio-lunga o all'ergastolo per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* o.p., della possibilità di abbandonare, sin dall'inizio dell'esecuzione, il circuito penitenziario ordinario per accudire i figli all'interno di un l.c.a.m. o nella propria abitazione (e luoghi assimilati). Nella disposizione censurata, infatti, è stato individuato «un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore», in violazione dell'art. 31 co. 2 Cost.

Caducato siffatto automatismo, la Corte si è premurata di rilevare che la salvaguardia delle «esigenze di contrasto alla criminalità» ad esso sottese non viene meno, ma rimane affidata «al prudente apprezzamento del giudice», ferma restando, peraltro, l'applicabilità dell'art. 4-*bis* o.p., eccettuata soltanto la valenza ostativa attribuita all'assenza di collaborazione con la giustizia dal primo comma, in questa sua parte già dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 239 del 2014⁶³.

A fronte di una direttiva indirizzata a far progredire il sistema delle misure alternative alla detenzione verso una maggiore tutela del rapporto fra madri e figli minori, nello schema di decreto legislativo approvato lo scorso 22 dicembre sembra profilarsi invece un arretramento rispetto alla riforma del 2011. Attraverso la modifica del primo comma dell'art. 47-*quinquies* o.p. e la sostituzione del successivo co. 1-*bis*, infatti, parrebbe scomparire, a prescindere dalla tipologia del reato commesso, la *chance* di un accesso alla detenzione nella forma domiciliare non subordinato alla previa espiazione di una quota minima della pena, pari ad un terzo o a quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. A quanto sembra, resterebbe soltanto, per «le donne condannate che hanno prole di età inferiore a sei anni», la possibilità di «espriare la pena presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri», ossia pur sempre in ambiente penitenziario⁶⁴.

Per quanto riguarda le donne con figli nei confronti delle quali debba essere eseguita una pena detentiva breve, la modifica dell'art. 656 co. 5 c.p.p., che si profila in attuazione del criterio direttivo di cui all'art. 1 co. 85 lett. c) della legge n. 103 del 2017, costituisce un avanzamento nella salvaguardia dell'interesse del minore ad evitare l'interruzione della convivenza con la madre in ambiente domestico, generata dalla carcerazione di quest'ultima. Ne risulta, invero, la rimozione di un limite di fatto alla protezione contro l'ingresso nell'istituto penitenziario della donna rappresentata dalla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva ai sensi dell'art. 656 co. 5 c.p.p. È noto che già oggi le madri di prole d'età inferiore a dieci anni con loro convivente (e, a certe condizioni, i padri) ne beneficiano se la pena detentiva (anche residua) non è superiore a quattro anni, guadagnando così la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare

⁶³ Sul punto v. G. LEO, [Un nuovo passo della Consulta](#), cit., p. 328.

⁶⁴ V. l'art. 15 co. 1 lett. b) dello schema di decreto legislativo.

ordinaria senza fare previamente ingresso in carcere, magari con i figli al seguito. Attualmente, tuttavia, la mancata conoscenza della condizione di madre da parte del pubblico ministero competente per l'esecuzione "inceppa", di fatto, il meccanismo sospensivo a scapito delle condannate che devono scontare una pena detentiva non superiore a quattro anni, ma maggiore di tre⁶⁵. L'innalzamento a quattro anni del limite di pena che comporta la sospensione della sua esecuzione nei confronti della generalità dei condannati, delineato dall'art. 5 del recente schema di decreto legislativo, elimina il problema⁶⁶.

La tipologia del reato commesso, tuttavia, può ostare inderogabilmente alla sospensione: è questo il caso delle persone condannate per i delitti elencati nell'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p., fra i quali compaiono quelli di cui all'art. 4-bis o.p., ma anche un reato come il furto in abitazione (art. 624-bis c.p.)⁶⁷, tipico della fascia di criminalità, espressione di marginalità sociale, alla quale per lo più appartiene la popolazione detenuta femminile⁶⁸.

Al riguardo non è forse del tutto fuori luogo richiamare la censura, già menzionata, che la sentenza n. 76 del 2017 ha rivolto all'art. 47-quinquies co. 1-bis o.p. poiché esso escludeva «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 (...)». Infatti, là dove applicata ai potenziali fruitori delle misure destinate ai condannati in quanto genitori, anche la sospensione ex art. 656 co. 5 c.p.p. si configura quale istituto diretto innanzitutto alla tutela dei minori, altrimenti inevitabilmente esposti alla separazione dalla madre o alla condivisione dell'ambiente carcerario, pur quando la pena espianda sia tale da consentire alla condannata di candidarsi alla sottrazione al carcere per accudire i figli. Con specifico riguardo ai delitti elencati nel primo comma dell'art. 4-bis o.p., poi, bisogna ricordare che, già a seguito della sentenza n. 239 del 2014, la concessione, nel singolo caso, della detenzione domiciliare ordinaria alle madri (ed eventualmente ai padri) non è nemmeno più necessariamente subordinata alla collaborazione con la giustizia. Infine,

⁶⁵ V. B. LAVARINI, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in F. Caprioli e L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, p. 34 s.

⁶⁶ L'attuale art. 656 co. 5 c.p.p. è oggetto di una questione di legittimità costituzionale pendente, originata dall'inserimento del co. 3-bis nell'art. 47 o.p. (G.i.p. Trib. Lecce, 13 marzo 2017, r.o. n. 109/2017), che, ove fosse accolta, porterebbe il meccanismo sospensivo ad analogo estensione (alla quale, peraltro, già tende una certa linea interpretativa: v. Cass., Sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864, in www.cortedicassazione.it, Cass., Sez. I, 4 marzo 2016, n. 37848, *ivi*; in senso contrario, [C. App. Bologna, 5 settembre 2017](http://www.cortedicassazione.it), in *questa Rivista*, fasc. 10/2017, p. 321 ss., commentata da G. MENTASTI, [Disallineamenti e allineamenti forzati: ultime novità in tema di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e affidamento in prova "allargato"](#)).

⁶⁷ Corte cost., 1° giugno 2016, n. 125, ha invece dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p. «nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo».

⁶⁸ V. G. FABINI, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?* (Antigone, XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione – *Torna il carcere*), reperibile in [questa pagina web](#).

pur nella consapevolezza delle differenze, si può forse individuare un filo rosso che unisce, sotto la comune protezione dell'art. 31 co. 2 Cost., i minorenni figli di donne e uomini condannati ad una pena detentiva ai minorenni oggetto dell'esecuzione penale. In rapporto a questi ultimi recentemente la Corte costituzionale ha concluso che «la rigida preclusione posta dall'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. – laddove vieta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 e per gli altri reati espressamente indicati – se applicata ai minorenni contrasta con gli artt. 27 e 31 Cost.»⁶⁹. Il Giudice delle leggi ha in tal modo bandito un automatismo – quello stabilito dall'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p. – che paralizza un istituto – la sospensione dell'esecuzione di una pena detentiva breve – funzionale ad evitare «gli effetti desocializzanti correlati a un passaggio diretto in carcere del condannato che provenga dalla libertà e che potrebbe avere diritto, previa valutazione nel merito rimessa al Tribunale di sorveglianza, a misura alternativa»⁷⁰.

Per i bambini, figli di una persona condannata nei cui confronti deve essere eseguita una pena detentiva non superiore a quattro anni (e quindi candidabile alla detenzione domiciliare ex art. 47-ter co. 1 o.p.), la sospensione è determinante ai fini della salvaguardia contro il trauma del distacco o di un ingresso in carcere al seguito della madre.

6. I termini del bilanciamento in concreto.

Dove gli automatismi legislativi lasciano spazio all'apprezzamento giudiziale, il risultato della competizione fra le contrapposte esigenze deve essere determinato caso per caso⁷¹. Sottratto alla soccombenza di fronte ad istanze di difesa sociale comunque prevalenti sulla base di indici presuntivi, ma non reso oggetto di una protezione assoluta⁷², l'interesse del minore a ricevere cure genitoriali costanti in un ambiente

⁶⁹ Corte cost., sent. 28 aprile 2017, n. 90, commentata da F. MANFREDINI, [Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione](#), in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 216 ss.

⁷⁰ Così, ancora, Corte cost. n. 90 del 2017, cit., richiamando le argomentazioni del giudice rimettente (Corte App. Milano, sez. min., ord. 19.2.2016, r.o. 80/2016, e 13.5.2016, r.o. 154/2016).

⁷¹ V. G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri*, cit., p. 58 s., il quale, contro obiezioni sempre serpeggianti nei confronti dello smantellamento di presunzioni ostative all'applicazione di istituti volti alla decarcerazione, avverte che la loro rimozione non implica l'automatica sottrazione del soggetto al circuito penitenziario, ma soltanto che «bisogna vagliare, e vaglierà il magistrato caso per caso, se ci sono i presupposti per evitare il carcere, semplicemente questo».

⁷² Soltanto il nascituro e l'infante di età inferiore all'anno godono di una protezione assoluta contro la carcerazione materna, che deve obbligatoriamente cedere a favore del rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 146 c.p., al più sostituibile dalla detenzione domiciliare ex art. 47-ter co. 1-ter o.p. La regola di prevalenza prestabilita a beneficio della salvaguardia della maternità e dell'infanzia ha superato il vaglio della Corte costituzionale, secondo la quale «non irragionevolmente il legislatore [...] ha ritenuto, con riferimento al periodo della gravidanza e al primo anno del bambino, che la protezione del rapporto

diverso dal carcere potrà in concreto imporsi oppure risultare recessivo a seconda delle singole situazioni.

Molto dipende dallo *standard* di bilanciamento⁷³ eventualmente consegnato all'organo decidente. Nel 2001 la "legge Finocchiaro" stabilì espressamente che la fruizione del rinvio dell'esecuzione della pena c.d. "facoltativo" – che può subentrare quando il "piccolo minore" non è più protetto dall'obbligatorietà della sottrazione materna al carcere per aver ormai celebrato il primo compleanno – è preclusa ove risulti positivamente la sussistenza del «concreto pericolo della commissione di delitti» (art. 147 co. 4 c.p.)⁷⁴. Contestualmente la concessione della neo-introdotta detenzione domiciliare speciale, destinata alle madri (solo in via residuale anche ai padri) fino al compimento del decimo anno d'età della prole, veniva subordinata alla verifica dell'insussistenza del medesimo pericolo⁷⁵, la cui necessità è stata poi ribadita per l'accesso precoce all'espiazione nella propria abitazione o altro luogo assimilato consentito dalla legge n. 62 del 2011. Infine, appoggiandosi al dato giurisprudenziale, la Corte costituzionale ha integrato lo stesso accertamento anche nel quadro dei presupposti della misura domestica nella sua forma ordinaria, là dove indirizzata alle

madre-figlio in un ambiente idoneo debba prevalere sull'interesse statale all'esecuzione immediata della pena» (Corte cost., ord. n. 145 del 2009, cit., seguita da Corte cost., ord. 19 ottobre 2009, n. 260).

⁷³ Cfr., *mutatis mutandis*, A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit., p. 4913.

⁷⁴ Si noti che, presente nella condizione di piena libertà, il pericolo *de quo* potrebbe invece non esserlo sotto il giogo della detenzione domiciliare: *rebus sic stantibus*, precluso il rinvio dell'esecuzione della pena, si possono tuttavia ravvisare i presupposti per applicare la misura domestica ai sensi dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p. (v. Corte cost., ord. 1° luglio 2005, n. 255). Cfr., ampiamente, Trib. Sorv. Torino, 18 luglio 2007, in *Giur. mer.*, n. 1/2009, p. 192 ss. (con commento di M. AMELIA): vi si riconosce che «dovrà darsi luogo al differimento dell'esecuzione quando trattasi di soggetto che [...] appaia probabilmente dotato di capacità di autocontrollo tali da consentirgli una gestione responsabile dei margini di autonomia che sono consentiti dall'applicazione del beneficio di cui all'art. 147» c.p., mentre «dovrà preferirsi la concessione della misura alternativa quando, anche per la persistenza di un pericolo (comunque necessariamente limitato) di reiterazione di reati, appaia, per converso, probabile che il soggetto non sia in grado di reinserirsi nell'ambiente libero senza dover sottostare alle limitazioni ed ai controlli che connotano l'esecuzione della detenzione domiciliare».

⁷⁵ Discutendosi di detenzione domiciliare, è ragionevole concludere che è concreto soltanto il pericolo non neutralizzabile tramite le limitazioni che da essa derivano. In dottrina, con riferimento alla misura domestica speciale, cfr. L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 553 s., là dove ipotizza che «il tribunale di sorveglianza possa tenere conto [...] dell'effetto "contenitivo" derivante dalle modalità di attuazione» della stessa, nel contempo sottolineando che non sono stati indicati al giudice gli elementi dei quali tenere conto ai fini della verifica in oggetto. Quanto alla valutazione richiesta dall'art. 47-quinquies o.p. si è osservato che «la persistenza [...] di una dose di pericolosità non è da sola idonea ad escludere la misura qualora lo stato detentivo, anche se domiciliare, e altre prescrizioni siano idonei a contenere il rischio di recidiva» (Cass., Sez. I, 17 marzo 2009, n. 14962, in *C.E.D. Cass.*, n. 243745). In ogni caso, i vincoli nei confronti della madre non possono essere irrigiditi sino a rendere l'esecuzione extramuraria speciale priva di giustificazione, in quanto inadeguata rispetto alle esigenze dei figli della condannata. Dunque, se la pericolosità sociale di quest'ultima è tale da non consentire una restrizione domestica caratterizzata dagli «spazi di libertà ed autonomia» che sono necessari affinché i bisogni della prole convivente possano essere soddisfatti, la detenzione domiciliare speciale non potrà essere concessa (Cass., Sez. I, 20 ottobre 2006, n. 40736, cit.).

madri che debbono (ancora) espiare una pena della reclusione non superiore a quattro anni o la pena dell'arresto⁷⁶.

Qualche tempo dopo il varo della "riforma Finocchiaro", il Consiglio Superiore della Magistratura individuò chiaramente nel «concetto di pericolosità sociale, inteso come probabilità di commissione di delitti», un «obiettivo ostacolo» all'accesso al sistema dei benefici penitenziari previsti a tutela del rapporto tra madre e figlio⁷⁷. Si tratta di una constatazione che trae alimento dalle caratteristiche stesse della criminalità femminile. Normalmente, infatti, le donne che delinquono provengono «da un contesto di grave marginalità sociale, riflesso nel tipo di reati per cui vengono incarcerate»⁷⁸: i più comuni risultano i reati contro il patrimonio, contro la persona ed in materia di stupefacenti⁷⁹. Le scelte sanzionatorie relative a questo tipo di criminalità sono particolarmente sensibili – com'è noto – alle sollecitazioni provenienti dall'opinione pubblica. Non sono infrequenti strette repressive, che ritroviamo anche nella recente "riforma Orlando", che innalza le pene, nel minimo edittale, associate a furti e rapine. Tuttavia i benefici destinati alle madri si rivelano tendenzialmente destinati a risentire in misura ridotta delle limitazioni alla fruibilità delle misure alternative prodotte da politiche di questo genere. Infatti, nel tempo, essi sempre più si sono affrancati da sbarramenti legati all'entità della pena, cosicché la tutela dell'interesse del minore risulta almeno in parte al riparo dalle oscillazioni delle scelte sanzionatorie. Non saranno poche, però, le situazioni che evidenziano un pericolo concreto di reiterazione di reati per lo più maturati in un persistente contesto di marginalità sociale, tanto più se si considera che la povertà di risorse (economiche, ma non soltanto) può di fatto privare la donna di una soluzione abitativa idonea a supportare adeguatamente la capacità di neutralizzazione insita nella restrizione entro il domicilio⁸⁰.

Come si ricordava in apertura, al 31 dicembre 2017 negli istituti penitenziari italiani c'erano 56 bambini al seguito delle madri. Se l'ambizione è – come pensiamo debba essere – il drastico abbattimento del numero dei figli che condividono con la genitrice l'esperienza del carcere (fosse anche negli Istituti a custodia attenuata dedicati), si rende necessaria una riflessione intorno ad un'allocazione del rischio della commissione di ulteriori reati, connesso all'assenza di costrizione all'interno del circuito penitenziario, diversa dall'attuale. Ad oggi, nella fase dell'esecuzione della pena detentiva, durante la gravidanza e fino al primo anno di vita dell'infante, la collettività si assume integralmente quel rischio: la sottrazione della donna al carcere, infatti, è comunque obbligatoria ai sensi dell'art. 146 c.p., opzione che la Corte

⁷⁶ V. Corte cost., sent. n. 177 del 2009, cit., e poi Corte cost., sent. n. 239 del 2014, cit. In senso critico, A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri*, cit.

⁷⁷ C.S.M., Risoluzione 27 luglio 2006, cit.

⁷⁸ G. FABINI, *Donne e carcere*, cit.

⁷⁹ Si rinvia a G. FABINI, cit. I dati al 31 dicembre 2017, relativi ai detenuti (distinti fra uomini e donne) suddivisi per tipologia di reato, sono reperibili in [questa pagina web](#).

⁸⁰ V. L. SCOMPARIN, *Una "piccola" riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Leg. pen.*, n. 3-4/2011, p. 601, la quale sottolinea come le criticità in questione si riflettano in modo particolarmente rilevante sulle donne straniere.

costituzionale ha giudicato non irragionevole⁸¹. Oltre, invece, se il pericolo della commissione di delitti raggiunge la soglia della concretezza, ecco che il costo del rischio si trasferisce in capo al minore, che viene privato della convivenza con la madre al di fuori del carcere a favore delle esigenze di prevenzione.

La riduzione del numero di bambini che preservano la condivisione della quotidianità con la genitrice seguendola all'interno dell'istituto penitenziario sarebbe certamente favorita se lo *standard* di bilanciamento delle esigenze contrapposte nelle singole situazioni fosse rinnovato per riservare la soccombenza dell'interesse del minore alla costante presenza materna in un ambiente idoneo ai soli casi di pericolo concreto, in assenza di restrizione intramuraria, della commissione di delitti selezionati in base alla gravità⁸².

7. Benessere della prole e reinserimento sociale della madre.

I limiti della detenzione domiciliare in termini di prevenzione speciale potrebbero essere ridotti se esistesse una rete di luoghi alternativi alla privata abitazione della condannata in grado di fornire adeguate garanzie sotto il profilo del contesto di vita extramurario e delle possibilità di controllo (il quale, peraltro, può avvalersi del c.d. "braccialetto elettronico" ai sensi dell'art. 58-*quinquies* o.p.). Ove così fosse, aumenterebbero i margini per prognosi sufficientemente rassicuranti sotto il profilo dell'idoneità della misura domestica a neutralizzare il rischio di commissione di ulteriori reati ed a promuovere il reinserimento sociale della condannata.

⁸¹ V. Corte cost., ord. n. 145 del 2009, cit., seguita da Corte cost., ord. n. 260 del 2009, cit. In dottrina v. P. COMUCCI, *Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte costituzionale*, in *Corr. mer.*, n. 1/2009, p. 59 ss.

⁸² Nella sede cautelare – lo si è già ricordato – la categoria protetta comprende donne in gravidanza e madri di prole convivente d'età non superiore a sei anni (i padri soltanto in via residuale). Nei loro confronti la custodia cautelare in carcere può essere disposta e mantenuta soltanto se sussistono «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» (art. 275 co. 4 c.p.p.). In giurisprudenza si esclude che i reati temuti debbano necessariamente essere di estrema gravità o riconducibili alla criminalità organizzata affinché il divieto della custodia in carcere possa ritenersi superato. Basta il pericolo della commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Infatti – si precisa – l'art. 275 co. 4 c.p.p. «si limita a richiedere una pericolosità che superi la semplice concretezza richiesta dall'art. 274 cod. proc. pen., connotandosi come sostanziale certezza che l'indagato, se sottoposto a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, continuerà a commettere delitti tra quelli indicati nel suddetto art. 274, lett. c)» (Cass., Sez. II, 8 giugno 2010, n. 32472, in *C.E.D. Cass.*, n. 248352; inoltre, Cass., Sez. V, 5 dicembre 2005, n. 2240, in *C.E.D. Cass.*, n. 233026; Cass., Sez. V, 4 febbraio 1999, n. 599, in *C.E.D. Cass.*, n. 213344); v. G. BELLANTONI, *Ordinamento europeo*, cit., p. 133 s. Così determinata, la soglia di pericolosità che consente il ricorso alla custodia in carcere si presta ad essere raggiunta proprio nell'ambito di quella fascia di delinquenza legata alla marginalità sociale alla quale spesso appartengono le donne, che, in sede cautelare, possono essere sottoposte alla carcerazione anche durante il periodo della gravidanza e nel primo anno di vita del figlio (si è già visto come le novità annunciate sul punto dall'art. 1 co. 85 lett. s) della legge n. 103 del 2017 non trovino riscontro nello schema di decreto legislativo recentemente approvato dal Consiglio dei Ministri).

A livello giurisprudenziale, l'orientamento rieducativo dell'alternativa domiciliare alla carcerazione ha trovato un chiaro riconoscimento proprio con riguardo alla misura speciale riservata ai genitori, «il cui presupposto normativo» è stato individuato «principalmente [nel]l'idoneità [...] a rieducare il reo e ad assicurarne la prevenzione dal pericolo della recidiva, cui segue, ove accertata la sua sussistenza, la verifica [...] riferita al minore infradecennale, alla sua tutela, al suo rapporto con la madre detenuta e alla possibilità di effettivo esercizio delle cure genitoriali»⁸³. Il regime della detenzione domiciliare speciale, del resto, si caratterizza, insieme, per la flessibilità dei margini di allontanamento dal domicilio destinati alla condannata, in funzione della cura e dell'assistenza dei figli, e per la valorizzazione del ruolo del servizio sociale. Mutuando dall'affidamento in prova, la misura domestica speciale, infatti, comporta che, alla scarcerazione, sia redatto un verbale con le prescrizioni⁸⁴ alle quali il genitore dovrà attenersi nei rapporti con il servizio sociale, che, a sua volta, è chiamato a compiti di controllo, aiuto e aggiornamento periodico del magistrato di sorveglianza (art. 47-*quinquies* co. 4 e 5 o.p.)⁸⁵. Invero non sfugge l'importanza della valorizzazione del ruolo del servizio sociale, nella consapevolezza del legame tra la tutela del benessere psico-fisico del minore e la promozione del reinserimento materno nella società, nonché della necessità di un solido supporto alla genitorialità nei confronti delle persone ristrette con i figli. Tuttavia è sul piano delle risorse messe effettivamente in campo che il profilo risocializzante dell'istituto rischia di essere smentito. A suo tempo la “legge Finocchiaro” esclude «maggiori oneri per il bilancio dello Stato» derivanti dal ruolo affidato al servizio sociale nella gestione della neo-introdotta misura speciale (art. 3 co. 2 legge n. 40 del 2001⁸⁶). Successivamente, quando la legge n. 62 del 2011 segnò espressamente l'ingresso delle case famiglia protette tra i luoghi di possibile esecuzione della detenzione domiciliare per madri con figli al seguito⁸⁷, oltre che della misura cautelare degli arresti domiciliari, il legislatore stabilì

⁸³ Cass., Sez. I, 7 marzo 2013, n. 38731, cit.; v., altresì, Cass., Sez. I, 20 ottobre 2006, n. 40736, cit.

⁸⁴ V. il richiamo operato da Cass., Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 8860, cit., alle «rigorose e finalizzate prescrizioni imposte dal tribunale» di sorveglianza in sede di concessione della detenzione domiciliare speciale ad una madre.

⁸⁵ V. P. Canevelli, *Misure alternative al carcere*, cit., p. 812; L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 557; F. DELLA CASA, *Misure alternative*, cit., p. 847; G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, cit., p. 286.

⁸⁶ V. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere*, cit., p. 813; L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 557, 561.

⁸⁷ In particolare, le case famiglia protette compaiono nell'art. 47-*ter* co. 1 o.p. in riferimento alle donne in gravidanza e alle madri di prole convivente d'età inferiore a dieci anni se la pena è l'arresto o la reclusione non superiore a quattro anni (anche residui), nonché nell'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p. con riguardo ai casi d'impossibilità, per la condannata che deve scontare una detenzione più lunga, di espierla nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora. È vero che, nell'articolo dedicato alla detenzione domiciliare speciale, le case famiglia protette sono espressamente evocate soltanto nel comma (1-*bis*) specificamente dedicato all'espiazione della prima parte della pena detentiva. Tuttavia, si tratterebbe di strutture comunque riconducibili ai luoghi «di cura, assistenza o accoglienza» richiamati anche nel comma precedente: così F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. mer.*, n. 11/2011, p. 2626. Ora, lo schema di decreto legislativo approvato lo scorso 22 dicembre prevede l'espressa menzione

che «il Ministro della giustizia [...] può stipulare con gli enti locali convenzioni volte ad individuare le strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette», ma «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 4)⁸⁸.

Ora, nello schema di decreto legislativo approvato lo scorso 22 dicembre (art. 15), l'idoneità al recupero sociale del condannato entra espressamente fra i presupposti di applicazione della detenzione domiciliare generica, nel momento in cui un rinnovato art. 47-ter co. 1-bis o.p. la porta a condividere lo stesso ambito operativo dell'affidamento in prova al servizio sociale, ossia l'area delle pene detentive che debbono essere eseguite in misura non superiore a quattro anni. Tale innesto, incidente sul giudizio relativo all'applicabilità in concreto dell'alternativa domiciliare c.d. generica, si abbina ad un intervento sull'art. 47-ter co. 4 o.p. teso a dotare la detenzione in forma extramuraria «di qualche contenuto risocializzante»⁸⁹. A tale scopo si prevedono prescrizioni, dettate dal tribunale di sorveglianza, che favoriscano l'accesso del condannato, ristretto presso il domicilio, «a percorsi di reinserimento sociale mediante il lavoro, la formazione professionale o lo svolgimento di attività socialmente utili»; in funzione di ciò – si stabilisce – «può essere concesso di lasciare l'abitazione per il tempo strettamente necessario, purché non ricorrano specifiche esigenze di sicurezza».

Nessuna previsione *ad hoc* contempla l'adattamento del contenuto della misura domestica alle esigenze di cura dei figli là dove sia la condizione di madre (o padre) a giustificare la concessione. Eppure si tratterebbe del logico *pendant* dell'estensione, anche alla detenzione domiciliare ordinaria rivolta alle madri, della limitazione già imposta dal legislatore alla punibilità, ai sensi dell'art. 385 c.p., dell'allontanamento dal domicilio occorso durante l'esecuzione della misura domestica speciale. Il contenimento dell'area della punibilità, esteso dalla Corte costituzionale anche alla

delle case famiglia protette nel primo comma dell'art. 47-quinquies o.p., mentre riserva il comma successivo agli I.c.a.m.

⁸⁸ V. S. MARCOLINI, [Legge 21 aprile 2011, n. 62 \(Disposizioni in tema di detenute madri\)](#), in *questa Rivista*, 5 maggio 2011.

⁸⁹ Così la *Relazione illustrativa*, cit., p. 37. Sono note le carenze, sotto l'aspetto trattamentale, fino ad ora rilevate in rapporto alla detenzione domiciliare così come disciplinata dall'art. 47-ter o.p. Misura nata con finalità essenzialmente umanitarie ed assistenziali, la cui regolamentazione contiene un generico riferimento alle «disposizioni per gli interventi del servizio sociale» determinate ed impartite dal tribunale di sorveglianza (art. 47-ter co. 4 o.p.), essa sarebbe priva di un apprezzabile contenuto rieducativo: fra gli altri, A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri*, cit., p. 11; L. CESARIS, *Art. 47-ter*, cit., p. 583 s.; F. DELLA CASA, *Misure alternative*, cit., p. 842. A supporto di una diversa lettura, che pure nella detenzione domiciliare riconosce la tensione verso le «finalità rieducative della pena stessa» (v. già Corte cost., ord. 6 giugno 1989, n. 327), si possono richiamare la discrezionalità che governa l'applicazione della detenzione domiciliare ai sensi del primo comma dell'art. 47-ter o.p., pur quando sussistano ragioni umanitarie ed assistenziali di tutela (v. G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, cit., p. 246 s.); la condivisione, con l'affidamento in prova, della necessità di un programma di trattamento applicabile al fruitore della misura (art. 72 co. 2 lett. c) o.p.; v. M. CANEPA e S. MERLO, *Manuale*, cit., p. 329 s.; G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, cit., p. 246); infine, con specifico riferimento alle madri, bisogna altresì rilevare che il legislatore riconosce nell'esercizio stesso del ruolo genitoriale un elemento riabilitativo (problematicamente cfr. L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 559), com'è reso palese dall'assimilazione dell'istituto dell'assistenza all'esterno dei figli minori al lavoro extramurario (v. C.S.M., Risoluzione 27 luglio 2006, cit., p. 3).

detenzione domiciliare per madri risalente alla “legge Gozzini”, si fonda, infatti, proprio sulla «valutazione specifica delle esigenze nascenti dalla cura dei bambini»⁹⁰.

Sull’esclusione dall’accesso alla misura domiciliare (così come all’affidamento in prova) dei condannati privi di una propria abitazione o di altro luogo di privata dimora lo schema di decreto legislativo tenta di intervenire prevedendo che essi possano «accedere a un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero a un luogo di dimora sociale appositamente destinato all’esecuzione extracarceraria della pena detentiva, nella disponibilità di enti pubblici o enti convenzionati» (art. 15, nella parte in cui prefigura l’introduzione del comma 5-bis nell’art. 47-ter o.p.). Contestualmente si profila (all’art. 23) l’innesto di un nuovo comma (2-bis) nell’art. 72 o.p.: «gli uffici di esecuzione penale esterna si adoperano per favorire il reperimento di un domicilio o di altra soluzione abitativa, tale da consentire la modifica della misura della semilibertà e la sua sostituzione con quella dell’affidamento in prova o della detenzione domiciliare»⁹¹. In ordine all’impatto concreto che tali previsioni potrebbero avere non si può tuttavia ignorare quanto rilevato nella Relazione tecnica (p. 20 s.)⁹², volta ad assicurare la neutralità finanziaria dello schema di decreto legislativo: l’adozione delle misure alternative sarà comunque disposta «solo nei limiti dell’effettiva disponibilità delle strutture nell’ambito delle risorse di bilancio degli enti sopra citati», rappresentati da «associazioni, cooperative sociali e [...] altre agenzie private e pubbliche presenti nel territorio per l’azione di inclusione sociale e dedite ad attività di volontariato», con le quali s’intende incentivare la collaborazione «sulla base di protocolli con gli uffici di esecuzione e i tribunali di sorveglianza». Con riferimento agli adempimenti posti a carico degli uffici di esecuzione penale esterna, invece, la legge di bilancio 2018 si preoccupa, in particolare, di sostenere l’avvio di procedure per nuove assunzioni (art. 1 co. 493 legge 27 dicembre 2017, n. 205).

Per quanto riguarda specificamente le madri con figli al seguito è già da tempo – come si è ricordato – che la soluzione dell’accoglienza presso le case famiglia protette è entrata a far parte del quadro normativo. Ancora oggi, tuttavia, essa stenta a concretizzarsi per la mancanza di un’appropriata politica d’investimenti. Risultano infatti esistenti due sole case famiglia protette, la prima a Milano e l’altra, recentemente inaugurata, a Roma. La carenza di risorse non può che allontanare la meta di una diffusione omogenea sul territorio nazionale ed adeguata al fabbisogno, ossia capace di garantire che non ci siano più bambini costretti a subire il distacco dalla madre o a condividere con lei il carcere solo perché non è disponibile un luogo idoneo all’esecuzione extramuraria della pena detentiva⁹³.

⁹⁰ Corte cost., sent. n. 177 del 2009, cit. V., ampiamente, A. PULVIRENTI, *Inosservanze degli orari di rientro*, cit., p. 479 ss.

⁹¹ Sul punto v. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 31.

⁹² La Relazione è reperibile in [questa pagina web](#).

⁹³ Per una proposta che mira a contenere le ricadute nefaste della carenza di un domicilio idoneo, in attesa dell’implementazione di una rete di strutture adeguata, v. L. KALB e G. DARAIO, *Modifica all’art. 47-ter ord. penit.*, in G. Giostra e P. Bronzo (a cura di), *Proposte*, cit., p. 113 s.; L. KALB e G. DARAIO, *Modifica all’art. 47-quinquies ord. penit.*, *ivi*, p. 115 s.



1/2018

A maggior ragione, senza risorse adeguate, si riducono gli spazi per coltivare una prospettiva più ambiziosa, ossia la promozione delle case famiglia protette come luogo privilegiato di assegnazione delle donne che debbono accudire la prole, in quanto sede di un vero e proprio progetto di supporto alla genitorialità ed al reinserimento sociale, il quale abbia effettive *chances* di proiettarsi positivamente sul futuro di madri e figli⁹⁴.

8. Considerazioni conclusive.

La recente delega penitenziaria prevede che i decreti legislativi di attuazione siano adottati «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 1 co. 83 legge n. 103 del 2017). Alla luce della clausola di invarianza finanziaria contenuta nell'ultimo articolo dello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri, «le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti dal presente decreto con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente». Immediatamente si pongono interrogativi sull'effettiva sostenibilità d'interventi pur auspicabili. Se si guarda all'esperienza delle case famiglia protette, è significativo che, nel 3° Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia, pubblicato lo scorso novembre, il Gruppo CRC raccomandi «di destinare parte delle risorse previste per gli ICAM [...] agli Enti Locali per le case famiglia protette»⁹⁵.

Indubbiamente l'intervento riformatore che prende corpo nello schema di decreto legislativo del 22 dicembre scorso elimina alcune sperequazioni attualmente ravvisabili nello spettro di protezione offerto alla coppia madre-figlio, a seconda che l'entità della pena espianda indirizzi la condannata alla detenzione domiciliare ordinaria oppure a quella speciale. Si pensi all'estensione, anche alla prima ipotesi, della possibilità della proroga del beneficio o della "transizione" verso l'assistenza all'esterno dei figli minori al compimento del decimo anno d'età della prole. Oppure si consideri l'innesto del riferimento ai figli affetti da disabilità grave (a prescindere dall'età), non limitato alla disciplina delle condizioni per l'accesso alla misura domestica ordinaria, ma esteso alla detenzione domiciliare speciale, che oggi rischia di essere indifferente al bisogno del costante accudimento genitoriale che scaturisce dalla disabilità.

⁹⁴ L. SCOMPARIN, *Una "piccola" riforma*, cit., p. 602, nota 14, rileva come l'art. 4 legge n. 62 del 2011 abbia «scelto sostanzialmente di abbandonare ad una successiva definizione amministrativa le caratteristiche delle case famiglia protette», poi individuate dal d.m. 8 marzo 2013, *Requisiti delle case famiglia protette*, invero piuttosto generico in ordine al profilo degli operatori professionali impiegati all'interno delle strutture.

⁹⁵ Il Gruppo CRC è un *network* di associazioni italiane che opera al fine di garantire un sistema di monitoraggio indipendente sull'attuazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel nostro Paese e delle Osservazioni Conclusive rivolte dal Comitato ONU all'Italia. Il Rapporto citato nel testo è reperibile in [questa pagina web](#).

Sotto altro punto di vista, mentre nella sede cautelare non s'interviene (nonostante la delega), nel settore dei benefici penitenziari "discrezionali" indirizzati alle condannate madri il concreto pericolo della commissione di delitti non perde terreno come criterio utile a segnare la soccombenza dell'interesse del minore alle cure di una genitrice sottratta al carcere⁹⁶. Per altro verso, oltre a recepire alcune fondamentali sentenze costituzionali, la riforma che viene definendosi riversa (anche) nell'area dei benefici rivolti a madri (e padri) le ricadute positive d'interventi di carattere generale. Non sembra, però, compiersi una complessiva razionalizzazione degli istituti funzionali, in senso lato, alla de-carcerazione delle madri, capace di coordinarli ed aggregarli sotto una sorta di statuto comune. Si pensi, ad esempio, all'opportunità di prevedere, nei confronti delle condannate ristrette al domicilio per accudire la prole in un ambiente idoneo, una definizione degli intervalli temporali che possono essere trascorsi all'esterno modellata – per quanto è possibile – sulle necessità dei figli. Attualmente questa esigenza trova un riscontro nella disciplina della misura domestica speciale⁹⁷, dedicata esclusivamente ai genitori, mentre si perde quando madri (e padri) sono assimilati a categorie diverse sotto un comune regime restrittivo extramurario, come accade nel tessuto dell'art. 47-ter o.p.⁹⁸. Oppure si consideri la perdurante omologazione – palesata anche dal punto di vista topografico – del lavoro all'esterno (art. 21 o.p.) e dell'assistenza extramuraria dei figli minori (art. 21-bis o.p.), il primo finalizzato esclusivamente alla risocializzazione del reo, la seconda indirizzata in primo luogo alla tutela della prole minorenni (la cura della quale diventa attività rieducativa per il genitore). Una razionalizzazione aggregante dell'insieme di istituti volti a proteggere i minori contro la carcerazione materna potrebbe dare corpo al riconoscimento dell'elemento distintivo emergente «quando al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo», ossia «l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne» in un ambiente idoneo al suo benessere psico-fisico⁹⁹. Si tratterebbe, del resto, di coltivare la prospettiva della giurisprudenza costituzionale, che ha promosso un avvicinamento tra le varie risorse poste a tutela dei figli delle persone condannate, rimarcandone la differenza dagli altri istituti orientati alla de-carcerazione. Basti ricordare soltanto le pronunce che hanno riconosciuto nel superiore interesse del minore un fattore ostracizzante nei confronti di regole che assegnano la prevalenza alle esigenze contrarie alla de-carcerazione sulla base di indici presuntivi. Ne è derivato l'accostarsi del livello di tutela offerto ai bambini oltre i tre anni a quello garantito ai più piccoli, tradizionalmente sottratti agli effetti di automatismi

⁹⁶ Sulla rilevanza dei profili citati rispetto al tema della tutela dei figli minorenni dei detenuti, v. già C.S.M., Risoluzione 27 luglio 2006, cit.

⁹⁷ V. L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, cit., p. 605.

⁹⁸ Cfr. A. PULVIRENTI, *Inosservanze degli orari di rientro*, cit., p. 477 ss. Si noti come Corte cost., sent. n. 177 del 2009, cit., riferendosi alla detenzione domiciliare speciale, rilevi che, «se non fosse consentito alla madre di sostenere i figli minori nelle loro primarie esigenze anche fuori dell'abitazione, verrebbe meno gran parte del fondamento della stessa previsione della misura alternativa alla detenzione».

⁹⁹ V. Corte cost., sent. n. 239 del 2014, cit.

sfavorevoli, inapplicabili al rinvio dell'esecuzione della pena previsto dagli artt. 146 e 147 c.p. e, conseguentemente, alla detenzione domiciliare che può sostituirlo a norma dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p.¹⁰⁰.

Per quanto riguarda le singole misure funzionali alla salvaguardia del rapporto fra detenute e figli minori, ad una prima lettura, nello schema di decreto legislativo recentemente approvato, si nota un'innovazione rilevante nel tessuto dell'art. 47-quinquies o.p., dedicato alle madri condannate a pene medio-lunghe o all'ergastolo. Cambia parzialmente la configurazione degli Istituti a custodia attenuata per madri: non più luogo per bambini fino al decimo compleanno, ma soltanto d'età inferiore a sei anni (secondo la regola già vigente nella sede cautelare), e non più destinazione di competenza della magistratura di sorveglianza¹⁰¹, bensì, di regola, dell'amministrazione penitenziaria¹⁰². L'intento è, per un verso, quello di «evitare che la permanenza in un istituto – che comunque è pur sempre detentivo – possa determinare effetti pregiudizievoli sullo sviluppo psicofisico del bambino e sulla sua vita di relazione, inducendo altresì meccanismi di rifiuto nei compagni, ove venissero a conoscenza del luogo in cui vive»¹⁰³; per altro verso, si mira a contrastare alcune ricadute negative, per il minore, di fatto derivanti dalla giurisdizionalizzazione del circuito a custodia attenuata per madri¹⁰⁴. Muta dunque, in parte, l'I.c.a.m. Nel contempo tuttavia – almeno così parrebbe – scompare la possibilità di un accesso alla detenzione extramuraria speciale durante la prima quota della pena. Tornano ad essere escluse dalla *chance* domiciliare le condannate madri di prole d'età non superiore a dieci anni che debbano scontare più di quattro anni e non abbiano espiato almeno un terzo della pena o quindici anni nel caso dell'ergastolo. Per queste donne, se il figlio è d'età inferiore a sei anni (ma non a tre, donde l'inapplicabilità del rinvio dell'esecuzione della pena), rimane soltanto la possibilità di preservare la convivenza all'interno di un apposito circuito a custodia attenuata, ossia pur sempre in un istituto

¹⁰⁰ V. F. FIORENTIN, *Differimento della pena*, cit., p. 450 ss.

¹⁰¹ In ordine all'attuale art. 47-quinquies co. 1-bis o.p., il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria si è espresso nel senso che, «sia che l'espiazione avvenga presso un ICAM oppure in un luogo di privata dimora, si tratta sempre di detenzione domiciliare speciale la cui disposizione rientra istituzionalmente nella competenza del Tribunale di Sorveglianza (e non certo dell'autorità penitenziaria), come peraltro è espressamente previsto dal terzo comma dell'art. 47 *quinquies*» (D.A.P. – Ufficio del Capo del Dipartimento – Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, *Parere sulla detenzione domiciliare speciale detenute madri*, dicembre 2014, reperibile in [questa pagina web](#)). Per la sede cautelare v. l'art. 285-bis c.p.p.

¹⁰² Sulla questione v. la Relazione del Tavolo 14 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale 2015-2016, Proposta 6, Detenute madri, p. 11, reperibile in [questa pagina web](#). Il Tavolo 14 – *Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali* era coordinato da Francesco Viganò e composto da Carla Ciavarella, Angela della Bella, Alberto di Martino, Patrizio Gonnella, Antonia Menghini, Maria Perna, Cinzia Simonetti, Riccardo Turrini Vita e Daniela Verrina.

¹⁰³ Così la *Relazione illustrativa*, cit., p. 39 s.

¹⁰⁴ V., nel contesto dei lavori del Tavolo 3 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale 2015-2016, I. DEL GROSSO, *Icam e case famiglia protette (legge 62 del 2011)*, p. 5, reperibile in [questa pagina web](#). Il Tavolo 3 – *Donne e carcere* era coordinato da Tamar Pitch e composto da Gianluigi Bezzi, Laura Cesaris, Ida Del Grosso, Marina Graziosi, Elisabetta Pierazzi, Donatella Stasio, Sergio Steffanoni, Elena Lombardi Vallauri.



1/2018

penitenziario: «una più ampia richiesta di posti» presso gli I.c.a.m. – si assicura – potrà essere soddisfatta attraverso le strutture già esistenti e funzionanti, le quali forniscono complessivamente 73 posti disponibili¹⁰⁵. È difficile non vedere un arretramento – sul piano della de-carcerazione delle madri – rispetto alla disciplina odierna, scaturita dalla riforma del 2011, che, già nella prima quota di una lunga pena detentiva, non esclude l'accesso della madre di prole d'età non superiore a dieci anni all'esecuzione extramuraria, subordinatamente alla verifica dell'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga».

Come si ricordava all'inizio, però, l'*iter* della riforma non è concluso, ulteriori sviluppi sono attesi.

¹⁰⁵ V. la *Relazione tecnica*, cit., p. 36 ss.