

## PROSEGUE IL CAMMINO PER RAFFORZARE LA TUTELA DEL RAPPORTO FRA GENITORI DETENUTI E FIGLI MINORI

di Giulia Mantovani

(*Ricercatore di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Torino*)

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale e l'esecuzione penitenziaria nei confronti dei genitori: l'allargamento della detenzione domiciliare per tutelare i bambini privi dell'assistenza materna ed i figli disabili. – 2. Il superamento di automatismi ostativi alla protezione della prole dalla carcerazione materna (o paterna) ed il prudente apprezzamento della magistratura. – 3. Benefici funzionali alla tutela del rapporto fra genitore e figlio e benefici esclusivamente risocializzanti: la necessità di un trattamento differenziato. – 4. Una questione recente in tema di limiti all'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori ... – 4.1. ... e la risposta della Corte costituzionale: la sentenza n. 174 del 2018. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La Corte costituzionale è intervenuta ripetutamente sulla disciplina dell'esecuzione penitenziaria ampliando le potenzialità decarcerizzanti del ruolo genitoriale. Talune decisioni convergono verso il comune risultato di colmare un vuoto di tutela a danno dei figli del reo afflitti da condizioni familiari o personali particolarmente avverse e tuttavia “dimenticate” dai benefici appositamente destinati ai genitori in funzione dell'accudimento della prole. Nell'ormai lontano 1990 la sentenza n. 215 consentì che, anche nei confronti dei bambini privi dell'assistenza materna, la detenzione domiciliare, introdotta pochi anni prima dalla “legge Gozzini” (l. 10.10.1986, n. 663), potesse scongiurare la perdita delle cure genitoriali, rimesse al padre<sup>1</sup>. Nel decennio successivo, la sentenza n. 350 del 2003 si preoccupò di estendere l'operatività della medesima misura ai casi nei quali la dipendenza del figlio dal genitore non abbia origine nell'età, secondo l'approccio “monofattoriale” adottato dal legislatore, ma nella disabilità del primo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> C. cost., sent. 13.4.1990, n. 215: «il trattamento differenziato previsto per la prole infratreenne che, pur avendo la madre detenuta, è ammessa dalla legge impugnata a godere dell'assistenza della genitrice mediante l'istituto della detenzione domiciliare, rispetto alla sorte di coloro che, essendo la madre deceduta o impossibilitata, non possono ricevere pari beneficio riguardo al padre detenuto, non sembra ispirato a razionalità alcuna». L'esito fu la declaratoria d'incostituzionalità dell'allora art. 47-ter co. 1 n. 1 Op, «nella parte in cui non prevede[va] che la detenzione domiciliare, concedibile alla madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, po[tesse] essere concessa, nelle stesse condizioni, anche al padre detenuto, qualora la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

<sup>2</sup> C. cost., sent. 5.12.2003, n. 350, eliminò «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». Il risultato venne raggiunto attraverso la declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 47-ter co. 1 lett. a Op, «nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare anche nei confronti della madre condannata, e, nei casi previsti dal comma 1, lettera b), del padre condannato, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante». Per un commento v. L. Filippi, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella*

La sentenza del 1990 attenuò i limiti di un sistema di tutela del minore focalizzato esclusivamente sul rapporto madre-figlio: com'è noto, la valorizzazione della figura paterna, subordinatamente all'assenza di quella materna, è stata poi recepita e diffusa dal legislatore nel quadro degli istituti indirizzati alla salvaguardia della prole, sebbene con qualche variante<sup>3</sup>. La pronuncia del 2003 mitigò invece la rigidità di una rete di protezione limitata ad una fascia di minori convenzionalmente selezionati *ex lege* sulla base dell'età. Oggi la disabilità della prole è espressamente presa in considerazione dall'art. 21-ter Op, che disciplina le visite extramurarie e l'assistenza durante visite mediche specialistiche relative a gravi condizioni di salute (anche) nei confronti di figli affetti da grave *handicap*.

2. C'è poi un secondo gruppo di pronunce costituzionali che hanno censurato la codificazione di automatismi, fondati sul titolo del reato per il quale il condannato sconta la pena ed ostativi all'accesso ai benefici penitenziari specificamente indirizzati all'accudimento della prole: se «è ben vero che nemmeno l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, malgrado il suo elevato rango, forma oggetto di protezione assoluta», tuttavia affinché esso «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»<sup>4</sup>.

---

*detenzione domiciliare*, in GCos 2003, 3643 ss.; F. Girelli, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in GI 2004, 2240 ss.

<sup>3</sup> Si ricordino gli artt. 47-ter co. 1 lett. b Op (che, per l'accesso paterno alla detenzione domiciliare ordinaria, aggiunge il requisito dell'esercizio della responsabilità genitoriale); gli artt. 47-quinquies co. 7 e 21-bis co. 3 Op (che subordinano la concessione al padre della misura domestica speciale e dell'assistenza all'esterno dei figli minori all'indisponibilità non soltanto della madre, ma anche di «altri» ai quali poter affidare la prole); l'art. 21-ter Op (che prescinde dalla presenza o meno della madre per consentire al padre di effettuare visite fuori dall'istituto penitenziario al figlio minore che versi in pericolo imminente di vita o in gravi condizioni di salute oppure al figlio affetto da *handicap* grave, mentre conferma la regola consueta dell'intervento del padre ristretto in carcere soltanto in mancanza della madre per le visite specialistiche relative a gravi condizioni di salute del figlio). Nel settore cautelare v. gli artt. 275 co. 4 e 285-bis Cpp, rivolti al «padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

<sup>4</sup> C. cost., sent. 22.10.2014, n. 239, commentata 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 AP 2014, n. 3; F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it) 27.10.2014; D.M. Schirò, *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte costituzionale*, in CP 2015, 1067 ss.; G. Tabasco, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in AP 2015, n. 3; U. Zingales, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte costituzionale*, in MinG 2015, n. 2, 186 ss. Analogamente, C. cost., sent. 12.4.2017, 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 [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it) 8.5.2017, e, da ultimo, C. cost., sent. 23.7.2018, n. 174.

Sono stati così espunti divieti di concessione superabili soltanto in virtù della collaborazione con la giustizia (o di situazioni normativamente equipollenti)<sup>5</sup>. In tal caso è stata censurata una combinazione di presunzioni operante ai danni del genitore: da un lato, l'assunzione *ex lege* del tipo di reato fondante il titolo detentivo quale indice sintomatico dell'«appartenenza alla criminalità organizzata o [...], comunque, [...] di un'elevata pericolosità sociale» del reo, incompatibile con l'uscita dall'istituto penitenziario<sup>6</sup>; dall'altro lato, la codificazione della condotta collaborativa come «indice legale del “ravvedimento” del condannato»<sup>7</sup>, elevato ad unico fattore in grado di aprire le porte ai benefici penitenziari (a meno che risulti sussistere una delle condizioni descritte nell'art. 4-bis co. 1-bis Op). Nel settore dei benefici funzionali alla tutela della prole, l'esito della combinazione è la soccombenza dell'interesse del minore ad un'adeguata assistenza genitoriale in forza della prevalenza delle contrapposte esigenze di difesa sociale decretata sulla base di indici presuntivi. E ciò ha provocato la censura della Corte costituzionale, anche in occasione della sentenza depositata il 23 luglio scorso<sup>8</sup>.

A maggior ragione, sono state eliminate preclusioni ancorate al titolo del reato per il quale il genitore sconta la pena ed aventi natura assoluta, indifferenti, dunque, anche all'avverarsi della condizione della collaborazione con la giustizia<sup>9</sup>.

Nell'espungere gli automatismi *contra reum* che si risolvono (anche) in danno della prole, il Giudice delle leggi si è costantemente impegnato ad assicurare che non ne sarebbe derivata l'eclissi delle esigenze di difesa sociale. Invero, all'automatismo (caducato) non subentra un vuoto di tutela nei confronti delle istanze ad esso sottese; piuttosto, al suo posto riemerge il prudente apprezzamento della magistratura, che, confrontando in concreto le esigenze in competizione, terrà conto anche della natura del reato commesso<sup>10</sup>. Nemmeno la sentenza più recente, che ha espunto i limiti all'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori per i genitori condannati per taluno dei reati elencati nell'art. 4-bis Op, si è sottratta all'“onere” di fornire tali rassicurazioni<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Sulla natura «relativamente ostativ[a]» dei delitti di cui al primo comma dell'art. 4-bis Op, v. F. Della Casa, *Misure alternative alla detenzione*, in *ED, Annali*, III, 2010, 827.

<sup>6</sup> F. Della Casa, *Misure alternative*, cit., 826.

<sup>7</sup> V. C. cost., sent. n. 239/2014, cit.; nello stesso senso, C. cost., sent. n. 174/2018, cit.

<sup>8</sup> V. C. cost., sent. n. 239/2014, cit.; C. cost., sent. n. 174/2018, cit.

<sup>9</sup> V. C. cost., sent. n. 76/2017, cit.

<sup>10</sup> In termini generali cfr. G. Giostra, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *RIDPP* 2013, 59: «in realtà, rimuovere [...] le preclusioni [assolute] non significa affatto far scattare una presunzione assoluta di adeguatezza della libertà; semplicemente bisogna vagliare, e vaglierà il magistrato caso per caso, se ci sono i presupposti per evitare il carcere, semplicemente questo». Per un esempio di «perdurante pericolosità sociale», in concreto ostativa alla concessione della detenzione domiciliare speciale nei confronti di una madre condannata per una serie di gravi reati, prevalentemente ricompresi nella “prima fascia” di cui all'art. 4-bis Op, v. Cass., 24.3.2017, n. 54108, De Martino, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>11</sup> C. cost., sent. n. 174/2018, cit.: «la concessione del beneficio resta pur sempre affidata al prudente apprezzamento del magistrato di sorveglianza, chiamato ad approvare il provvedimento disposto dall'amministrazione penitenziaria». Segue il richiamo agli elementi di valutazione che l'art. 48 co. 4 d.P.R. 30.6.2000, n. 230, consegna al magistrato per orientarne la discrezionalità: egli «deve tenere

L'anno scorso a cadere era stato l'assoluto divieto di accesso alla detenzione extramuraria, e pure alla custodia attenuata presso istituti (o sezioni) appositamente allestiti per accogliere anche la prole (I.C.A.M.), gravante per legge sulle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis Op fino all'espiazione di una parte predeterminata della pena (almeno un terzo nel caso della reclusione, almeno quindici anni per le ergastolane)<sup>12</sup>. Anche in quell'occasione la sentenza n. 76 del 2017 rassicurò: caduta la preclusione, l'accesso alla detenzione extramuraria è subordinato alla verifica dell'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga», che l'art. 47-quinquies co. 1-bis Op rimette al «prudente apprezzamento del giudice». Certamente anche la natura del reato commesso è tra gli elementi che debbono essere tenuti in considerazione. Anzi, precisa la Corte: «ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 resta pur sempre applicabile il complesso ed articolato regime previsto da tale disposizione per la concessione dei benefici penitenziari», esclusa però l'attribuzione di portata in sé ostativa alla mancata collaborazione con la giustizia.

Infatti, era già stata, nel 2014, la sentenza n. 239 ad espungere la detenzione domiciliare finalizzata all'accudimento della prole dai benefici ai quali i condannati per uno dei reati elencati nel primo comma dell'art. 4-bis Op possono aspirare soltanto se collaborano (o in presenza di una situazione normativamente equipollente). In quell'occasione la Corte sottrasse alla preclusione l'accesso non soltanto alla detenzione domiciliare speciale, ma anche, in via consequenziale, alla misura domestica ordinaria volta alla tutela della maternità e dell'infanzia. A fronte di una disposizione (l'art. 47-ter co. 1 Op) che, indirizzata a persone chiamate ad espriare non più di quattro anni di reclusione (eventualmente residui) o la pena dell'arresto, resta silente sul punto, il dispositivo della sentenza n. 239 del 2014 evoca espressamente l'«insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» come presupposto (negativo) della detenzione domiciliare ordinaria<sup>13</sup>, così assicurandosi che ad esso sia affidata la protezione delle esigenze di difesa sociale sottese alla preclusione contestualmente caducata<sup>14</sup>. Il dispositivo della sentenza n. 239 del 2014 è stato poi

---

conto del tipo di reato, della durata, effettiva o prevista, della misura privativa della libertà e della residua parte di essa, nonché dell'esigenza di prevenire il pericolo che l'ammesso al [beneficio] commetta altri reati».

<sup>12</sup> La sentenza n. 76 del 2017 dichiarò incostituzionale l'art. 47-quinquies co. 1-bis Op, «limitatamente alle parole "Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis,"».

<sup>13</sup> La sentenza n. 239 del 2014 dichiarò incostituzionale «1) [...]l'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge; 2) [...] in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, [...]l'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti». Criticamente v. A.M. Capitta, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore*, cit., § 7.

<sup>14</sup> V. G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene*

ripreso dallo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato dal Consiglio dei Ministri in secondo esame preliminare il 16 marzo 2018<sup>15</sup>, che in ciò si distingueva da quello risalente al 22 dicembre 2017<sup>16</sup>. Si tratta – com'è noto – del tentativo di dare attuazione alla delega contenuta nella l. 23.6.2017, n. 103, nello specifico con riguardo al settore delle misure alternative, tuttavia “abbandonato” nell'iter successivo della riforma insieme ai propositi di ridimensionamento degli automatismi e delle preclusioni che albergano nell'ordinamento penitenziario.

Il dispositivo della sentenza n. 239 del 2014 non è isolato nella giurisprudenza costituzionale relativa alle misure alternative specificamente finalizzate alla tutela della prole della persona condannata. Una soluzione analoga è rinvenibile già nella sentenza n. 177 del 2009<sup>17</sup>, decisione a sua volta adottata nel segno della parità di trattamento della detenzione domiciliare ordinaria e di quella speciale. L'affastellarsi disordinato<sup>18</sup> delle riforme intervenute nel tempo ad ampliare e rafforzare la tutela dei figli contro la carcerazione genitoriale aveva determinato una difformità di disciplina che pareva ingiustificata e pertanto venne sottoposta alla Corte costituzionale. Si trattava delle conseguenze dell'indebito allontanamento dal domicilio<sup>19</sup>: la sentenza n. 177 del 2009 estese, anche alla detenzione domiciliare ordinaria, i limiti alla punibilità ai sensi dell'art. 385 Cp già previsti per la misura domestica speciale, destinata alle persone che debbono scontare una lunga reclusione, se non l'ergastolo<sup>20</sup>. Ma – ed ecco

---

*detentive*, cit., § 4: «la stessa Corte ha ammesso, nella motivazione [...], che si tratta di un requisito implicito generale della detenzione domiciliare ordinaria, negando dunque, di fatto, la peculiarità in astratto del trattamento concernente i delitti gravi».

<sup>15</sup> Art. 15 co. 1 lett. a n. 3: «Dopo il comma 1 [dell'art. 47-ter o.p.] è inserito il seguente: “1.1.1. Nelle ipotesi di cui alle lettere a) e b) non si applica il divieto previsto all'articolo 4-bis, comma 1, sempre che non sussista il concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti”».

<sup>16</sup> Art. 15 co. 1 lett. a n. 3: «Dopo il comma 1 [dell'art. 47-ter o.p.] è aggiunto il seguente comma: “1.1.1. Nelle ipotesi di cui alle lettere a) e b) non si applica il divieto previsto all'articolo 4-bis, comma 1”».

<sup>17</sup> C. cost., sent. 12.6.2009, n. 177, commentata da C. Fiorio, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, in *GCos* 2009, 1986 ss.; 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 *CP* 2010, 470 ss.

<sup>18</sup> Cfr. L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8.3.2001 n. 40), in *LP* 2002, 561.

<sup>19</sup> Com'è noto, nell'introdurre la detenzione domiciliare speciale, il legislatore stabilì per essa una disciplina apposita in ordine alle conseguenze dell'allontanamento dal domicilio senza giustificato motivo, contenuta nell'art. 47-sexies Op: soltanto l'assenza protratta per un tempo superiore alle dodici ore comporta la punibilità ai sensi dell'art. 385 co. 1 Cp (che prevede il reato di evasione), mentre un'assenza di durata inferiore implica semplicemente che la persona sottoposta alla misura domestica speciale possa essere proposta per la revoca del beneficio. Diversamente – rilevò la Corte – la detenzione domiciliare ordinaria restava regolata dall'art. 47-ter Op, non innovato, cosicché la rilevanza penale dell'assenza continuava a riferirsi a «qualsiasi ipotesi di allontanamento dall'abitazione» (nel caso all'origine del giudizio *a quo* si trattava di un rientro con un ritardo di circa quaranta minuti).

<sup>20</sup> La sentenza n. 177 del 2009 riconobbe che deve ritenersi «manifestamente irragionevole che la madre di prole di età non superiore ad anni dieci, che abbia da scontare una pena pari o inferiore a quattro anni, subisca un trattamento sanzionatorio, per l'ipotesi di ritardo nel rientro nel domicilio, più severo di quella che, in uguali condizioni, abbia ancora da espiare una pena di durata maggiore». Nel segno

affiorare le consuete rassicurazioni sul piano delle esigenze di difesa sociale – nell'economia complessiva di quest'ultimo beneficio la più favorevole disciplina riferita alle conseguenze dell'allontanamento dal domicilio senza giustificato motivo trova un «necessario complemento» nella «previa valutazione dell'inesistenza del rischio concreto che il soggetto ammesso alla misura possa commettere altri delitti» quale presupposto (negativo) per la sua concessione. Ne derivò un dispositivo nel quale l'estensione del regime di punibilità dell'allontanamento dal domicilio già previsto per il beneficio speciale s'accompagna all'esplicito riferimento all'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» come presupposto condiviso anche dalla detenzione domiciliare ordinaria<sup>21</sup>.

L'insostenibilità costituzionale della soccombenza *ex lege* del “superiore” interesse del minore alle cure genitoriali, ripetutamente riconosciuta dal Giudice delle leggi, ridimensiona, nel settore dei benefici penitenziari specificamente rivolti a madri (e padri), l'impatto di politiche che propugnano vincoli al mantenimento dell'esecuzione intramuraria fondati su automatismi *contra reum*, servendosene come strumento di un più generale disegno carcerocentrico. L'adesione ad un'impostazione di quest'ultimo genere ha indotto, lo scorso 27 settembre, il Consiglio dei Ministri ad approvare in esame definitivo una riforma dell'ordinamento penitenziario che evita di attuare la delega varata nella precedente legislatura (fra l'altro) nella parte rivolta a contenere gli automatismi ostativi alla fruibilità delle misure alternative alla detenzione in carcere. Arrestatosi il legislatore, nell'ambito dei benefici penitenziari dedicati ai genitori sono comunque prevedibili passi ulteriori da parte della Corte costituzionale (lo si vedrà meglio fra poco).

Com'è stato ricordato, in linea generale, «i numerosi attacchi portati all'art. 4 bis della l. 26.7.1975, n. 354, ed alle norme che fondano preclusioni sul catalogo inserito nella disposizione, hanno avuto successo solo occasionale»<sup>22</sup>, mentre – l'abbiamo visto

---

del superamento di un trattamento diverso – e deteriore – nei confronti della coppia madre-figlio nel caso di sottoposizione della donna alla detenzione domiciliare ordinaria invece che speciale si muoveva lo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario risalente al 22 dicembre 2017, là dove prospettava di estendere anche alla prima misura la possibilità di prolungamento della tutela oltre il decimo compleanno del figlio, già prevista a favore delle madri ammesse al beneficio speciale *ex art. 47-quinquies* Op (sul punto non si riscontravano modifiche nello schema approvato dal Consiglio dei Ministri in secondo esame preliminare il 16 marzo 2018): nel senso della totale incomprendibilità della «scelta di consentire la proroga del regime alternativo per chi sia stato ammesso alla detenzione “speciale” e non per chi sia stato ammesso alla detenzione “comune”» v. L. Cesaris, *sub art. 47-quinquies* Op, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, Padova 2015, 607. Si tratta, tuttavia, di una parte del progetto riformistico infine arenatasi in ragione del complessivo abbandono delle direttive volte ad ampliare il ricorso alle misure alternative alla detenzione in carcere seguito ai risultati elettorali della scorsa primavera.

<sup>21</sup> La sentenza n. 177 del 2009 dichiarò incostituzionale l'art. 47-ter co. 1 lett. a, seconda parte, e 8 Op, «nella parte in cui non limita la punibilità ai sensi dell'art. 385 del codice penale al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito dall'art. 47-sexies, comma 2, della suddetta legge n. 354 del 1975, sul presupposto, di cui all'art. 47-quinquies, comma 1, della medesima legge, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti».

<sup>22</sup> G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 7.1.2014, 2, nota 3.

– nel settore specifico dei benefici diretti in primo luogo a tutelare i figli delle persone condannate si registra un susseguirsi di pronunce di accoglimento “seriali”<sup>23</sup>. Nella sede cautelare, invece, è stata – ed è ancora oggi – la «regola di particolare rigore garantistico» contenuta sin dall’origine nell’art. 275 co. 4 Cpp<sup>24</sup> a “neutralizzare”, in funzione di tutela della maternità e dell’infanzia, l’operatività di presunzioni fondanti il ricorso alla misura carceraria<sup>25</sup>. Essa consente di prescindere dalle note oscillazioni – normative e giurisprudenziali – che hanno segnato la storia del comma precedente poiché esclude in radice che possa risultarne esclusa la necessità di un positivo accertamento della concreta sussistenza di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» quale presupposto della custodia cautelare in carcere a carico – per quanto interessa in questa sede – di donne in gravidanza o madri di figli nell’età dell’infanzia (attualmente, in via residuale, anche di padri)<sup>26</sup>.

Ad oggi gli artt. 3, 13 co. 1 e 27 co. 2<sup>27</sup> Cost. hanno indotto il Giudice delle leggi a circoscrivere significativamente lo spazio disponibile per la previsione di ipotesi di rilevazione presuntiva del fondamento cautelare della misura carceraria (ed il legislatore – com’è noto – ne ha preso atto). Tale operazione di ridimensionamento incontra comunque un duplice limite: per un verso, la Corte riconosce «lo stabile inserimento in una organizzazione criminale con caratteristiche di spiccata pericolosità» come «elemento che è in grado di rendere costituzionalmente compatibile la presunzione assoluta» di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere<sup>28</sup>; per altro verso, là dove tale elemento non sia ravvisabile, è ricorrente l’identificazione della fonte della lesione recata agli artt. 3, 13 co. 1 e 27 co. 2 Cost. non nella presunzione in sé, bensì nel suo carattere assoluto, mentre – ripete la Corte – «la previsione [...] di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria

---

<sup>23</sup> Anche in un ambito diverso – quello delle pene accessorie – si è potuto riscontrare l’irrompere del “superiore” interesse del figlio minore come elemento differenziale rilevante ai fini della tenuta costituzionale di automatismi *contra reum* innestati nel sistema sanzionatorio: v. G. Leo, *Automatismi sanzionatori*, cit., 8 s.

<sup>24</sup> M. Chiavario, *sub art. 275 Cpp*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, III, Torino 1990, 70.

<sup>25</sup> V. E. Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *DigDPen*, VIII, Torino 1994, 74.

<sup>26</sup> In giurisprudenza v. Cass., 16.1.2008, n. 5840, C.A., in *DeJure*; Cass., 16.3.2012, n. 11714, Ruoppolo, in *CEDCass.*, m. 252534. In dottrina, recentemente, R. Adorno, *La vicenda cautelare: presupposti e criteri di scelta delle misure di libertate*, in *Donne e carcere*, a cura di D. Pajardi, R. Adorno, C.M. Lendaro e C.A. Romano, Milano 2018, 66; 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* 2015, 121 ss.

<sup>27</sup> Sul carattere «particolarmente innovativo» dell’inserimento (già nel *leading case* rappresentato da C. cost., sent. 21.7.2010, n. 265) dell’art. 27 co. 2 Cost. tra i parametri violati nel contesto di un sindacato concernente la conformazione delle misure cautelari, v. L. Scomparin, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in *GCos* 2011, 3733.

<sup>28</sup> Così, per tutte, C. cost., sent. 26.3.2015, n. 48, commentata da E. Aprile, *La presunzione assoluta di pericolosità non opera neppure per l’indagato per concorso esterno in associazione mafiosa*, in *CP* 2015, 2240 ss.; L. Calò, *Repetita iuvant: il carcere cautelare obbligatorio per legge, tra Corte costituzionale e legislatore*, in *GCos* 2015, 979 ss.

– atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio, suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario – non eccede i limiti di compatibilità costituzionale»<sup>29</sup>. Tuttavia, quando, in virtù della condizione di genitore (madre innanzitutto) della persona sottoposta al procedimento penale, l'intervento cautelare è destinato a sacrificare, insieme alla sua libertà personale, anche il diritto del figlio a riceverne le cure in un ambiente idoneo, è stato il legislatore stesso a rimanere fermo nel riconoscimento della necessità di un positivo accertamento dell'irrinunciabilità della custodia intramuraria nel caso concreto, gravando il giudice di un onere di motivazione accentuato sulle esigenze cautelari <sup>30</sup>. Del resto, nella materia dell'esecuzione delle pene detentive, proprio la protezione dovuta al "superiore" interesse del minore ha infine spianato la strada al deciso avanzare della Corte costituzionale a scapito degli automatismi *contra reum* nel settore dei benefici specificamente rivolti a madri (e padri).

A fronte della regola garantistica contenuta nell'art. 275 co. 4 Cpp gli interrogativi – anche sul piano della sostenibilità costituzionale – si raccolgono piuttosto intorno ad un altro elemento di "rigidità", "nemico" della discrezionalità giudiziale, introdotto su un piano diverso da quello dell'accertamento concernente sussistenza ed intensità delle esigenze cautelari. Il riferimento è all'adozione di una certa età della prole (oggi innalzata sino al sesto compleanno) come limite convenzionale (peraltro inferiore a quello rilevante in sede di esecuzione delle pene detentive) oltre il quale il figlio è invariabilmente destinato a perdere la "speciale protezione" offerta dal quarto comma dell'art. 275 Cpp, anche se, ancora minore o per una condizione personale particolarmente avversa, in concreto dipenda dal genitore per il suo benessere psico-fisico. È questo l'elemento di "rigidità" della disciplina sul quale la Corte costituzionale è stata interpellata, fino ad ora senza successo. Le questioni specificamente rivolte contro la mancata tutela dei figli disabili non sono state affrontate nel merito<sup>31</sup>. Invece l'"attacco" portato alla limitazione *a priori* della tutela ai soli minori d'età non superiore a sei anni è stato respinto. In occasione della sentenza n. 17 del 2017 la Corte costituzionale ha infatti negato che

<sup>29</sup> Fra le molte, C. cost., sent. 29.3.2013, n. 57, commentata da R. Adorno, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*, in *GCos* 2013, 2408 ss.; E. Aprile, *La Consulta torna a definire i presupposti applicativi della presunzione assoluta di cui all'art. 275, comma, 3 c.p.p.*, in *CP* 2013, 2588 ss.; A. Marandola, *Sull'(in)adeguatezza della custodia intramuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero il punto di "non ritorno" degli automatismi in sede cautelare*, in *GCos* 2013, 885 ss.

<sup>30</sup> Cfr. già M. Chiavario, *sub art. 275 Cpp*, cit., 70.

<sup>31</sup> V. Corte cost., ord. 22 luglio 2011, n. 239 (che ha ordinato la restituzione degli atti al giudice rimettente); Corte cost., ord. 27 luglio 2011, n. 250 (che, ravvisando un'insufficiente descrizione della fattispecie all'esame del giudice *a quo*, nonché un *petitum* «oscuro, o comunque segnato dalla prospettiva di soluzioni alternative», ha infine dichiarato manifestamente inammissibile la questione sollevata); Corte cost., ord. 5 giugno 2015, n. 104 (a sua volta sfociata in una declaratoria di manifesta inammissibilità delle questioni proposte «sia per l'incompiuta descrizione della fattispecie concreta [...], sia per l'indeterminatezza del *petitum*»). Sul punto, G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive*, cit., § 2.2.2.



«l'individuazione normativa del limite dei sei anni di età del minore per l'applicazione del divieto di custodia cautelare in carcere» possa «essere accostata alle presunzioni legali assolute che comportano l'applicazione di determinate misure o pene sulla base di un titolo di reato, con l'effetto di impedire al giudice di tenere conto delle situazioni concrete o delle condizioni personali del destinatario della misura o della pena»<sup>32</sup>. In essa il Giudice delle leggi ha ravvisato, invece, un limite non manifestamente irragionevole all'espandersi della tutela dell'interesse del minore a godere della presenza genitoriale in un contesto idoneo a scapito degli interessi contrapposti, sottesi alla carcerazione materna (o, eventualmente, paterna). Nel tessuto argomentativo della pronuncia appena citata si scorge peraltro una "saldatura" fra l'"oggettività" del parametro rappresentato dall'età del figlio e, là dove vengano in rilievo organizzazioni criminali con caratteristiche di spiccata pericolosità, il risvolto "tutelante", nei confronti della magistratura, della sottrazione di discrezionalità determinata dal ricorso ad una presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere. Il caso all'origine della questione di costituzionalità sollevata riguardava infatti un'imputata per il delitto di cui all'art. 416-bis Cp, madre di una figlia giunta al sesto compleanno (e già priva del padre, a sua volta sottoposto alla custodia cautelare in carcere per lo stesso reato). In presenza di una tale imputazione, il compimento del sesto anno di vita si configura come uno spartiacque tra una fase (antecedente), nella quale è comunque richiesto un positivo accertamento in concreto di esigenze cautelari eccezionalmente rilevanti per giustificare la carcerazione materna, che altrimenti deve cedere il passo ad una misura meno gravosa, ed un'altra (successiva), nella quale l'adeguatezza della sola custodia intramuraria diviene oggetto di una presunzione assoluta, che non lascia spazio alla scelta di una diversa misura, idonea a salvaguardare il rapporto madre-figlio<sup>33</sup>. Nella prospettiva della Corte costituzionale, la predeterminazione *ex lege* di un limite convenzionale per l'accesso a misure cautelari extracarcerarie ancorato all'esigenza di tutelare la relazione genitoriale costituirebbe «un efficace usbergo della serenità del giudice, chiamato a delicate decisioni, in special modo nei casi relativi a gravi delitti di criminalità organizzata»; e ciò attraverso l'automatico ripristino, al sesto compleanno della prole, del meccanismo presuntivo di cui all'art. 275 co. 3 Cpp, quale riparo del magistrato (limitato nella sua discrezionalità) dalle pressioni esercitabili dal crimine organizzato<sup>34</sup>, anche attraverso un uso strumentale della maternità (o della paternità).

3. Nella fase dell'esecuzione delle pene detentive, gli interventi censori del Giudice delle leggi hanno avvicinato, sotto più profili, la detenzione domiciliare

---

<sup>32</sup> C. cost., sent. 24.1.2017, n. 17, commentata da E. Andolfatto, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.*, in *DirPenCont* 2017, n. 3, 286 ss.

<sup>33</sup> Cfr. G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive*, cit., § 2.1. s.

<sup>34</sup> Per una riflessione sui limiti alla discrezionalità in materia cautelare come «riparo» del magistrato da «intuibili condizionamenti» potenzialmente provenienti dalla criminalità più pericolosa, v. già M. Chiavario, *Problemi attuali della libertà personale. Tra «emergenze» e «quotidiano» della giustizia penale*, Milano 1985, 147 s.

speciale e quella ordinaria, ove analogamente destinata all'accudimento della prole fino al decimo compleanno. Ne è venuto anche un maggior grado di omogeneità con le ipotesi di restrizione domestica riservate alle donne con figli in tenerissima età. In particolare, si è ridotto lo scarto fra la portata della tutela contro la carcerazione materna offerta, da un lato, ai bambini più piccoli, entro il terzo di anno di vita, e, dall'altro, ai figli della condannata che abbiano ormai superato la prima infanzia. È noto, infatti, che i primi possono beneficiare della concessione alla madre della detenzione domiciliare alle stesse condizioni stabilite per il rinvio (obbligatorio o facoltativo) dell'esecuzione della pena detentiva (art. 47-ter co. 1-ter Op): dunque, senza patire le conseguenze di automatismi *contra reum* radicati nella natura del reato commesso dalla genitrice o nella specie o quantità della sanzione espianda (artt. 146 e 147 Cp)<sup>35</sup>.

Ad una più spiccata omogeneità interna alla categoria dei benefici prioritariamente finalizzati all'accudimento della prole corrisponde l'esigenza di differenziarne il trattamento rispetto a quelli esclusivamente risocializzanti. La Corte costituzionale è stata quanto mai esplicita sul punto nel suo ultimo intervento in materia, che l'ha portata a soffermarsi sull'applicabilità all'assistenza all'esterno dei figli minori delle condizioni già previste per l'accesso al lavoro extramurario. La sentenza n. 174 del 2018 individua in questi termini il cuore della questione: occorre dire «se sia costituzionalmente corretto che i requisiti previsti per ottenere un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto tra madre e figli in tenera età [nella specie l'assistenza all'esterno dei figli minori] siano identici a quelli prescritti per l'accesso al diverso beneficio [...] esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato, senza immediate ricadute su soggetti diversi da quest'ultimo [il lavoro all'esterno]». La risposta è negativa.

4. La questione era stata sollevata da un magistrato di sorveglianza chiamato a provvedere a norma dell'art. 35-bis Op sul reclamo avanzato da una madre ristretta in espiazione di una pena detentiva, la quale si era vista negare l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori dall'amministrazione penitenziaria, donde «un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei [suoi] diritti» (art. 69 co. 6 lett. b Op). Il beneficio non era stato concesso poiché la donna non aveva ancora maturato la quota minima di pena scontata che l'art. 21 co. 1 Op richiede affinché l'assegnazione al lavoro extramurario possa essere disposta nei confronti di persona condannata alla reclusione per uno dei delitti elencati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis Op, eccetto il caso di attiva collaborazione con la giustizia nei termini dell'art. 58-ter Op: la quota corrisponde – com'è noto – ad «almeno un terzo della pena e, comunque, [...] non oltre cinque anni». Quando introdusse l'assistenza all'esterno dei figli minori, la l. 8.3.2001, n. 40, stabilì che il “nuovo” beneficio mutuasse le condizioni di accesso ed il regime generale (in quanto compatibile) del lavoro extramurario, compresi, dunque, i limiti

---

<sup>35</sup> Cfr. R. Mastrototaro, *La detenzione domiciliare*, in *Donne e carcere*, cit., 113 ss.

ostativi nei confronti della reclamante, appartenente alla categoria dei condannati che scontano la pena per taluno dei reati indicati nel primo comma dell'art. 4-*bis* Op.

Nella condivisione dei requisiti previsti per ottenere il lavoro all'esterno s'annidavano, appunto, i vizi sottoposti all'attenzione del Giudice delle leggi, appuntati sulla sussistenza di «una presunzione assoluta di immeritevolezza», albergante «disarmonicamente» nel settore dei benefici prioritariamente indirizzati alla tutela dei bambini della persona condannata, così come “rimodellato” dalla giurisprudenza costituzionale<sup>36</sup>.

4.1. Anche in quest'ultimo frangente l'interferenza, stabilita per legge, delle dinamiche relative alla collaborazione con la giustizia nella fruibilità di una risorsa extramuraria orientata in via principale alla salvaguardia della prole è stata oggetto di una censura – radicale – ad opera della Corte costituzionale.

Come si diceva, si discuteva in tal caso dell'assistenza all'esterno dei figli d'età non superiore a dieci anni, ossia di uno strumento parzialmente decarcerizzante, che consente al genitore (alle madri innanzitutto) di trascorrere periodi di tempo predeterminati al di fuori dell'istituto penitenziario per la cura dei bambini. Ed il rimettente appuntava l'attenzione – e le doglianze – sull'esclusione dal beneficio della persona condannata alla reclusione per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* Op che non abbia ancora espiato almeno un terzo della pena: esclusione operante *ex lege*, in forza del rinvio alle condizioni previste per il lavoro extramurario, e superabile attraverso una collaborazione effettiva con la giustizia.

La sentenza n. 174 del 2018 ha dichiarato incostituzionale tale condivisione della disciplina del lavoro all'esterno: è stata infatti espunta dall'ordinamento penitenziario la subordinazione dell'accesso all'assistenza extramuraria dei figli minori «alla previa espiazione di una frazione di pena», gravante sulle «detenute condannate alla [...] reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, della legge n. 354 del 1975 [...], salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-*ter* della medesima legge». È così caduta la necessaria posticipazione dell'accesso all'assistenza all'esterno della prole nei confronti del genitore condannato alla reclusione per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* Op non utilmente collaborante con la giustizia, vuoi per scelta vuoi per la presenza di condizioni oggettivamente ostative alla collaborazione.

Ma la Corte costituzionale sembra essersi spinta oltre. Il dispositivo, infatti, non si riferisce (eliminandola) soltanto all'esclusione di una fruibilità *immediata* del beneficio connessa all'assenza di un'utile collaborazione con la giustizia nei termini dell'art. 58-*ter* Op. La censura si rivolge pure all'impossibilità *tout court* di accedere all'assistenza all'esterno dei figli d'età non superiore ai dieci anni in assenza di collaborazione, ossia al divieto operante «quand'anche la condannata abbia scontato una parte della pena», secondo quanto si precisa nella motivazione. Com'è noto, si tratta del regime applicabile alle persone non collaboranti che scontano la sanzione per uno dei reati compresi nella “prima fascia” dell'art. 4-*bis* Op (co. 1): dopo aver

---

<sup>36</sup> Mag. Sorv. Lecce, ord. 22.5.2017, in *G.U.* 18.10.2017, n. 42.

consumato la quota iniziale della pena, costoro restano comunque esclusi dal lavoro extramurario, con l'unica differenza che, raggiunta la soglia *de qua*, il beneficio diventa fruibile anche nelle situazioni tipizzate dal comma 1-bis dell'art. 4-bis stesso, riconducibili ai casi di collaborazione inesigibile, impossibile oppure oggettivamente irrilevante. Se la declaratoria d'incostituzionalità non si fosse estesa a tale genere di preclusione, là dove riferita all'assistenza all'esterno della prole, i genitori di "prima fascia" non collaboranti ai sensi dell'art. 58-ter Op avrebbero visto cessare soltanto lo sbarramento all'immediato accesso al beneficio nelle tre ipotesi appena evocate (collaborazione inesigibile, impossibile, oggettivamente irrilevante), mentre la scelta di non collaborare sarebbe per loro sopravvissuta come causa ostativa indifferente allo scorrere del tempo. Ma così non sembra essere.

La sentenza n. 174 del 2018 afferma che, «qualunque sia la scelta della madre detenuta in punto di collaborazione con la giustizia, la disposizione censurata esibisce un contenuto normativo in contrasto con l'art. 31, secondo comma, Cost.», che impegna la Repubblica alla protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù. Ne emerge la volontà di censurare tutte le ipotesi che finiscono «per subordinare l'accesso all'assistenza all'esterno al figlio minore ad una scelta in tema di collaborazione con la giustizia, in palese contrasto con quanto affermato [...] nella sentenza n. 239 del 2014». Viene dunque espunta non soltanto la subordinazione ad un'utile condotta collaborativa dell'immediato accesso al beneficio per le persone condannate per uno dei delitti dell'art. 4-bis Op. Inoltre, cade la portata in sé ostativa alla fruibilità dell'assistenza extramuraria attribuita *ex lege* alla scelta non collaborativa dei genitori condannati per un reato di "prima fascia" quand'anche sia stata scontata la prima frazione della pena. Pertanto, la sentenza n. 174 del 2018 parrebbe infine determinare l'espunzione dell'assistenza extramuraria della prole dal novero dei benefici sottoposti alla disciplina restrittiva dettata dal primo comma dell'art. 4-bis Op per i delitti ivi elencati, manifestando una censura radicale nei confronti dell'interferenza ostativa delle dinamiche relative alla collaborazione con la giustizia nell'applicabilità del beneficio. In tal modo si raggiunge oggi il risultato che già si sarebbe potuto ottenere, secondo alcuni commentatori<sup>37</sup>, in occasione della sentenza n. 239 del 2014 attraverso una sottrazione al regime restrittivo stabilito dall'art. 4-bis co. 1 Op estesa, in via consequenziale, anche all'assistenza all'esterno dei figli minori (oltre che alla detenzione domiciliare dedicata ai genitori).

Il recente intervento della Corte costituzionale ha superato la disarmonia sistematica, denunciata dal rimettente, che si era creata in seguito alle precedenti sentenze del 2014 e del 2017 in tema di detenzione domiciliare destinata ai genitori di bambini entro il decimo anno di vita. Infatti, rispetto all'accesso all'assistenza extramuraria della prole, permanevano ormai ostacoli non contemplati, invece, per le varie forme di restrizione domestica indirizzate a madri (ed eventualmente padri): da tempo i genitori possono potenzialmente fruire sin dall'inizio della misura domestica senza che la natura del reato commesso lo impedisca per legge, né in termini assoluti

---

<sup>37</sup> V. L. Cesaris, *sub art. 47-quinquies Op*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 603; M.R. Marchetti, *sub art. 21-bis Op*, *ivi*, 295.

né in abbinamento con l'assenza di una collaborazione attiva con la giustizia o di una situazione normativamente equipollente.

In verità, la disarmonia non è stata eliminata del tutto. Il dispositivo della sentenza n. 174 del 2018 si riferisce infatti alle «detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, della legge n. 354 del 1975». Restano pertanto escluse le ergastolane. Per loro il rinvio alle condizioni previste per l'assegnazione al lavoro all'esterno comporta che la fruibilità dell'assistenza extramuraria della prole sia posticipata sino all'espiazione di almeno dieci anni. Si tratta, evidentemente, di una soglia temporale che, imposta a benefici fruibili fino al decimo compleanno del figlio, limita drasticamente l'utilità degli stessi, poiché tende a destinarli alle donne che diventino madri nel corso dell'esecuzione<sup>38</sup>. In origine, nel caso di condanna alla pena perpetua, anche la detenzione domiciliare speciale era potenzialmente fruibile soltanto dopo l'espiazione di una parte della pena, più consistente, pari ad almeno quindici anni. Tale rigido sbarramento temporale è però successivamente venuto meno. Nei confronti dei condannati "comuni" esso cadde già per effetto della l. 21.4.2011, n. 62, alla quale si deve la possibilità di un accesso immediato non soltanto alla custodia attenuata presso istituti o sezioni appositamente dedicati (gli I.C.A.M.), ma anche alla detenzione extramuraria «se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga» (art. 47-quinquies co. 1-bis Op). Poi, in virtù della sentenza costituzionale n. 76 del 2017, la necessità di attendere invariabilmente l'espiazione di almeno quindici anni è tramontata, altresì, per le ergastolane dell'art. 4-bis Op: anche queste madri, in astratto, possono ora accedere alla misura domestica sin dall'inizio per accudire i figli d'età non superiore a dieci anni. Tuttavia, altrettanto non vale – ed ecco la perdurante disarmonia sistematica – per l'assegnazione all'assistenza extramuraria della prole. Infatti, anche dopo la sentenza n. 174 del 2018, essa resta subordinata *ex lege* alla previa espiazione di almeno dieci anni, in virtù del rinvio all'art. 21 Op, che si riferisce genericamente alle persone condannate all'ergastolo (più frequentemente si tratterà comunque di condanne per uno dei delitti compresi nell'art. 4-bis Op<sup>39</sup>).

La recente pronuncia costituzionale incide sui presupposti per l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori, non esclusa l'ipotesi di concessione al compimento del decimo anno d'età del figlio della persona già ammessa alla detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies co. 8 lett. b Op). Infatti, in seguito alla sentenza n. 174 del 2018, nei confronti delle condannate alla reclusione per uno dei delitti indicati nell'art. 4-bis Op, neppure in tal caso sussisteranno più i limiti all'accesso mutuati dal lavoro all'esterno e connessi al titolo del reato per il quale il genitore sconta la pena nonché alla posizione rispetto alla collaborazione con la giustizia (invero, tale conclusione era già stata adombrata in via interpretativa<sup>40</sup>).

Rimane fermo, però, che la possibilità di proroga della detenzione domiciliare speciale oltre il decimo compleanno del figlio è subordinata *ex lege* alla ricorrenza dei

---

<sup>38</sup> V. M.R. Marchetti, *sub art. 21-bis Op*, cit., 295.

<sup>39</sup> V. L. Degl'Innocenti e F. Faldi, *I benefici penitenziari*, Milano 2014, 82.

<sup>40</sup> Cfr. L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*, cit., 560.

«requisiti per l'applicazione della semilibertà di cui all'articolo 50, commi 2, 3 e 5» Op (art. 47-*quinquies* co. 8 lett. a Op). Pertanto, eccetto il caso di condanna per un reato non compreso nel primo comma dell'art. 4-*bis* Op e pena residua entro il limite che in astratto consentirebbe l'affidamento in prova al servizio sociale, il genitore, per il resto, sarà soggetto a soglie temporali predeterminate: potrà accedere alla proroga «soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena ovvero, se si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis*, di almeno due terzi di essa» (art. 50 co. 2 Op). A norma dell'art. 58-*ter* Op, l'accesso alla semilibertà si sottrae al limite di pena concernente le persone condannate per uno dei reati dell'art. 4-*bis* Op in caso di effettiva collaborazione con la giustizia. Al riguardo si noti come la circostanza che la madre (o il padre) che sconta la pena per un reato di “prima fascia” (art. 4-*bis* co. 1 Op), ed aspira alla proroga della misura domestica speciale, l'abbia già originariamente ottenuta non comporti che la condizione *de qua* si sia avverata. Infatti, in seguito alla sentenza n. 239 del 2014, non è più imprescindibile la sussistenza della collaborazione con la giustizia (o di una situazione normativamente equipollente) affinché la detenzione domiciliare speciale possa essere concessa. Infine, il genitore ergastolano potrà accedere alla proroga soltanto «dopo aver espiato almeno venti anni di pena» (art. 50 co. 5 Op).

Dunque, la possibilità di una proroga della detenzione domiciliare speciale rimane subordinata al raggiungimento di soglie temporali fissate *ex lege*, articolate sulla base di indici quali il titolo del reato per cui il genitore sconta la pena, la sua posizione in punto di collaborazione con la giustizia, la specie della pena inflittagli<sup>41</sup>. Come si ricordava poco sopra, in origine anche il primo accesso alla misura era consentito soltanto dopo la consumazione di una certa parte della sanzione. Oggi, invece, non è più così, la detenzione domiciliare speciale è potenzialmente accessibile sin dall'inizio. Pertanto, può presentarsi più frequentemente il caso di un genitore che, dopo aver ottenuto precocemente il beneficio domestico, venga poi “sorpreso” dal decimo compleanno del figlio quando ancora non ha espiato la quota di pena necessaria per la proroga.

Quest'ultima – al pari dell'accesso originario alla misura – è prioritariamente finalizzata alla protezione del minore. In particolare, essa mira ad offrirgli «una tutela prolungata nel tempo, in modo che la madre lo possa accompagnare nel delicato passaggio dall'infanzia all'adolescenza»<sup>42</sup>. Ma l'interesse del minore alle cure genitoriali non può soccombere se non all'esito di un bilanciamento in concreto con le esigenze contrapposte. Pertanto, la subordinazione della proroga della detenzione domiciliare speciale alle soglie di pena stabilite per la semilibertà parrebbe un ulteriore tassello che deve essere rimosso. Ma la Corte costituzionale non può che procedere facendo un passo alla volta.

In effetti, il rinvio, in seno alla disciplina di una misura prioritariamente diretta alla salvaguardia del rapporto fra madre e figlio (qual è la detenzione domiciliare speciale), ai requisiti per l'applicazione di un beneficio eminentemente risocializzante

<sup>41</sup> V. L. Cesaris, *sub art. 47-quinquies Op*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 607.

<sup>42</sup> M. Ruaro, *Detenzione domiciliare speciale per detenute madri: la concessione ad Annamaria Franzoni passerà attraverso una perizia psico-criminologica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 22.1.2014.

(come la semilibertà) contraddice l'esigenza di trattare diversamente situazioni differenti<sup>43</sup>.

La giurisprudenza costituzionale citata, nel suo complesso, restituisce infatti l'immagine degli istituti penitenziari specificamente dedicati ai genitori come componenti di un sistema nel quale l'irrompere dell'esigenza di tutelare «un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, qual è il minore»<sup>44</sup>, segna una differenza rispetto agli altri benefici che non consente un trattamento indistinto. In particolare – lo si è già ricordato – la necessaria considerazione del “superiore” interesse del minore, sebbene non implichi in sé la soccombenza delle contrapposte istanze di difesa sociale, risulta però esigere un'emarginazione più decisa degli indici presuntivi *contra reum* rispetto a quanto appaia invece tollerabile in seno ai benefici penitenziari esclusivamente orientati alla rieducazione<sup>45</sup>.

5. L'inerzia del legislatore, talvolta, rischia di lasciar sopravvivere anche previsioni la cui illegittimità è già inscritta nella *ratio* della giurisprudenza costituzionale. Non sempre l'interpretazione conforme può soccorrere o non sempre può soccorrere assicurando un sufficiente grado di certezza. Nella passività del legislatore, bisogna attendere che sia la Corte costituzionale ad intervenire di nuovo<sup>46</sup>, sollecitata da una questione idonea a provocare un esame nel merito. Non è nemmeno escluso che l'intervento stesso del Giudice delle leggi generi disparità di trattamento

---

<sup>43</sup> Una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la disciplina della proroga della detenzione domiciliare speciale, che rinvia ai requisiti di pena previsti per l'applicazione della semilibertà, così differenziando le condizioni per l'accesso alla proroga da quelle per l'originaria ammissione alla misura, non ha superato il vaglio sulla rilevanza in occasione di Cass., 28.11.2017, n. 56733, Pangallo, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>44</sup> V. C. cost., sent. n. 76/2017, cit.

<sup>45</sup> Se l'attribuzione per legge, a certe dinamiche relative alla collaborazione con la giustizia, di efficacia ostativa alla fruibilità di un beneficio prettamente risocializzante non risulta in sé censurabile, lo diventa invece – lo si è ricordato poco sopra – in rapporto ad una misura finalizzata in primo luogo alla tutela della prole minorenni della persona condannata (sentenza n. 239 del 2014 ed anche sentenza n. 174 del 2018). Analogamente, si è visto come sia stata censurata la predeterminazione di una parte dell'espiazione della pena detentiva invariabilmente indifferente alle esigenze del minore, figlio della persona condannata, in considerazione della natura del reato commesso da quest'ultima (sentenza n. 76 del 2017). Recentemente, peraltro, è stata espunta dall'ordinamento un'altra e diversa soglia temporale rigida, riferita all'accesso ai benefici indicati nel primo comma dell'art. 4-bis Op: almeno ventisei anni per i condannati all'ergastolo per i delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione oppure di estorsione che abbiano cagionato la morte della vittima (art. 58-*quater* co. 4 Op). Non si discuteva, qui, di tutela del “superiore” interesse del minore. La soglia *de qua* è stata sì eliminata, ma all'esito di un esame assai articolato circa la sua struttura e la sua portata, che ne ha messo in evidenza l'unicità in rapporto ad una pluralità di benefici diversi, l'insensibilità alle detrazioni di pena a titolo di liberazione anticipata, la particolare estensione temporale: C. cost., sent. 11.7.2018, n. 149 (per un commento v. E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo [e di rieducazione del condannato]*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 18.7.2018).

<sup>46</sup> Sui limiti fisiologici dell'azione della Corte costituzionale, cfr. F. Della Casa, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 25.6.2018.

rispetto a fattispecie rimaste estranee allo scrutinio di legittimità. Recentemente, proprio una pronuncia relativa all'ordinamento penitenziario ha ricordato che, «tuttavia, tale consapevolezza non può costituire ostacolo alla dichiarazione di illegittimità della disciplina [...] esaminata; e ciò in base al costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui anche se “[q]ualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici[,] questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale” nell’ambito del sistema (sentenza n. 317 del 2009). Spetterà al legislatore individuare gli opportuni rimedi alle eventuali disparità di trattamento che si dovessero produrre in conseguenza della [...] pronuncia» d’incostituzionalità<sup>47</sup>.

Nel settore specifico dei benefici penitenziari funzionali alla tutela dei figli della persona condannata, poco sopra si è visto come il Giudice delle leggi ne abbia scolpito la refrattarietà agli automatismi *contra reum*, in quanto incompatibili con la protezione dovuta al “superiore” interesse del minore alle cure genitoriali. Tuttavia, nell’inerzia del legislatore, il loro smantellamento è stato diluito negli anni ed ancora non parrebbe concluso. Grazie allo strumento dell’illegittimità consequenziale, la sentenza n. 239 del 2014 poté sottrarre all’efficacia ostativa della mancanza della collaborazione con la giustizia (nonché di situazioni normativamente equipollenti) entrambe le forme di detenzione domiciliare, speciale e pure ordinaria, disponibili per tutelare i bambini fino al decimo compleanno<sup>48</sup>. In seno alla prima restava però in piedi il divieto, in tal caso addirittura assoluto, di accordare alle madri condannate per taluno dei delitti dell’art. 4-bis Op la detenzione extramuraria, o anche soltanto la custodia attenuata presso appositi istituti (o sezioni) penitenziari, nella prima parte dell’esecuzione della pena detentiva. Infatti – si legge nella sentenza n. 239 del 2014 – «va segnalato che tale autonoma limitazione – stabilita da una norma distinta da quella censurata – resta estranea all’odierno scrutinio di legittimità costituzionale, il quale verte sul solo divieto di concessione della detenzione domiciliare speciale dopo l’espiazione della quota preliminare di pena: istanza sulla quale il Tribunale rimettente si trova, in concreto, chiamato a decidere». Si sono dovuti attendere quasi tre anni perché la sentenza n. 76 del 2017 eliminasse anche il divieto *de quo*.

Infine, pure gli automatismi ostativi all’accesso all’assistenza all’esterno dei figli minori sono stati finalmente raggiunti da una declaratoria d’incostituzionalità.

Come si è detto, il cammino della Corte costituzionale non pare ancora terminato, al contrario di quello del legislatore verso il contenimento degli automatismi *contra reum* e la riforma del sistema delle misure alternative delineati nella delega penitenziaria contenuta nella l. 103/2017. Anzi, arrestatosi il percorso riformatore, non dovrebbe essere molto lontano, invece, un nuovo intervento del Giudice delle leggi nel settore degli istituti dedicati a salvaguardare il rapporto fra

---

<sup>47</sup> C. cost., sent. n. 149/2018, cit.

<sup>48</sup> «La dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria prevista dall’art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della legge n. 354 del 1975: ciò, per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espriare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore in parte *qua*».



genitori detenuti e figli minori. Durante l'estate, infatti, mentre l'abrogazione – fra l'altro – dei primi tre commi dell'art. 58-*quater* o.p.<sup>49</sup> tramontava con lo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato dal nuovo Consiglio dei Ministri, la Corte di cassazione sollecitava un vaglio di costituzionalità intorno alla preclusione triennale ivi prevista a carico dei condannati che abbiano subito la revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 co. 11 Op), della detenzione domiciliare (art. 47-*ter* co. 6 Op) oppure della semilibertà (art. 51 co. 1 Op)<sup>50</sup>. La censura sollevata è parziale, nel senso che colpisce la preclusione soltanto là dove essa ha per oggetto la detenzione domiciliare speciale (alla quale nel caso di specie aspira un padre ai sensi dell'art. 47-*quinquies* co. 1 e 7 Op)<sup>51</sup>. La Corte rimettente mira ad una declaratoria d'incostituzionalità nel solco di quelle già pronunciate contro la previsione di automatismi ostativi alla fruibilità di benefici penitenziari prioritariamente volti alla tutela dei figli minorenni della persona condannata: secondo la soluzione già adottata dalla sentenza n. 239 del 2014, ne auspica altresì l'estensione, in via consequenziale, alla detenzione domiciliare ordinaria prevista dall'art. 47-*ter* co. 1 lett. a e b Op.

Una questione di legittimità costituzionale riferita alla preclusione triennale stabilita dal secondo comma dell'art. 58-*quater* Op fu dichiarata manifestamente infondata dall'ordinanza n. 87 del 2004. La censura all'epoca scrutinata era ad ampio spettro, rivolgendosi al generale divieto di ammissione a determinati benefici penitenziari vigente per tre anni in seguito alla revoca di certe misure alternative. L'allora giudice *a quo* denunciava il contrasto dell'automatismo ostativo con gli artt. 3 e 27 co. 1 e 3 Cost. La questione non trovò accoglimento poiché – argomentò la Corte costituzionale – il rimettente non aveva considerato che «la preclusione triennale in esame consegue ad una revoca delle misure alternative che non è “automatica”, bensì basata su di una valutazione in concreto e caso per caso delle situazioni in cui il comportamento del condannato, contrario alla legge o alle prescrizioni, risulti incompatibile con la prosecuzione dell'affidamento in prova [...] o della detenzione domiciliare [...], ovvero delle situazioni in cui il soggetto non si palesi idoneo al trattamento in semilibertà [...]»<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> L'abrogazione *de qua* era prevista dall'art. 11 dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario risalente al 22 dicembre 2017; successivamente l'aveva confermata lo schema approvato in secondo esame preliminare il 16 marzo 2018.

<sup>50</sup> Cass., 10.7.2018, n. 32331, Giugliano, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>51</sup> Nel senso che «la detenzione domiciliare speciale [...], pur avendo un ambito di applicazione ampliato rispetto all'ipotesi di detenzione domiciliare ordinaria, non si sottrae ai divieti cui è soggetta quest'ultima, previsti dall'art. 58-*quater* [Op], e quindi non può essere concessa al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale a norma dell'art. 47, comma 11», Op, v. Cass., 1°7.2002, n. 28712, Liaci, in *CEDCass.*, m. 222098 (diversamente stanno le cose per la detenzione domiciliare concedibile in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena: Cass., 13.2.2008, n. 8993, Squeo, in *CEDCass.*, m. 238948); criticamente, F. Fiorentin, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in *Misure alternative alla detenzione*, a cura di F. Fiorentin, Torino 2012, 617 s.

<sup>52</sup> C. cost., ord. 9.3.2004, n. 87. Parecchi anni dopo, C. cost., sent. 28.5.2010, n. 189, occupandosi della preclusione triennale posta a carico dei condannati riconosciuti colpevoli di una condotta punibile ai sensi dell'art. 385 Cp, ha avallato, quale interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 58-

La nuova questione, oggi, fa valere la specificità dei benefici penitenziari che si rivolgono in via principale alla tutela del figlio minore della persona condannata attraverso la salvaguardia del suo rapporto con il genitore: l'interesse della prole a godere delle cure materne (o paterne) con continuità all'interno di un ambiente idoneo non può risultare recessivo *a priori* rispetto alle istanze contrapposte, pena la lesione degli artt. 3 co. 1, 29 co. 1, 30 co. 1 e 31 co. 2 Cost. Né la lesione potrebbe ritenersi scongiurata – sottolinea la Corte rimettente – soltanto perché l'art. 58-*quater* co. 3 Op limita la soccombenza *ex lege* dell'esigenza di protezione dell'infanzia entro un arco temporale predefinito corrispondente a tre anni, che rappresenta «un tempo assai significativo nel processo di crescita del minore di tenera età»<sup>53</sup>.

Gli argomenti spesi nell'ordinanza n. 87 del 2004 non sembrerebbero ora riproponibili: la valutazione in concreto che presiede alla revoca della semilibertà (per stare al caso all'origine della questione ora inoltrata alla Corte costituzionale), infatti, non può dirsi omogenea rispetto all'apprezzamento della singola situazione richiesto nel settore dei benefici penitenziari focalizzati sulla tutela della prole minorenni della persona condannata né la protezione dovuta all'infanzia può tollerare di rimanere “paralizzata” in attesa che trascorra un tempo ritenuto invariabilmente necessario affinché il reo possa tornare ad essere considerato affidabile<sup>54</sup>. Ora è sollecitato lo

---

*quater* co. 1 Op, la lettura per la quale il giudice chiamato a decidere se concedere o meno il beneficio deve «valutare, caso per caso, con motivazione approfondita e rigorosa, la personalità e le condotte concrete del condannato responsabile del reato di cui all'art. 385 cod. pen.». Questa interpretazione – secondo la Corte – consente «di evitare al contempo la lesione di diritti inviolabili della persona, il trattamento uguale di situazioni diverse, la vanificazione della funzione rieducativa della pena e [per quanto più rileva nella presente sede] la compromissione degli interessi della famiglia e dei figli minorenni, costituzionalmente protetti» (nel caso di specie il rimettente doveva pronunciarsi sull'istanza di concessione di una misura alternativa al carcere – affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare ordinaria o semilibertà – presentata da una condannata madre di figli minori conviventi, uno infradecenne, chiamata ad espiare una pena detentiva breve; essendo la donna priva di risorse parentali, l'espiazione inframuraria avrebbe comportato – sottolineava il giudice *a quo* – «l'ulteriore disgregazione del nucleo familiare con l'alternativa dell'ingresso in carcere dei figli minori insieme alla madre o il loro abbandono ed eventuale affidamento in mani estranee, in palese contrasto con i principi ed i valori sanciti dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione»). In giurisprudenza si è ripetutamente negato che le conclusioni raggiunte nella sentenza n. 189 del 2010 possano essere utilmente invocate per “paralizzare”, nel caso concreto, l'invariabile efficacia preclusiva della revoca della precedente misura alternativa: a ciò osterebbe il fatto, già valorizzato dall'ordinanza n. 87 del 2004, che la revoca, assunta dall'art. 58-*quater* co. 2 Op quale fattore rigidamente preclusivo, «trova la sua scaturigine nell'accertata interruzione del percorso rieducativo in dipendenza di una condotta tenuta dal condannato», ossia in «una situazione già acclarata avente riferimento alla posizione individuale del condannato», donde l'assenza di un automatismo suscettibile dell'adeguamento operato in via interpretativa con riferimento al divieto previsto dal primo comma dello stesso articolo (Cass., 28.3.2017, n. 36590, Rinella, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); nello stesso senso, Cass., 16.3.2018, n. 25734, Olivieri, Cass., 23.6.2017, n. 37667, Tronci, Cass., 15.3.2016, n. 39745, Deidda, *ivi*).

<sup>53</sup> Cass., 10.7.2018, n. 32331, Giugliano, *cit*.

<sup>54</sup> Cfr. Cass., 28.3.2017, n. 36590, Rinella, *cit.*: «l'assodata inanità del percorso trattamentale pregresso sancita con la pronunciata revoca viene [...] in modo non irragionevole valutata dall'ordinamento come corrispondentemente preclusiva del nuovo accesso a quella serie di benefici per un periodo di tempo, quantificato in tre anni, ordinariamente occorrente per la ricostituzione dei presupposti idonei a consentire all'*iter* rieducativo di pervenire ad una nuova verifica dell'ulteriore possibilità di accesso del

scrutinio del Giudice delle leggi in ordine al divieto triennale di concessione della detenzione domiciliare speciale, operativo nel caso di specie. Come si diceva, la Corte rimettente auspica una declaratoria d'illegittimità estesa, in via consequenziale, anche all'analoga inibizione della misura domestica ordinaria là dove specificamente destinata ai genitori.

Alla medesima preclusione risulta soggetta pure l'assistenza all'esterno dei figli minori, in virtù del generale rinvio alle disposizioni relative al lavoro extramurario contenuto nell'art. 21-bis co. 2 Op: anche per l'aspetto qui esaminato, l'omologazione della prima al secondo manifesta i limiti già evidenziati nella sentenza n. 174 dell'anno in corso, in quanto non consente la necessaria considerazione del "superiore" interesse del minore.

Quasi vent'anni addietro, la preclusione stabilita dall'art. 58-*quater* co. 2 Op venne dichiarata incostituzionale «nella parte in cui si riferisce ai minorenni» oggetto dell'esecuzione penale<sup>55</sup>. Ora si tratterebbe di tutelare, contro il medesimo divieto, i bambini figli di donne e uomini condannati ad una pena detentiva. Gli uni e gli altri condividono la protezione offerta all'infanzia ed alla gioventù dall'art. 31 co. 2 Cost.<sup>56</sup>. Intanto, sotto altro aspetto, è imminente la decisione in ordine ad una questione di legittimità, *sub* art. 3 Cost., del coordinato disposto dell'art. 47-*ter* co. 1 lett. *b* e 8 Op, nella parte in cui non limita la punibilità ai sensi dell'art. 385 Cp al solo allontanamento dal domicilio che si protragga per un tempo superiore alle dodici ore, là dove ad allontanarsi sia stato il padre, sottoposto alla detenzione domiciliare ordinaria in caso di madre deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata ad assistere la prole<sup>57</sup>. Infatti, la già ricordata sentenza n. 177 del 2009 produsse questo risultato esclusivamente per le madri.

Invece la sentenza n. 350 del 2003 abbracciò, nella declaratoria d'incostituzionalità, non soltanto il caso delle madri, ma anche quello dei padri, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante, di qualunque età<sup>58</sup>. Tuttavia, soltanto la detenzione domiciliare ordinaria fu direttamente interessata dalla pronuncia, anche se vi è chi ritiene che l'estensione della tutela ai figli disabili sia applicabile pure nel caso in cui la pena detentiva del genitore sia di specie o quantità tale da non consentire la misura domestica ordinaria, ma soltanto quella speciale<sup>59</sup>. Ove la riforma delle misure alternative fosse andata in porto, tanto nell'art. 47-*ter* co. 1 lett. *a* e *b* Op, quanto nel successivo art. 47-*quinquies*, sarebbe stato espressamente

---

detenuto a quelle misure alternative, previa l'affidante prognosi della loro effettiva finalizzazione alla risocializzazione del condannato».

<sup>55</sup> C. cost., sent. 1° 12.1999, n. 436.

<sup>56</sup> Secondo il Comitato dei diritti del fanciullo, «*in criminal cases, the best interests principle applies to children in conflict (i.e. alleged, accused or recognized as having infringed) or in contact (as victims or witnesses) with the law, as well as children affected by the situation of their parents in conflict with the law*» (Committee on the Rights of the Children, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 29.5.2013, CRC/C/GC/14, § 28).

<sup>57</sup> C. App. Firenze, ord. 19.9.2017, r.o. 196/2017.

<sup>58</sup> Sul punto v. L. Filippi, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno*, cit., 3650.

<sup>59</sup> L. Cesaris, *sub* art. 47-*ter* Op, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 555.

inserito il riferimento 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»<sup>60</sup>.

Se le prospettive di rafforzamento della marginalizzazione del carcere (anche) per i genitori si allontanano, non ne cessa tuttavia l'urgenza<sup>61</sup>. Non soltanto in funzione di un compiuto ed organico allineamento dei benefici penitenziari rivolti a madri (e padri) alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi intorno al "superiore" interesse del minore<sup>62</sup>. Oltre questo obiettivo – irrinunciabile – dovrebbe esserci quello di una politica penale e penitenziaria efficacemente rivolta – quantomeno – al superamento dell'esperienza dei bambini in carcere, capace di investire non soltanto sugli I.C.A.M., ma anche, e soprattutto, sulle misure extramurarie<sup>63</sup>.

Al 31 agosto dell'anno in corso ancora 62 bambini alloggiavano con le madri negli istituti penitenziari italiani, non soltanto presso apposite strutture a custodia attenuata (32 bambini), ma anche nelle sezioni tradizionali (30 bambini)<sup>64</sup>. In una di queste ultime, nell'asilo nido della Casa circondariale di Rebibbia femminile, il più affollato, il 18 settembre scorso si è consumata la tragedia di una donna, detenuta a titolo cautelare, che ha gettato giù per le scale i due figlioletti che l'accompagnavano,

---

<sup>60</sup> Il riferimento è all'art. 15 dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario del 22 dicembre 2017 nonché di quello approvato in secondo esame preliminare il 16 marzo 2018. In base all'art. 3 co. 1 l. 104/1992 «è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione»; il co. 3 precisa che «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, la situazione assume connotazione di gravità». Nel senso che, «nel settore delle invalidità "gravi"», la determinazione della «precisa fisionomia delle situazioni eventualmente meritevoli di una tutela analoga a quella prevista per i bambini in tenera età» rientra in uno «spazio di discrezionalità riservato al legislatore», v. Corte cost., ord. n. 104/2015, cit.

<sup>61</sup> Cfr. F. Della Casa, *L'urgenza della riforma penitenziaria*, cit.

<sup>62</sup> Sul punto cfr., recentemente, R. Mastrototaro, *La detenzione domiciliare*, cit., 113 ss.

<sup>63</sup> Significativamente, nella prospettiva d'incentivare la detenzione domiciliare delle madri a scapito della carcerazione, non soltanto ordinaria ma anche "attenuata", in seguito ad una visita presso due sezioni-nido (Como e Sassari) effettuata nel 2016, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti raccomandò espressamente alle autorità italiane di stanziare le risorse necessarie per l'istituzione delle case famiglia protette (CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, CPT/Inf (2017) 23, reperibile in [http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{"CPTSectionID":\["p-ita-20160408-en-28"\]}](http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{)).

Analogamente, nel 3° Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia, pubblicato nel novembre del 2017, il Gruppo CRC ha sollecitato alla destinazione di «parte delle risorse previste per gli ICAM [...] agli Enti Locali per le case famiglia protette» (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 è reperibile in [www.gruppocrc.net/IMG/pdf/rapportocrc-x2017.pdf](http://www.gruppocrc.net/IMG/pdf/rapportocrc-x2017.pdf)).

<sup>64</sup> Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione statistica ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

provocandone la morte. I dati successivamente pubblicati dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, concernenti la situazione al 30 settembre, registrano un numero leggermente inferiore di minori presenti nelle carceri al seguito delle madri: 59 in totale, 27 negli istituti a custodia attenuata dedicati e 32 nelle sezioni nido tradizionali. In quella data soltanto un bambino risultava alloggiato a Rebibbia, dove, al 31 agosto, se ne contavano invece 16.

# ILP