

MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

8/2018

DONNE RISTRETTE

A CURA DI
GIULIA MANTOVANI

Ledizioni

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (double blind peer review). La valutazione è stata affidata a due esperti del tema trattato, designati dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Entrambi i revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

© 2018 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Donne ristrette, a cura di Giulia Mantovani

Prima edizione: dicembre 2018
ISBN 9788867058600

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

Indice

Prefazione	
di <i>Mario Chiavario</i>	13
Le Autrici e gli Autori	15
Introduzione	
I diversi volti della comunità femminile ristretta	17

PARTE PRIMA DONNE, REATO E CARCERE

Sezione I – La popolazione detenuta femminile 29

MICHELE MIRAVALLE

Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa	29
1. Premessa	29
2. La detenzione femminile ai tempi del <i>mass incarceration</i> .	30
3. Le donne in carcere: racconto di una marginalità.	34
4. Le donne straniere ristrette.	37
5. Il profilo giuridico delle donne detenute.	41
6. Donne, maternità, condizioni detentive.	45
7. Il «governo dell'eccedenza».	53
<i>Riferimenti bibliografici</i>	56

Sezione II – Le donne, il carcere, gli affetti 59

BARBARA GORS

Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie	59
1. Il ruolo della famiglia e degli affetti in ambito penitenziario.	60
2. Il mantenimento delle relazioni affettive in regime intramurario.	62
2.1. I colloqui: disposizioni generali, <i>iter</i> autorizzativo, soggetti legittimati.	62
2.2. I colloqui visivi.	67

2.3. I colloqui telefonici.	71
2.4. La corrispondenza epistolare.	75
2.5. I contatti con la famiglia nell'ambito dei regimi di rigore.	78
3. La disciplina dei permessi.	82
3.1. I permessi di necessità.	83
3.2. Le visite al minore infermo o al figlio, al coniuge o convivente gravemente disabile.	87
3.3. I permessi-premio.	89
4. Il diritto alla sessualità: "stato dell'arte" e prospettive di riforma.	91
5. Diventare moglie e madre in carcere: la celebrazione del matrimonio e l'accesso alle tecniche di procreazione assistita.	95
<i>Riferimenti bibliografici</i>	98
<i>Riferimenti giurisprudenziali</i>	103

JOËLLE LONG

Essere madre dietro le sbarre	107
1. I principi: il superiore interesse del minore; il diritto del minore a crescere in famiglia e alla continuità degli affetti; il diritto del figlio e del genitore al rispetto della vita familiare.	108
2. La valutazione delle competenze genitoriali della madre ristretta: alcune considerazioni generali.	113
3. L'esercizio della responsabilità genitoriale da parte delle madri ristrette con i figli in un istituto penitenziario.	120
4. L'esercizio delle responsabilità genitoriali nel caso di separazione dai figli.	125
4.1. La decisione del distacco: a) l'affidamento familiare e b) il collocamento o l'affidamento esclusivo al padre.	125
4.2. L'esercizio della responsabilità genitoriale dal carcere.	129
5. La rottura del rapporto giuridico di filiazione.	136
5.1. Profili di diritto penale.	138
5.2. Profili di diritto civile: a) la limitazione, la decadenza, la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale e lo stato di adottabilità deliberati dal giudice civile.	140
5.3. b) L'affidamento esclusivo al padre.	144
6. Un tentativo di bilancio.	145
<i>Riferimenti bibliografici</i>	151
<i>Riferimenti giurisprudenziali</i>	154

Sezione III – Uno sguardo retrospettivo. Il trattamento della criminalità femminile nelle memorie dell’Archivio di Stato di Torino e nei luoghi di una segregazione consumata tra punizione ed emenda morale 157

MARIO RIBERI

La criminalità femminile in Piemonte attraverso le sentenze degli organi giudiziari (1802-1861)	157
1. Introduzione.	157
2. La giustizia penale nel Piemonte napoleonico (1802-1814).	158
2.1. La criminalità femminile. Il Tribunal Criminel et Spécial de Turin.	160
2.2. La Cour de Justice Criminelle et Spéciale de Casal.	162
2.3. La Cour Spéciale Extraordinaire de Turin.	165
3. La giustizia penale in Piemonte dalla Restaurazione al Regno d’Italia (1814-1861).	166
3.1. La criminalità femminile in Piemonte nelle sentenze di condanna alla pena capitale dalla Restaurazione al Regno d’Italia (1814-1861).	169
4. Considerazioni conclusive.	173
<i>Riferimenti bibliografici</i>	177

ANDREA PENNINI

Note sulla detenzione femminile in Piemonte dall’antico regime all’Ottocento	181
1. Introduzione.	181
2. La reclusione femminile nel regno di Sardegna d’antico regime.	182
3. Le istanze rivoluzionarie e le carceri piemontesi.	185
4. Il sistema utopico di Giulia di Barolo.	187
5. Il carcere di Pallanza.	190
<i>Riferimenti bibliografici</i>	191

PARTE SECONDA

MATERNITÀ E ALTERNATIVE AL CARCERE

Sezione I – Il quadro normativo: verso una giustizia penale *child-sensitive* 195

GIULIA MANTOVANI

La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio	195
---	-----

1. La giustizia penale degli adulti e il benessere del minore: alcune considerazioni preliminari.	196
2. Genitori in conflitto con la giustizia penale e figli minori: gli strumenti di tutela di un rapporto a rischio.	198
3. L'interesse del minore come causa di distrazione della madre dal carcere: l'incidenza del fattore età.	199
4. Benessere della prole vs pronta esecuzione della pena. L'interesse del "piccolo" minore alla convivenza con la madre e il rinvio dell'espiazione.	203
4.1. La condivisione della libertà nonostante la condanna alla pena detentiva.	209
5. Benessere della prole vs espiazione intramuraria. La detenzione domiciliare in luogo della rinuncia alla pronta esecuzione della pena.	210
5.1. L'interesse del minore alla convivenza con la madre fino al decimo compleanno: la detenzione domiciliare ordinaria ...	213
5.2. ... e la detenzione domiciliare speciale.	217
5.3. La convivenza in regime di detenzione extramuraria.	224
6. Assistenza all'esterno dei figli d'età non superiore a dieci anni.	241
7. Oltre il decimo compleanno della prole: a) l'estensione della detenzione domiciliare ordinaria in funzione di tutela del figlio portatore di <i>handicap</i> totalmente invalidante; b) la proroga della detenzione domiciliare speciale o la transizione all'assistenza esterna.	246
8. Benefici penitenziari a tutela del figlio minore e pene accessorie a carico dell'adulto incidenti sulla responsabilità genitoriale.	251
9. Benessere della prole vs esigenze cautelari.	258
10. La convivenza all'interno del circuito penitenziario: l'accoglienza della coppia madre-figlio nelle sezioni-nido o negli Istituti a custodia attenuata dedicati.	265
11. Il bilanciamento dell'interesse del minore a ricevere le cure genitoriali in un ambiente idoneo con le esigenze sottese alla carcerazione della madre.	273
11.1. Una competizione dall'esito prestabilito: il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva blinda l'interesse del minore alle cure materne.	276
11.2. Il divieto di presunzioni ostative alla tutela dell'interesse del minore alle cure materne ...	281
11.3. ... e i termini del bilanciamento in concreto.	289
12. L'accesso ai benefici penitenziari: la tutela di madri e figli contro l'ingresso in carcere ...	295
12.1. ... e contro una protrazione dello stato detentivo gravemente pregiudizievole.	302
13. L'esigenza di una collocazione adeguata della coppia madre-figlio nel contesto penitenziario: le modalità di accesso alla convivenza in regime di custodia attenuata.	305

14. Considerazioni conclusive.	311
<i>Riferimenti bibliografici</i>	315
<i>Riferimenti giurisprudenziali</i>	325

Sezione II – I “nuovi” luoghi della convivenza fra madre detenuta e figlio 329

ANDREA TOLLIS

Le case famiglia protette e il “caso milanese”	329
1. Introduzione.	330
2. Inquadramento della casa famiglia come risorsa in grado di ridurre il fenomeno della carcerazione delle madri.	330
3. L’Associazione C.I.A.O. e il suo riconoscimento come casa famiglia protetta.	332
3.1. Il C.I.A.O. e l’accoglienza delle madri detenute.	333
3.2. La legge 62/2011 e la firma della convenzione.	334
4. Il dilemma dei finanziamenti: tra realtà e prospettive.	335
4.1. La situazione attuale.	336
4.2. Le prospettive.	337
5. L’organizzazione e le caratteristiche della struttura.	339
6. La tipologia e le esigenze delle persone accolte.	340
6.1. Le madri e i bambini.	340
6.2. La figura paterna.	344
7. L’accompagnamento socio-educativo.	345
7.1. L’intervento educativo.	346
7.2. Riflessioni sul contesto pedagogico.	347
7.3. Casa famiglia protetta, UEPE e trattamento.	348
8. Il reinserimento sociale.	350
9. Prospettive di incremento delle case famiglia protette.	353
9.1. Milano e Roma a confronto.	354
10. Conclusioni.	355
<i>Riferimenti bibliografici</i>	356
<i>Appendice</i>	359

PARTE TERZA
DONNE, IMPUTABILITÀ, PERICOLOSITÀ SOCIALE

Sezione I – Donne e salute mentale 367

MICHELE MIRAVALLE

Dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza: un approccio socio-giuridico	367
1. Introduzione e cenni storici.	367
2. Il definitivo superamento degli OPG: la pericolosità sociale ai tempi della società dell'insicurezza.	373
3. Donne, OPG e REMS.	379
4. Il futuro delle misure di sicurezza custodiali.	382
<i>Riferimenti bibliografici</i>	388
<i>Riferimenti giurisprudenziali</i>	390

GIANFRANCO RIVELLINI

Luoghi e trattamento della criminalità femminile condizionata dal disturbo mentale. Dati nazionali, analisi e prospettive	391
1. Storia e significato nel panorama italiano della sezione femminile dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario (OPG) di Castiglione delle Stiviere.	392
2. Analisi della popolazione femminile di Castiglione delle Stiviere dal 1° gennaio 1990 al 30 agosto 2017.	399
2.1. Ingressi e dimissioni del campione per stato giuridico.	400
2.2. Variabili socio-demografiche: l'età media all'ingresso.	404
2.3. Variabili socio-demografiche: il grado di istruzione.	406
2.4. Variabili socio-demografiche: lo stato civile.	408
2.5. Variabili socio-demografiche: la nazionalità.	409
2.6. Nazionalità in rapporto alle altre variabili socio-demografiche.	413
2.7. Variabili criminologiche: tipologie giuridiche e raggruppamenti di reati.	414
2.8. Variabili cliniche: diagnosi, infermità mentale, raggruppamenti di reati.	425
2.9. Durata della presa in carico.	438
2.10. I percorsi di dimissione.	446
3. I cambiamenti indotti dal processo riformatore e le possibili prospettive.	460
3.1. L'infermità psichica del detenuto, l'attuazione della legge delega 103/2017. Lineamenti di una riforma mancata.	473
<i>Riferimenti bibliografici</i>	478
<i>Riferimenti giurisprudenziali</i>	481

FILIPPO PENNAZIO E VINCENZO VILLARI

Imputabilità, pericolosità sociale e misure di sicurezza: esistono differenze di genere?	483
<i>Riferimenti bibliografici</i>	487

Sezione II – La differenza di genere secondo la scuola positiva 489

IDA FERRERO

“Eva delinquente”: la scuola positiva e l’imputabilità al femminile	489
1. La donna autrice di reato nel Codice Zanardelli.	489
2. La scuola positiva e l’imputabilità al femminile.	492
3. La posizione giuridica della donna attraverso le pagine di <i>Tess dei d’Urberville</i> .	496
<i>Riferimenti bibliografici</i>	500

PARTE QUARTA

DONNE, IMMIGRAZIONE, TRATTENIMENTO

**Sezione I – Il quadro normativo: la condizione dello straniero
fra protezione e controllo** 505

MANUELA CONSITO

La detenzione amministrativa dello straniero: profili generali	505
1. La protezione e l’ospitalità verso lo straniero nei limiti dell’ordine e della sicurezza pubblici.	505
2. Gli incerti confini tra accoglienza e respingimento.	508
3. La detenzione amministrativa tra accoglienza e trattenimento.	510
4. L’individuazione delle strutture di detenzione amministrativa.	514
5. L’accoglienza e il trattenimento degli appartenenti alle c.d. categorie vulnerabili: il caso dei minori stranieri non accompagnati.	520
<i>Riferimenti bibliografici</i>	522
<i>Riferimenti giurisprudenziali</i>	526

Sezione II – I luoghi del trattenimento 527

CATERINA MAZZA

Le donne del Centro di permanenza per i rimpatri di Ponte Galeria	527
1. Introduzione.	528
2. Alcuni dati: presenze e nazionalità.	529
3. Il CPR di Ponte Galeria: la struttura.	532
3.1. L'ente gestore e i servizi.	534
4. Bisogni e criticità particolari.	539
4.1. Il caso delle sessantasei donne nigeriane.	540
4.2. La tratta delle donne cinesi.	543
4.3. I casi di apolidia.	544
5. Considerazioni finali.	546
<i>Riferimenti bibliografici</i>	548
<i>Riferimenti giurisprudenziali</i>	553

GIULIA MANTOVANI*

La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio

Abstract. L'ordinamento italiano riconosce la condizione di madre come fattore di limitazione del ricorso al carcere sia in fase cautelare sia in sede di esecuzione della pena. Il contributo intende soffermarsi sulle condizioni alle quali è attualmente subordinata la decarcerazione delle donne con figli al fine di una valutazione in ordine al livello di protezione effettivamente assicurato all'interesse del minore a ricevere cure materne costanti in un ambiente adeguato. Verrà ricostruito il quadro complessivo, non sempre coerente, dei mezzi che oggi l'ordinamento offre per salvaguardare la maternità e l'infanzia nel caso di donne in conflitto con la giustizia penale. Saranno presi in esame i presupposti della sottrazione materna al carcere (nelle sue varie forme), i quali determinano il limite assegnato alla salvaguardia dell'interesse del minore nel bilanciamento con le altre esigenze in gioco; le procedure necessarie per beneficiarne, soprattutto sotto il profilo della capacità del meccanismo approntato di offrire alla coppia madre-figlio una tutela tempestiva; le risorse messe in campo per consentire che gli strumenti normativamente previsti per proteggere la maternità e l'infanzia siano concretamente fruibili.

SOMMARIO: 1. La giustizia penale degli adulti e il benessere del minore: alcune considerazioni preliminari. – 2. Genitori in conflitto con la giustizia penale e figli minori: gli strumenti di tutela di un rapporto a rischio. – 3. L'interesse del minore

* Ricercatrice di Diritto processuale penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino.

come causa di distrazione della madre dal carcere: l'incidenza del fattore età. – 4. Benessere della prole vs pronta esecuzione della pena. L'interesse del "piccolo" minore alla convivenza con la madre e il rinvio dell'espiazione. – 4.1. La condivisione della libertà nonostante la condanna alla pena detentiva. – 5. Benessere della prole vs espiazione intramuraria. La detenzione domiciliare in luogo della rinuncia alla pronta esecuzione della pena. – 5.1. L'interesse del minore alla convivenza con la madre fino al decimo compleanno: la detenzione domiciliare ordinaria ... – 5.2. ... e la detenzione domiciliare speciale. – 5.3. La convivenza in regime di detenzione extramuraria. – 5.3.1. I luoghi della convivenza ... – 5.3.2. ... e forme di tutela "surrogatorie" in assenza di un domicilio idoneo per madre e figlio. – 5.3.3. Restrizione presso il domicilio, esercizio del ruolo genitoriale e reinserimento sociale della condannata. – 5.3.4. Accudimento della prole e comportamenti trasgressivi: le conseguenze dell'allontanamento dal domicilio. – 6. Assistenza all'esterno dei figli d'età non superiore a dieci anni. – 7. Oltre il decimo compleanno della prole: a) l'estensione della detenzione domiciliare ordinaria in funzione di tutela del figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante; b) la proroga della detenzione domiciliare speciale o la transizione all'assistenza esterna. – 8. Benefici penitenziari a tutela del figlio minore e pene accessorie a carico dell'adulto incidenti sulla responsabilità genitoriale. – 9. Benessere della prole vs esigenze cautelari. – 10. La convivenza all'interno del circuito penitenziario: l'accoglienza della coppia madre-figlio nelle sezioni-nido o negli Istituti a custodia attenuata dedicati. – 11. Il bilanciamento dell'interesse del minore a ricevere le cure genitoriali in un ambiente idoneo con le esigenze sottese alla carcerazione della madre. – 11.1. Una competizione dall'esito prestabilito: il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva blinda l'interesse del minore alle cure materne. – 11.2. Il divieto di presunzioni ostative alla tutela dell'interesse del minore alle cure materne ... – 11.3. ... e i termini del bilanciamento in concreto. – 12. L'accesso ai benefici penitenziari: la tutela di madri e figli contro l'ingresso in carcere ... – 12.1. ... e contro una protrazione dello stato detentivo gravemente pregiudizievole. – 13. L'esigenza di una collocazione adeguata della coppia madre-figlio nel contesto penitenziario: le modalità di accesso alla convivenza in regime di custodia attenuata. – 14. Considerazioni conclusive.

1. La giustizia penale degli adulti e il benessere del minore: alcune considerazioni preliminari.

Nel nostro ordinamento, l'intento di evitare maternità consumate dietro le sbarre anima una rete di istituti variamente indirizzati alla decarcerazione delle madri. Nel tempo essa è diventata sempre più ricca, articolata e talvolta finanche caotica, senza tuttavia giungere a compimento, tanto che la legge di delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario dello scorso anno chia-

mava ad ulteriori progressi (v. l'art. 1 co. 85 lett. s) legge 23.6.2017 n. 103).

Nella considerazione speciale della donna in conflitto con la giustizia penale come madre si riflette la centralità riconosciuta – a livello nazionale e sovranazionale – al cosiddetto “superiore interesse del minore” (sul fondamento e sul significato del principio v. *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*, § 1). La necessaria salvaguardia del benessere psico-fisico del bambino impone l'allontanamento delle madri dal circuito penitenziario come obiettivo primario. Assolutamente marginale deve essere lo spazio lasciato alla carcerazione materna: è all'interno di quest'area, doverosamente residuale, che al figlio, il quale segua la donna in carcere, deve essere assicurato un ambiente in grado di tenere conto delle sue esigenze in modo appropriato. Lo ha ricordato recentemente il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, occupandosi di detenzione femminile (CPT, 2018). La medesima linea ha ispirato la Raccomandazione (2018)⁵ adottata nei mesi scorsi dal Comitato dei Ministri e concernente i figli minorenni di persone detenute, riconosciuti come soggetti particolarmente vulnerabili nell'ambito della *Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant* (2016-2021).

Vogliamo richiamare in proposito anche le c.d. “Regole di Bangkok” delle Nazioni Unite, specificamente dedicate al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato¹: esse esigono che il trattamento della popolazione femminile ristretta sia adeguato alle esigenze della gravidanza, dell'allattamento e della cura dei figli al seguito (reg. 48 ss.), ma nel contempo sanciscono l'opportunità «che gli Stati membri adottino [...] misure di *diversion*, misure alternative alla custodia cautelare in carcere e pene alternative espressamente concepite per le donne autrici di reato, tenendo conto [...] delle responsabilità collegate al loro ruolo genitoriale» (reg. 57).

Nel prosieguo si vedrà come, nel nostro ordinamento giuridico, la centralità riconosciuta alla promozione ed alla tutela del benessere del minore incida in misura significativa sulle dinamiche della giustizia penale degli adulti, sotto più d'un profilo. Basti pensare alla capacità d'incrinare l'automatismo applicativo tipico del sistema delle pene accessorie che la necessità di salvaguardare il superiore interesse del minore ha dimostrato (v. *infra*, § 8). Oppure si pensi all'impulso che la tutela del superiore interesse del minore è stata in grado di dare all'obiettivo di una radicale emarginazione del carcere come strumento cautelare o repressivo: meta progressista, ma ancora oggi capace di suscitare timori scomposti (come hanno recentemente dimostrato le traversie della già menzionata delega penitenziaria), nel tempo essa è stata

1 Risoluzione dell'Assemblea generale dell'O.N.U. 21.12.2010 n. 65/229: v., recentemente, P.H. van Kempen e M. Krabbe, 2017.

perseguita dal legislatore con crescente decisione nei confronti dei genitori (matri in primo luogo) di figli nell'età dell'infanzia (v. *infra*, §§ 3 ss.).

Si tratta di passi significativi – seppur non risolutivi – verso una giustizia penale che, anche quando si rivolge agli adulti, sappia tener conto del benessere dei minori che ne dipendono e per questo evitare privazioni della responsabilità genitoriale inopinate o carcerazioni che di fatto annullano (o pregiudicano gravemente) la relazione con i figli, magari in contrasto con percorsi di recupero di quello stesso rapporto intrapresi sotto l'egida di altro organo giudiziario (v. Moro, 2014, p. 121).

2. Genitori in conflitto con la giustizia penale e figli minori: gli strumenti di tutela di un rapporto a rischio.

Posto che un genitore in conflitto con la giustizia penale non può essere considerato di per sé un “cattivo” genitore (sul punto v. *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*, §§ 1 s.), il nostro ordinamento si attiva per salvaguardare l'interesse del figlio minore al mantenimento di un rapporto conforme alle sue esigenze psico-fisiche.

La tutela della convivenza segue due linee direttrici: l'emarginazione del ricorso al carcere nei confronti dell'adulto, da un lato, e, dall'altro, l'adeguamento della custodia all'interno dell'istituto penitenziario in funzione dell'accoglienza di bambini al seguito del genitore. Nel tempo entrambe le prospettive sono state coltivate, sebbene in misura diversa nella sede cautelare e nel momento di espiazione della sanzione (oltre che con diversa determinazione nei confronti di madri e padri). Il legislatore si è servito del rinvio dell'esecuzione della pena (v. *infra*, § 4) nonché di forme detentive domestiche (v. *infra*, § 5) per incrementare le opportunità di mantenere (o ripristinare) la convivenza extramuraria a scapito della carcerazione del genitore; per coloro ai quali tali soluzioni non risultano applicabili si è aperta la possibilità di accesso ad una forma *ad hoc* di custodia attenuata, che può essere condivisa anche con figli oltre il limite d'età fissato per la permanenza congiunta di madri e bambini nelle ordinarie sezioni-nido degli istituti penitenziari (v. *infra*, § 10).

Il legislatore si è altresì attivato per tutelare la relazione fra genitori e figli nel caso di carcerazioni vissute in assenza della prole, rimasta nell'ambiente libero (perché l'adulto, privo dei requisiti per evitare l'ingresso e la permanenza in un istituto penitenziario, non ha potuto o voluto portarla con sé). Per garantire, anche in tali circostanze, la continuità del rapporto è stata introdotta un'ipotesi di “semi-carcerazione”, modellata sul lavoro all'esterno, ma finalizzata all'assistenza extramuraria dei figli minori (v. *infra*, § 6).

Infine, al di fuori di quest'ultima possibilità, l'ordinamento offre stru-

menti che consentono di non interrompere i contatti fra la madre o il padre ristretti in carcere ed i figli che all'esterno debbono condividere con altri la quotidianità. Si possono ricordare, da un lato, i colloqui e la corrispondenza e, dall'altro, l'articolato istituto dei permessi e le visite specificamente rivolte al minore infermo o al figlio gravemente disabile.

Nel prosieguo saranno oggetto di approfondimento le ipotesi di accantonamento o attenuazione della carcerazione specificamente destinate alla tutela del rapporto fra genitori e figli (mentre sulle modalità di salvaguardia dei contatti quando gli uni vivono "dentro" e gli altri "fuori" v. *supra*, *Il diritto all'affettività; Essere madre dietro le sbarre*). Prima di procedere, occorre evidenziare che, nella materia *de qua*, esiste una significativa differenza nel trattamento riservato alla madre ed al padre, che ne tradisce la classificazione, rispettivamente, come genitore principale e genitore sussidiario: l'una comunque necessaria alla prole, l'altro soltanto là dove manchi la presenza materna. Nell'ambito di un'indagine programmaticamente rivolta all'universo femminile non potremo che concentrarci sul destino delle madri e dei loro figli, ma non senza aver qui auspicato una riflessione intorno alla marginalità attualmente assegnata dal legislatore al ruolo paterno².

Un'ulteriore precisazione si rende necessaria. Nel prosieguo ci si occuperà esclusivamente degli istituti rivolti alle madri in quanto tali. Essi offrono opportunità *ad hoc* di sottrazione al carcere, connesse all'esigenza di tutelare i figli della persona in conflitto con la giustizia penale. Ciò non esclude, naturalmente, che la madre, avendone i requisiti, possa percorrere strade diverse – e talvolta più favorevoli – per uscire dall'istituto penitenziario. Anche nella gestione degli istituti non riservati a madri (e padri) è possibile un approccio *child-sensitive*, attento al ruolo genitoriale del potenziale beneficiario, ma – lo ribadiamo – non sarà questo l'oggetto dell'indagine.

3. L'interesse del minore come causa di distrazione della madre dal carcere: l'incidenza del fattore età.

L'interesse del minore si è rivelato in grado d'incidere significativamente sull'uso della carcerazione a carico delle donne sulla base dell'ovvia constatazione che, se a subirla è una madre, essa è di per sé un ostacolo, di fatto, alla fruibilità del diritto alle sue cure da parte del figlio. Il recepimento del prin-

2 Nemmeno la delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario dello scorso anno valorizzava il ruolo paterno: v. la lett. s) dell'art. 1 co. 85 legge 103/2017, rivolta ancora specificamente alla tutela del rapporto tra madri detenute e figli minori. Sulla posizione attualmente assegnata ai padri nel quadro degli istituti a tutela del benessere psico-fisico della prole, v. Bellantoni, 2015, p. 148 s.; Filippi, 2003, p. 3649 s.

cipio dell'interesse del minore impedisce che la presenza della madre nella sua vita possa essere *a priori* considerata immeritevole di tutela a causa della posizione della stessa di fronte alla giustizia penale (v. *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*, §§ 1 s.). Osta, pertanto, ad una carcerazione della donna indifferente alla sua condizione di genitore. Nello stesso tempo proprio la centralità dell'interesse del minore è il baluardo contro strumentalizzazioni dello *status* di madre che garantiscano un trattamento differenziato (e più favorevole) privo di giustificazione nei reali bisogni della prole (v. C. cost., 145/2009).

L'ordinamento italiano prevede forme e presupposti diversi per la salvaguardia dell'interesse del minore alla distrazione della genitrice dal carcere a seconda della sua età. Preliminarmente occorre osservare che è fissato un limite oltre il quale la tutela si arresta, il bisogno filiale di un ambiente adeguato dove ricevere cure materne costanti cessa di essere protetto al cospetto delle esigenze sottese alla carcerazione della donna. Nella sede cautelare e nella fase dell'esecuzione della pena non è lo stesso il compleanno che priva di autonoma protezione l'interesse del minore alla sottrazione della madre al carcere, quanto meno nella sua fisionomia custodiale tradizionale (v. Leo, 2017, p. 2). Ad oggi, nel primo caso la convivenza congiunta al di fuori degli istituti penitenziari ordinari è espressamente tutelata fino ai sei anni d'età della prole, mediante la preferenza accordata agli arresti domiciliari (art. 275 co. 4 c.p.p.) e, in seconda istanza, alla custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (ICAM: art. 285-*bis* c.p.p.). Invece i benefici appositamente dedicati ai genitori condannati sono fruibili, di regola, fino al compimento del decimo anno di vita da parte del figlio (artt. 47-*ter*, 47-*quinquies* e 21-*bis* o.p.).

Tale differenza di trattamento, che penalizza il figlio di persona non ancora destinataria di una pronuncia definitiva, è stata ritenuta dalla Corte costituzionale non censurabile (C. cost., 17/2017: v. *infra*, § 9). Restano, comunque, le perplessità di fronte ad una «distonia» per la quale, «nel caso di perdurante pendenza del processo dopo il sesto compleanno del bambino, la madre deve essere condotta in carcere, se ricorrono tutti gli ulteriori presupposti della custodia (quindi quasi “automaticamente”, nel caso di [*un nucleo determinato di*] imputazioni [...]), ed a quel punto 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» (Leo, 2017, p. 2; in precedenza cfr. già Bellantoni, 2015, p. 146 ss.).

Al di là della differenza istituita tra la sede cautelare ed il momento dell'esecuzione della pena, a suscitare perplessità è la fissazione stessa di un limite d'età oltre il quale invariabilmente cessa la protezione dell'interesse del minore a ricevere le cure materne in un ambiente adeguato alle sue esigenze

psico-fisiche³. In linea generale, la rigida costrizione della tutela offerta alla prole delle persone in conflitto con la giustizia penale entro un limite massimo d'età rischia di entrare in contrasto con il principio del superiore interesse del minore poiché l'età non è che uno dei plurimi fattori rilevanti ai fini della sua valutazione (Krabbe e van Kempen, 2017, p. 23). Del resto, ogni criterio di bilanciamento inflessibile si espone di per sé all'instabilità (v., *mutatis mutandis*, Tesauro, 2012, p. 4942). Infatti, nel tempo, più volte è stata innalzata l'età del figlio quale fattore specifico di distrazione della madre dal carcere, tanto che si è parlato di «parametro [...] oramai fuori delle capacità di controllo del legislatore» (Presutti, 1999, p. 59). Ciò è avvenuto con riferimento alla fase dell'esecuzione della pena, ma anche nel settore cautelare. Resta che, per ora, quando è stata chiamata a pronunciarsi sul punto (in particolare sul limite attualmente valido *ante iudicium*), la Corte costituzionale ha identificato la fissazione dell'età massima rilevante ai fini della distrazione materna dal carcere quale espressione di una «ragionevole regola legale», la quale traduce «il bilanciamento dell'interesse del minore con le esigenze di difesa sociale», spettante alla discrezionalità del legislatore, senza assumere il censurabile volto di «un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore» (così C. cost., 76/2017, che richiama C. cost., 17/2017).

La vulnerabilità tipica dei criteri di bilanciamento rigidi ha comunque determinato un parziale cedimento del confine segnato dall'età del minore, per intervento del Giudice delle leggi stesso o del legislatore. Precisamente, il limite legato agli anni del figlio presenta una certa elasticità nella fase dell'esecuzione della pena, mentre così non è nella sede cautelare (v. Leo, 2017, p. 2). Si tornerà sul punto nel prosieguo (v. *infra*, § 7).

Del resto, la flessibilità caratteristica dell'esecuzione ha consentito un'articolazione più ampia delle forme di salvaguardia della relazione tra madre e figlio sulla base dell'età di quest'ultimo (v. Pulvirenti, 2010, p. 472 ss.). In particolare, all'interno della categoria specificamente tutelata (minori nel primo decennio di vita), è possibile individuare una fascia d'età che gode di

3 La proposta di legge A.C. 1934 (“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e al testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, per favorire i rapporti tra detenute madri e figli minori e l'esercizio della responsabilità genitoriale dei detenuti, nonché in materia di istituzione delle case-famiglia protette”), presentata il 9 gennaio 2014, non soltanto elevava fino a dieci anni l'età della prole rilevante per la sottrazione materna al carcere nella sede cautelare. Introduceva, altresì, l'innovativa possibilità di estendere, oltre tale limite anagrafico, la salvaguardia contro la carcerazione genitoriale *ex art.* 275 co. 4 c.p.p. e, nella fase dell'esecuzione della pena, l'operatività della detenzione domiciliare, ordinaria o speciale, ove «raccomandabile» sulla base di «ragionevoli motivi attinenti alla tutela dello sviluppo psico-fisico del minore».

una protezione rafforzata: più ampio ventaglio tipologico di benefici fruibili dalla madre condannata, minori condizioni ostative, facilitazioni procedurali per l'accesso. Si tratta dei bambini di età inferiore a tre anni, gli stessi ai quali nel nostro ordinamento ancora oggi è consentito condividere le ordinarie sezioni nido con la madre: nel tempo, affinché, tra le forme di tutela della convivenza con la genitrice, la permanenza congiunta all'interno di un carcere diventasse l'*extrema ratio*, il legislatore ha ripetutamente cercato di potenziare le alternative a disposizione della madre.

La presenza di figli d'età inferiore ad un anno fa registrare il più cospicuo arretramento delle esigenze in conflitto con l'interesse del minore alla convivenza extramuraria con la genitrice condannata: la sottrazione della donna al carcere è obbligatoria, a prescindere dal suo profilo di pericolosità (v. *infra*, § 11.1.). Oltre il limite dei tre anni di vita del bambino, alcuni benefici penitenziari non sono più disponibili per la madre (così è per il rinvio dell'esecuzione della pena), mentre l'accesso ad altri viene sottoposto a condizioni più restrittive (è il caso della detenzione domiciliare). Sotto quest'ultimo profilo, però, la tutela offerta ai minori è ultimamente diventata più omogenea nell'intera fascia d'età protetta. Lo si nota, innanzitutto, in riferimento alla pena espianza che consente l'accesso alla restrizione domestica in luogo di quella carceraria. Attualmente, la sua specie o quantità non è in se stessa ostativa alla concessione del beneficio sino ai dieci anni d'età della prole. Per le madri dei bambini più piccoli è da tempo che l'art. 47-ter co. 1-ter o.p. dispone chiaramente in tal senso, svincolando l'accesso alla detenzione domiciliare dall'entità della pena che la condannata deve scontare. Ora, per effetto della legge 21.4.2011 n. 62, anche se la prima infanzia dei figli è ormai trascorsa (sempre che l'età non sia superiore a dieci anni), le pene più gravi per specie o quantità non escludono più in modo automatico che la misura domestica possa subentrare al carcere già nella fase iniziale dell'esecuzione (art. 47-quinquies co. 1-bis o.p.). Scolorite risultano anche le differenze in ordine ai limiti alla fruizione dei benefici penitenziari imposti dalla tipologia del reato commesso. La madre di figli d'età inferiore a tre anni può accedere alla detenzione domiciliare senza patire le preclusioni previste dall'art. 4-bis o.p. in virtù dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p.; ora, per intervento della Corte costituzionale, le stesse risultano accantonate anche là dove la misura domestica sia richiesta in presenza di un figlio che ha superato quel limite d'età (C. cost., 239/2014; C. cost., 76/2017). A guidare verso quest'ultimo approdo è stato l'interesse del minore, quale oggetto di protezione che non tollera il prevalere di esigenze contrapposte sulla base di «indici presuntivi» (C. cost., 239/2014; C. cost., 76/2017): riconoscimento, quest'ultimo, che può aprire la strada ad ulteriori correzioni della disciplina dei benefici penitenziari specificamente dedicati alla tutela della relazione tra genitori in conflitto con la giustizia penale e figli, come si vedrà meglio nel

prosiegua (§ 11.2.).

Sotto il profilo del contrasto opposto alle possibili strumentalizzazioni dello *status* di madre da parte della condannata⁴, sembra che l'approccio non sia sempre il medesimo. Anche quest'ultimo aspetto, invero, non pare insensibile all'età della prole, che sembrerebbe condizionare il margine di discrezionalità concesso ad una magistratura – qual è quella di sorveglianza – che non è di per sé deputata alla tutela minorile. In particolare, qualora il beneficio sia specificamente rivolto alla protezione dei bambini più piccoli (ossia d'età inferiore a tre anni), si nota lo sforzo del legislatore di evitare che il disconoscimento di un'effettiva utilità della convivenza con la madre condannata possa dipendere da una specificazione dei parametri di valutazione dell'interesse del minore lasciata alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza. Tale approccio può riscontrarsi nel caso del rinvio dell'esecuzione della pena (artt. 146 e 147 c.p.), là dove, contro la possibile strumentalizzazione del ruolo materno, il legislatore codifica una serie di condizioni ostative al beneficio: ne risultano tipizzati i casi di carenza di un concreto interesse del minore alla convivenza con la genitrice capace di giustificare la (temporanea) sottrazione della donna all'esecuzione della pena detentiva.

4. Benessere della prole vs pronta esecuzione della pena. L'interesse del “piccolo” minore alla convivenza con la madre e il rinvio dell'espiazione.

Nel nostro ordinamento, alla sottrazione della madre al carcere in funzione di salvaguardia della convivenza con il figlio può corrispondere la permanenza o il ritorno in piena libertà della donna, pur definitivamente

4 Nella prospettiva di assicurare interventi davvero conformi all'interesse del minore sono fondamentali «le forme di cooperazione ed interazione tra i diversi uffici giudiziari competenti», che non dovrebbero essere lasciate «al prudente apprezzamento ed alle lodevoli iniziative dei singoli magistrati»: così la *Risoluzione in materia di tutela dei minori nel quadro della lotta alla criminalità organizzata* approvata dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera del 31.10.2017. Quest'ultima, rivolgendo specificamente l'attenzione ai c.d. “figli di mafia”, osserva che «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.», ove necessari nel caso concreto. Naturalmente 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 realmente sensibile al suo ruolo genitoriale.

condannata ad una pena detentiva, oppure la sua restrizione in regime domiciliare. Il primo rimedio è consentito soltanto per la tutela del rapporto fra madri – non anche padri – e figli nella prima infanzia (Canevelli, 2001, p. 808), oltre che per proteggere la salute della donna incinta e del nascituro. Disponibile nella fase dell'esecuzione della pena detentiva⁵, esso ne differisce l'inizio o ne sospende il corso determinando la liberazione della madre (Canepa e Merlo, 2010, p. 222).

La temporanea rinuncia all'attuazione della pretesa punitiva volta – per quanto interessa nella presente sede – alla tutela della maternità e dell'infanzia è prevista dagli artt. 146 e 147 c.p. (anche se – come si è opportunamente osservato – si tratta di una disciplina che troverebbe oggi migliore collocazione nell'ordinamento penitenziario: Romano e Grasso b), 2012, p. 418). Il codice penale, in verità, contempla propriamente soltanto l'ipotesi di un inizio differito dell'espiazione, mentre è l'art. 684 c.p.p. che, oltre a regolare la procedura d'accesso al beneficio, prevede altresì, negli stessi casi, la sospensione dell'esecuzione già in corso (fra gli altri, Aprile, 2015, p. 419; Romano e Grasso b), 2012, p. 418; Ruaro, 2009, p. 52, nota 52).

Secondo la rubrica ed il testo degli artt. 146 e 147 c.p., la temporanea paralisi dell'esecuzione della pena è “obbligatoria” nelle ipotesi descritte dal primo, mentre è “facoltativa” – ma meglio sarebbe dire discrezionale – in quelle contemplate nel secondo. Occorre subito una precisazione: il necessario coordinamento con l'ordinamento penitenziario rivela chiaramente che ad essere obbligatoria oppure discrezionale è, in verità, la sottrazione della condannata al carcere piuttosto che la temporanea rinuncia all'esecuzione stessa della pena. L'espiazione in forma diversa da quella carceraria, infatti, non è esclusa né in un caso né nell'altro: basti richiamare l'art. 47-ter co. 1-ter o.p., che consente l'applicazione della detenzione domiciliare in luogo del rinvio, sia esso “obbligatorio” oppure “facoltativo” (v. Romano e Grasso b), 2012, p. 419 ss., 425 s.)⁶. Invece, l'esecuzione intramuraria è sempre ini-

5 Per una puntuale definizione dell'ambito di applicabilità del rinvio “obbligatorio” e “facoltativo” dell'esecuzione della pena v., per tutti, Romano e Grasso b), 2012, p. 423 s. e 428 s. Si noti che il differimento delle pene detentive deve ritenersi applicabile «anche alle pene eseguite nelle forme alternative dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare, ovvero nella forma della semilibertà»: così Canepa e Merlo, 2010, p. 222. Sul rinvio dell'esecuzione delle misure di sicurezza dispone l'art. 211-bis c.p.: v. Canevelli, 2001, 808 s.; Cesaris b), 2002, p. 550 s.

6 Nel senso che la sussistenza dei presupposti del rinvio *obbligatorio* dell'esecuzione della pena non esclude l'applicabilità della detenzione domiciliare (dove la carenza d'interesse ad impugnare per far valere la natura “obbligatoria” anziché “facoltativa” del differimento quale supposto fattore ostativo all'opzione della misura domestica), v. Cass., Sez. VII, 17.6.2015, n. 9641.

bita dalla ricorrenza di una delle situazioni previste dall'art. 146 c.p., mentre nelle ipotesi descritte dall'articolo seguente resta un'opzione praticabile sulla base di un concreto contemperamento delle esigenze in conflitto.

Il rinvio "obbligatorio" offre alla condannata (ed ai suoi figli) la tutela rappresentata da «una presunzione assoluta di incompatibilità con il carcere» (C. cost., 145/2009), indifferente alle esigenze contrapposte (v. Comucci, 2009; *infra*, § 11.1.). Esso è riservato (per quanto rileva nella presente sede) ad una categoria limitata di donne: vi danno accesso lo stato di gravidanza e la condizione di madre di prole di età inferiore all'anno (art. 146 co. 1 nn. 1 e 2 c.p.).

Il rinvio è invece "facoltativo" se l'età del figlio ha superato quest'ultimo limite, ma è pur sempre inferiore a tre anni. Aumentando l'età dell'infante, infatti, il suo interesse a fruire delle cure di una madre non costretta in un istituto penitenziario viene sottoposto al bilanciamento in concreto con le istanze confliggenti, donde il rilievo ostativo ora espressamente attribuito alla sussistenza del «concreto pericolo della commissione di delitti» da parte della donna, che ne consente la carcerazione, suscettibile di condivisione con il figlioletto (art. 147 co. 4 c.p.). In ogni caso, l'accesso ("obbligatorio" o "facoltativo") al beneficio previsto dal codice penale non subisce limitazioni *a priori* in nome delle istanze di difesa sociale, né legate alla natura del reato commesso né alla gravità della pena espianda (esso è fruibile anche dalle ergastolane)⁷.

Attualmente, dunque, ove si avvicindino l'una e l'altra forma di differimento, quest'ultimo può paralizzare l'esecuzione della pena detentiva dall'inizio della gravidanza sino ai tre anni di vita del bambino. L'odierna estensione della fascia di minori protetta contro la perdita di libertà della madre condannata deriva dalla legge 8.3.2001 n. 40 (c.d. "legge Finocchiaro"), mentre in origine essa era più ristretta⁸. Non solo: la riforma ha conformato anche i presupposti del differimento discrezionale all'idea-guida dell'insostituibilità delle cure materne, che permea la disciplina delle misure dirette a sottrarre al carcere genitori in conflitto con la giustizia penale. Ora, infatti, per conservare (o restituire) alla condannata la libertà nei casi previsti dall'art. 147 c.p. non è più richiesto che non vi sia «modo di affidare il figlio ad altri che alla madre».

Contestualmente la medesima legge n. 40 ha inserito ulteriori condizioni ostative al rinvio in entrambe le sue forme. Originariamente esse si esaurivano nella morte del figlio o nel suo affidamento a persona diversa dalla madre

7 V. Caraceni e Cesari, 2015, p. 55; Fiorentin b), 2012, p. 450 ss.

8 Il rinvio dell'espiazione a tutela del rapporto tra la donna ed il figlio operava soltanto entro il primo anno di vita del secondo (nei primi sei mesi "obbligatoriamente", oltre "facoltativamente").

(ex art. 146 c.p. sempre che il parto fosse avvenuto da oltre due mesi, a salvaguardia della salute della donna). Propriamente, ambedue le circostanze erano codificate come cause di revoca del beneficio concesso. Con la riforma del 2001 si sono aggiunte la decadenza dalla responsabilità genitoriale (ex potestà) sul figlio ai sensi dell'art. 330 c.c. e l'abbandono dello stesso, oltre all'interruzione della gravidanza da più di due mesi nel caso del rinvio "obbligatorio". Al ricorrere di una delle condizioni menzionate nell'elenco aggiornato, il beneficio già accordato deve essere revocato. Soltanto l'art. 146 c.p. inibisce espressamente la concessione stessa ove il fattore ostativo sia presente *ab origine*, mentre l'assenza di un'analogha previsione nell'articolo successivo (v. Cass., Sez. I, 12.4.2013, n. 26678) appare invero poco comprensibile. Infatti non è chiara la ragione per la quale le circostanze che impediscono il mantenimento del rinvio "facoltativo" non dovrebbero evitare, ove già risultassero presenti, l'applicazione stessa del beneficio, altrimenti comunque destinato alla successiva revoca (v. Canepa e Merlo, 2010, p. 229). Il nodo si scioglie nel caso della decadenza dalla responsabilità genitoriale dichiarata ai sensi dell'art. 330 c.c. grazie all'esplicita preclusione stabilita dall'art. 6 della legge 40/2001, riferibile anche all'accesso al differimento discrezionale (cfr. Canevelli, 2001, p. 814).

È evidente che l'interruzione della gravidanza (da oltre due mesi) e la morte del figlio negano la sussistenza stessa delle condizioni di fatto che il rinvio mira a proteggere dall'esecuzione della pena detentiva; lo stesso può dirsi nel caso dell'affidamento del figlio a persona diversa dalla madre (cfr. Cesaris h), 2015, p. 606). Più precisamente, quest'ultima condizione ostativa circoscrive il sacrificio della pronta esecuzione della pena (determinato dal rinvio) alla salvaguardia del solo rapporto di convivenza tra madre e figlio⁹. Invero è esclusivamente nell'ottica di preservare tale comunanza di vita – e non altra e diversa forma di presenza della genitrice nell'esistenza del minore – che si colloca razionalmente la temporanea assicurazione della libertà alla condannata. La prospettiva è propriamente quella di impedire

9 Cass., Sez. I, 10.4.2013, n. 21367, puntualizza che il beneficio del rinvio «si giustifica solo con riferimento alla situazione *concreta ed effettiva* in cui la madre e il figlio si trovano, cosicché [...] un provvedimento formale di affidamento del bambino adottato da un giudice civile sarebbe indicativo di una situazione di fatto sottostante corrispondente a quanto disposto, ma la mancanza di tale provvedimento non impedisce di ritenere che un affidamento di fatto ad altri vi sia stato, così da valutare insussistente l'esigenza di tutela del minore approntata dall'art. 146 cod. pen.». Analogamente, nel senso che l'affidamento del figlio ad altri, ostativo al rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti della madre con lui non convivente, non si riferisce esclusivamente alla «condizione giuridica scaturente dall'esercizio effettivo della giurisdizione minorile, ma anche» ad una «situazione di fatto di "delega delle funzioni genitoriali a parenti o terzi», v. Trib. Sorv. Torino, 9.9.2003.

che l'attuarsi della pretesa sanzionatoria interrompa la convivenza, allontanando di fatto il figlio dalla madre per ragioni che prescindono dall'interesse del bambino, oppure la comprometta, trasferendola all'interno di un istituto penitenziario, o la costringa entro i confini domiciliari. Se, invece, alla libertà della donna non s'accompagna la convivenza con la prole (la coabitazione instaurata soltanto con l'ingresso in carcere non dovrebbe rilevare¹⁰), alla protezione della diversa presenza che ella abbia conservato nella vita del figlio potranno eventualmente prestarsi istituti differenti e meno gravosi sotto il profilo del sacrificio procurato alle esigenze contrapposte (come l'assistenza all'esterno dei figli minori *ex art. 21-bis o.p.*). In considerazione della tenera età dei soggetti tutelati dagli artt. 146 e 147 c.p., si spiega che la convivenza fra madre e bambino debba essere presunta ed il beneficio possa essere negato soltanto ove risulti positivamente che, al contrario, la prole è affidata ad altri (cfr. Cass., Sez. I, 12.4.2013, n. 26678; in dottrina, Aprile, 2015, p. 439 s.).

È certamente verosimile che, nelle ipotesi di decadenza della madre dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c. e di abbandono del figlio, il bambino sia affidato ad altri. In ogni caso, si tratta di due situazioni alle quali la legge 40/2001 ha conferito rilievo ostativo autonomo in quanto fattori di per sé idonei a rivelare la carenza, in concreto, di un'esigenza di protezione del rapporto fra madre e figlio che giustifichi la permanenza (o il ritorno) in libertà della donna chiamata a scontare una pena detentiva. Il "bersaglio" cui mira il legislatore è il pericolo che la condannata strumentizzi la condizione di madre per sfuggire alla pronta esecuzione della sanzione (v. C. cost., 145/2009). A tal fine, appunto, sono state codificate le due suddette ipotesi di carenza di un effettivo interesse filiale alle cure materne, capace di giustificare il sacrificio delle istanze sottese alla pronta esecuzione della pena: la decadenza pronunciata ai sensi dell'art. 330 c.c. e l'abbandono del figlio¹¹. Entrambe dovrebbero essere altresì sintomatiche dell'impossibilità di una carcerazione congiunta, donde l'esclusione dell'ingresso di un bambino all'interno di un istituto penitenziario quale conseguenza del mancato accesso della madre al beneficio *de quo*.

Nel primo caso il giudice competente sul rinvio si limita a recepire la

10 V. Trib. Sorv. Torino, 8.7.2015, n. 3241.

11 È stato tuttavia rilevato che «la declaratoria di decadenza dalla potestà sul figlio [*ora responsabilità genitoriale*] *ex art. 330 c.c.* e l'abbandono del figlio da parte della madre 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» (CSM, Risoluzione 27.7.2006, *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*).

valutazione (negativa) effettuata dall'organo giudiziario propriamente investito della tutela minorile.

La seconda ipotesi, invece, sembra consentire che assumano rilevanza ostativa al beneficio anche comportamenti pregiudizievoli nei confronti del figlio in ipotesi sfuggiti alla magistratura minorile, fermo restando che essi sono circoscritti all'abbandono della prole da parte della madre, quale indice evidente di inidoneità genitoriale (pur in assenza di un accertamento in tal senso da parte degli organi preposti)¹². La nozione di abbandono ricavabile dalla normativa in tema di adozione non è di per sé incompatibile con la convivenza fra genitore e figlio e si riferisce alla mancanza di «assistenza morale e materiale» (art. 8 legge 4.5.1983 n. 184; v. Moro, 2014, p. 269 ss.).

Sul versante dell'interesse del minore (figlio della condannata) a godere della convivenza con la madre – terreno non familiare per il giudice chiamato a decidere in ordine al rinvio – non sembrano esservi ulteriori margini di apprezzamento in capo alla magistratura di sorveglianza. Quest'ultima parrebbe tendenzialmente vincolata a considerare l'interesse del “piccolo” minore sulla base delle mere risultanze di certificati anagrafici, provvedimenti giurisdizionali e relazioni dei servizi sociali, con esigui margini di discrezionalità (cfr. Cesaris I), 2015, p. 3043).

Al di là delle cause di esclusione del beneficio espressamente previste (che paiono ostative anche alla permanenza del bambino in carcere con la genitrice), il giudice competente sul rinvio dovrebbe ritenere sempre sussistente l'interesse del bambino d'età inferiore a tre anni alla convivenza con la madre¹³, salva – oltre l'anno di vita della prole – l'applicazione del criterio di bilanciamento con le istanze contrapposte imperniato sulla pericolosità sociale della condannata codificato nell'ultimo comma dell'art. 147 c.p. (v. *infra*, § 11.3.). Si tratta di un sondaggio – quello sulla pericolosità del reo – familiare alla magistratura di sorveglianza, diversamente da quello relativo all'interesse del minore nella cui vita interferisce la vicenda esecutiva del genitore. Ed allora si può ritenere che l'art. 147 c.p., riguardante i bambini

12 Cfr. Trib. Sorv. Torino, 9.9.2003, là dove 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».

13 Diversamente Trib. Sorv. Torino, 26.10.2004, ove si riconosce alla magistratura di sorveglianza il potere di valutare se, nel caso concreto, la concessione del rinvio “facoltativo” dell'esecuzione della pena (art. 147 co. 1 n. 3) c.p.) «possa esplicare efficacia ai fini che il legislatore ha voluto cristallizzare nella *ratio legis*: assistenza e cura della prole» (entro tale prospettiva il giudice tratta «la generalizzazione prescrittiva [...] come “nulla di più che l'indicatore malleabile della giustificazione che sta dietro di essa”», secondo l'approccio illustrato, in termini generali, da Tesauro, 2012, p. 4928).

nella prima infanzia, chieda alla giurisdizione rieducativa di arrestarsi, quanto all'apprezzamento dell'interesse filiale alle cure materne, alle assicurazioni 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).

4.1. La condivisione della libertà nonostante la condanna alla pena detentiva.

L'inizio differito o la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva tutelano, oltre alla salute della donna incinta e del nascituro, lo svolgersi della relazione tra madre e figlio in tenera età nella forma di una convivenza adeguata alle esigenze del minore. Per i bambini più piccoli il rinvio preserva la condivisione della libertà con la madre, seppur condannata ad una pena detentiva con sentenza passata in giudicato, e ciò scongiura tanto il distacco quanto la carcerazione congiunta (in una sezione-nido ordinaria o all'interno di un ICAM) e finanche una convivenza segnata dalle costrizioni della detenzione domiciliare (v. Canevelli, 2001, p. 808).

La donna nei cui confronti sono posticipati l'inizio o la prosecuzione dell'espiazione, infatti, condivide con il figlioletto una condizione di piena libertà, non suscettibile di limitazione ad opera di obblighi accessori¹⁴. La rinuncia alla pronta esecuzione della pena principale determina anche la sospensione delle sanzioni accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale (art. 7 legge 40/2001; v. Canepa e Merlo, 2010, p. 224; Canevelli, 2001, p. 814 s.). In tal modo la provvisoria rimozione degli ostacoli scaturenti dalla condanna riportata dalla donna mira a garantire al bambino la possibilità di godere delle cure che può offrire una madre libera e nel pieno esercizio del suo ruolo (v. *infra*, § 8).

La paralisi dell'attuazione della pretesa sanzionatoria è temporanea: essa è fisiologicamente destinata a terminare nel momento in cui il bambino non rientri più, per età, nella fascia protetta, donde l'attivarsi della procedura volta a dare esecuzione alla pena inflitta alla madre (v. Fiorentin b), 2012, p. 437 s.). Le possibili cause di revoca, la quale determina la cessazione anticipata del beneficio, sono tassativamente previste (v. Fiorentin b), 2012, p. 441). Come si è visto nel paragrafo precedente, esse attengono al venir meno del rapporto tutelato o dell'interesse del minore alla sua salvaguardia; soltanto qualora la temporanea rinuncia all'esecuzione sia "facoltativa" (art. 147 c.p.) riguardano anche il concreto manifestarsi della pericolosità sociale

14 Cfr. Cass., Sez. I, 22.9.1994, n. 3790; Cass., Sez. I, 9.11.1992, n. 4591; Cass., Sez. I, 27.11.1991, n. 4511.

della condannata. In ogni caso, non è prevista una sospensione cautelativa del beneficio secondo lo schema tracciato dall'art. 51-ter o.p. (Fiorentin b), 2012, p. 441).

La modalità di tutela della relazione tra madre e figlio in tenera età offerta dal rinvio non può, ad oggi, trovare applicazione nella sede cautelare (v. Cass., Sez. V, 24.9.2001, n. 43014). In quest'ultimo settore sono il quarto comma dell'art. 275 c.p.p. ed ora anche il successivo art. 285-bis a considerare espressamente lo stato di gravidanza e la condizione di madre della destinataria della misura, senza contemplare alcuna fattispecie di rinvio dell'esecuzione della custodia cautelare (v. *infra*, § 9). È stato escluso che sia irragionevole l'inapplicabilità del differimento nell'ipotesi in cui la privazione della libertà nei confronti di una donna incinta sia disposta quando la stessa è indagata o imputata. Si è al riguardo argomentato che il rinvio non risulta incompatibile con le funzioni della pena, le quali «possono subire compressione (e possono essere anche rimodulate) a seguito di una esecuzione procrastinata»; diversamente, in rapporto alla misura cautelare si ravvisa un'insanabile contraddizione fra la necessaria attualità del pericolo che ne è il presupposto e la posticipazione della sua esecuzione. Si giustifica, pertanto, che il rinvio compaia fra gli strumenti di tutela della maternità e dell'infanzia soltanto là dove si tratta di eseguire la pena (Cass., Sez. V, 12.11.2010, n. 6224. In epoca risalente v. già, *mutatis mutandis*, C. cost., 25/1979, ricordata da Leo, 2017, p. 2. Cfr., inoltre, C. cost., 145/2009)¹⁵.

5. Benessere della prole vs espiazione intramuraria. La detenzione domiciliare in luogo della rinuncia alla pronta esecuzione della pena.

Le stesse donne (in gravidanza o madri di bambini nella prima infanzia) che gli artt. 146 e 147 c.p. candidano alla libertà, nonostante una condanna alla pena detentiva passata in giudicato, in concreto possono invece essere

¹⁵ La legge 103/2017 delegava il Governo a «garantire anche all'imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione [*fosse*] sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di vita» (art. 1 co. 85 lett. s)). Tuttavia, sin dallo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017, non venne delineato alcun intervento in proposito: nell'occasione la Relazione illustrativa (p. 5), per giustificare la «scelta di non tradurre in modifiche della disciplina processuale il criterio direttivo» in oggetto, sostenne la necessità di mantenere (a prescindere dall'età della prole) il «ristretto ambito di concreta operatività della custodia cautelare» in carcere previsto dal quarto comma dell'art. 275 c.p.p. «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».

destinate all'espiazione nella forma domiciliare. Si tratta di una possibilità – la sostituzione della restrizione domestica al rinvio dell'esecuzione – introdotta nell'ordinamento penitenziario dalla legge 27.5.1998 n. 165 (c.d. "legge Simeone") all'art. 47-ter co. 1-ter. Fu allora che, per i casi in cui «potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale», il legislatore svincolò l'applicazione della detenzione domiciliare dal limite ordinariamente riferito alla pena espiana (cosicché essa non è di per sé inibita nemmeno nei casi di condanna all'ergastolo) e in generale da preclusioni operanti nei confronti della misura extramuraria, ma estranee alla disciplina del rinvio: la detenzione domiciliare, quale possibile alternativa al differimento, volle consentire al giudice di conciliare in concreto la tutela dei beni protetti dagli artt. 146 e 147 c.p., da un lato, e le esigenze sottese ad una pronta attuazione della pretesa punitiva, dall'altro (per tutte, v. Cass., Sez. I, 7.12.1999, n. 6952).

Mutuando i presupposti dal rinvio dell'esecuzione della pena, la detenzione domiciliare prevista nell'art. 47-ter co. 1-ter o.p. viene talvolta inquadrata come mera modalità applicativa del beneficio contemplato dal codice penale (v. Cesaris f), 2015, p. 565). In giurisprudenza si precisa che l'assenza, in concreto, delle condizioni richieste per posticipare l'espiazione implica doverosamente che sia inapplicabile anche la restrizione extramuraria in astratto suscettibile di sostituire il rinvio, senza che si renda in alcun modo necessaria un'autonoma motivazione sul punto (Cass., Sez. I, 29.4.2015, n. 25841; v. anche Cass., Sez. I, 7.12.1999, n. 6952).

Se i presupposti sono gli stessi stabiliti dal codice penale per il differimento dell'esecuzione della pena ("obbligatorio" o "facoltativo"), i contenuti della detenzione domiciliare sostitutiva sono invece quelli che la legge 354/1975 attribuisce ordinariamente alla misura alternativa prevista dall'art. 47-ter (v. *infra*, § 5.3.3.). Una peculiarità deve tuttavia essere evidenziata: per la restrizione domestica applicata in luogo della temporanea paralisi della pretesa punitiva è prevista l'apposizione di un termine di durata – prorogabile – da parte del tribunale di sorveglianza (art. 47-ter co. 1-ter o.p.). Si tratterà, verosimilmente, del limite temporale entro cui può operare il rinvio che la detenzione domiciliare sostituisce, per sua natura temporaneo. Nei casi in cui la tutela è rivolta al rapporto fra madre e figlio, esso è segnato dall'età del secondo, che, oltre una certa soglia, non autorizza più la rinuncia all'esecuzione della pena. Allo scadere del termine prestabilito, il pubblico ministero dovrà emettere l'ordine di carcerazione, a meno che sia già intervenuta una proroga¹⁶ (Pavarin, 2012, p. 257 s.). Infatti, trattandosi

16 In effetti, nel settore della tutela del rapporto madre-figlio, una proroga del termine di durata della detenzione domiciliare disposta ai sensi dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p. si po-

di misura “a tempo”, esaurita la sua durata, l’espiazione in regime ordinario è destinata a subentrare «senza bisogno di provvedimento espresso di revoca» (Canepa e Merlo, 2010, p. 321), previsto invece nei casi in cui vengano meno le condizioni stabilite per la detenzione domiciliare ordinaria o generica, compreso – nella prima ipotesi – il compimento del decimo anno d’età da parte del figlio (art. 47-ter co. 7 o.p.)¹⁷.

Il tribunale di sorveglianza può applicare la detenzione domiciliare in luogo del rinvio dell’esecuzione della pena anche d’ufficio (Cass., Sez. I, 3.3.2015, n. 12565; Cass., Sez. I, 20.5.2004, n. 25691; Cass., Sez. I, 19.3.2001, n. 20480). Nella scelta fra l’una e l’altro¹⁸ il giudice gode di ampia discrezionalità (Amelia, 2009, p. 197), fermo restando che, sussistendo i presupposti del differimento, esso non può essere accantonato in favore della restrizione domestica se ne derivi un pregiudizio per la salute della donna o per il benessere del bambino.

trebbe immaginare in forza di un nuovo apprezzamento della situazione alla scadenza della misura originariamente applicata ad una madre d’infante di età inferiore all’anno: potrebbe conseguirne la prosecuzione della restrizione domestica in veste sostitutiva del rinvio “facoltativo” (previsto a tutela della prole di età inferiore a tre anni). Tuttavia, alla scadenza del termine, se il magistrato di sorveglianza non interviene a norma dell’art. 684 c.p.p., il pubblico ministero «è tenuto a emettere ordine di carcerazione per la prosecuzione dell’espiazione nelle forme ordinarie, nelle more della decisione del Tribunale di sorveglianza in ordine all’eventuale prosecuzione o cessazione del beneficio»: v. Fiorentin b), 2012, p. 446.

17 Al fine di scongiurare un temporaneo (quanto deleterio) ingresso in carcere della madre, una cessazione dell’espiazione domestica subordinata ad un provvedimento espresso di revoca del giudice potrebbe risultare più efficace. Infatti il tribunale di sorveglianza potrebbe valutare la sussistenza dei presupposti per una prosecuzione della detenzione domiciliare, non più in sostituzione dell’ormai precluso rinvio, ma pur sempre in funzione dell’accudimento del figlio infradecenne. In termini generali, sull’apprezzamento spettante al giudice chiamato a decidere sulla revoca della detenzione domiciliare per cessazione delle condizioni legittimanti, cfr. Cesaris f), 2015, p. 577: «La condizione del beneficiario dovrà [...] essere oggetto di attenta valutazione per verificare se non possa essere ricondotta ad altre ipotesi e quindi se non possa proseguire l’esecuzione con la modalità alternativa, seppure per un titolo diverso da quello per il quale era stata concessa la detenzione domiciliare in prima battuta». Per esempio, sulla possibilità di disporre «la prosecuzione della detenzione domiciliare ai sensi dell’art. 47-ter comma 1-bis» o.p. quando siano venute meno le condizioni soggettive che ne avevano originariamente autorizzato l’applicazione in via ordinaria, cfr. Comucci, 1999, p. 239.

18 Nel senso che, in luogo del rinvio, il tribunale di sorveglianza può disporre «la detenzione domiciliare o altra misura alternativa» (più favorevole), «ugualmente ritenuta idonea» alla tutela dei beni protetti dagli artt. 146 e 147 c.p. (*corsivo nostro*), v. Cass., Sez. I, 19.3.2001, n. 20480.

5.1. L'interesse del minore alla convivenza con la madre fino al decimo compleanno: la detenzione domiciliare ordinaria ...

La legge 10.10.1986 n. 663 (c.d. “legge Gozzini”) introdusse nell’ordinamento penitenziario l’art. 47-ter, dedicato alla detenzione domiciliare. Per quanto interessa nella presente sede, essa venne ad aggiungersi al rinvio dell’espiazione quale ulteriore strumento di tutela della salute della donna incinta e del nascituro, nonché della convivenza fra madre e figlio minore, nonostante la condanna irrevocabile della prima ad una pena detentiva. Inizialmente potevano beneficiarne le donne in gravidanza e le madri di prole convivente di età inferiore a tre anni, purché la pena espianda fosse la reclusione non superiore a due anni o l’arresto.

Già tale innovazione diede origine a quei problemi di coordinamento con gli istituti preesistenti che avrebbero poi costantemente segnato il progressivo arricchimento degli strumenti di salvaguardia della relazione tra madri condannate ad una pena detentiva e figli minori. Infatti, entro i limiti di pena che consentivano la neo-introdotta misura alternativa, ci s’interrogava sul rapporto fra la stessa ed il rinvio dell’esecuzione, già previsto dal codice penale (nell’art. 146 addirittura in termini di obbligatorietà) per le donne in gravidanza e per le madri dei bambini più piccoli (sul punto si rinvia a Romano e Grasso b), 2012, p. 419).

Come si è già visto, a partire dalla “legge Simeone” (165/1998), non vi furono più situazioni legittimanti la temporanea paralisi della pretesa punitiva ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., ma non anche l’esecuzione della pena detentiva nella forma domestica (art. 47-ter co. 1-ter o.p.). Ciò significa che l’intera area di operatività del beneficio previsto dal codice penale divenne altresì terreno di applicazione della misura alternativa domiciliare. Senza fissare criteri di orientamento predeterminati, il legislatore rimise alla piena discrezionalità del tribunale di sorveglianza la scelta in concreto fra l’uno e l’altra, in astratto parimenti disponibili ai fini della tutela degli interessi considerati dagli artt. 146 e 147 c.p. Poi, grazie alla “legge Finocchiaro” (40/2001), il rinvio dell’esecuzione, che assicura alla coppia la condivisione della piena libertà, estese la propria operatività fino al compimento del terzo anno di vita del bambino. Oltre, però, esso resta automaticamente escluso, mentre la detenzione domiciliare rimane disponibile, innanzitutto nella sua forma ordinaria, autonoma – quanto a presupposti – dal beneficio previsto negli artt. 146 e 147 c.p.¹⁹: a partire dal 1998 la misura domestica ha allarga-

¹⁹ Quanto all’area di sovrapposizione della detenzione domiciliare ordinaria e di quella alternativa al rinvio dell’esecuzione, si noti che, se la pena espianda permette l’accesso alla prima a norma dell’art. 47-ter co. 1 o.p., colei che ne abbia fatto richiesta ha interesse ad impugnare il rigetto sebbene, versandosi in un caso di differimento “obbligatorio”, il tribunale

to la sua applicabilità sino al compimento del decimo anno di vita del figlio convivente e si è spinta a coprire l'espiazione della reclusione fino a quattro anni (anche residui)²⁰, oltre all'arresto (Cesaris f), 2015, p. 559 s.; Pavarin, 2012, p. 243; Romano e Grasso b), 2012, p. 420)²¹.

Dal momento in cui l'età della prole rilevante ai fini della distrazione della madre dal carcere è stata elevata oltre il limite dei tre anni (ossia già dal 1993, con un primo innalzamento a cinque), la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter o.p.* non è più stata uno strumento di tutela riservato ai bambini tradizionalmente autorizzati a seguire la genitrice all'interno degli istituti penitenziari. Per costoro la misura introdotta dalla "legge Gozzini" era intervenuta ad arginare il rischio che, oltre il periodo del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena, l'ingresso in carcere diventasse l'unica (e dolorosa) possibilità di mantenimento della convivenza con la madre (Cesaris f), 2015, p. 553; Presutti, 1987, p. 164). Invece, una volta consentita anche alle condannate con figli oltre i tre anni d'età, per questi ultimi (non autorizzati a seguire la madre negli istituti penitenziari) la detenzione domiciliare divenne un potenziale rimedio contro un distacco altrimenti inevitabile. La misura domestica sviluppò così il suo ruolo di contrasto nei confronti dell'assenza genitoriale indotta dalla carcerazione, che oggi essa esercita fino al compimento del decimo anno di vita della prole.

Il legislatore non ha mai rinunciato ad attribuire una portata rigidamente discriminante al raggiungimento di un limite d'età prestabilito, seppure a più riprese innalzato²². Tuttavia – come si vedrà meglio in seguito (§ 7) – una

di sorveglianza abbia comunque disposto la detenzione domestica in via "surrogatoria": in tale ultimo caso, infatti, è prevista la fissazione di un termine di durata del beneficio (art. 47-ter co. 1-ter o.p.), il quale può risultare inferiore alla pena che deve (ancora) essere scontata (Cass., Sez. V, 26.3.2010, n. 22623).

20 L'età della prole rilevante ai fini dell'accesso della madre alla detenzione domiciliare ordinaria e la misura massima della reclusione suscettibile di esecuzione nella forma domestica erano già state precedentemente elevate, per effetto del d.l. 14.6.1993 n. 187, conv. con modif. in legge 12.8.1993 n. 296, rispettivamente a cinque anni di vita del bambino ed a tre anni di pena espianda (anche residua): v. Pavarin, 2012, p. 243.

21 Resta naturalmente fermo che, là dove l'esigenza di tutela della maternità e dell'infanzia consenta la detenzione domiciliare, ma la condannata già possiede i requisiti per l'affidamento in prova al servizio sociale, dovrà essere preferita la misura più favorevole (Cesaris f), 2015, p. 563). In effetti, «la detenzione domiciliare si distingue comunque dall'affidamento in prova per la maggiore afflittività e la maggiore idoneità al controllo della pericolosità sociale residua del condannato, che normalmente persiste, poiché, in caso di già completa emenda, potrebbe accedere a superiori benefici» (Cass., Sez. I, 17.3.2009, n. 14962).

22 Sull'individuazione del compimento del decimo anno di vita come limite d'età della

breccia è stata aperta dalla Corte costituzionale con la sentenza 350/2003, sintomatica dei rischi insiti nell'irrilevanza alla quale le «regole indefettibili» (Tesaurò, 2012, p. 4911) condannano inevitabilmente una molteplicità di fattori. In quell'occasione la tutela offerta dalla detenzione domiciliare ordinaria rivolta alle madri (e, in via residuale, ai padri) è stata estesa al figlio convivente portatore di *handicap* totalmente invalidante, a prescindere dall'età.

Sussistendo in capo alla prole il requisito d'età prestabilito dal legislatore o la condizione di grave disabilità specificata dalla Corte costituzionale, la presenza del padre o di altri familiari idonei all'assistenza non esclude l'applicabilità della misura in funzione del mantenimento o eventualmente (nel caso di pena residua) del ripristino della convivenza con la madre (Cass., Sez. I, 18.9.2015, n. 41190). L'art. 47-ter co. 1 lett. a) o.p., infatti, è improntato all'idea dell'insostituibilità delle cure materne (non anche paterne), che permea l'intero sistema dei benefici penitenziari a tutela dei figli di genitori condannati a pene detentive (cfr. C. cost., 17/2017). Parimenti «incongrua deve ritenersi [...] la rilevanza ostativa alla concessione del beneficio» attribuita agli «effetti sospensivi dell'esercizio della responsabilità genitoriale di cui all'art. 32» c.p. (Cass., Sez. I, 18.9.2015, n. 41190). L'art. 47-ter o.p., infatti, subordina all'esercizio della responsabilità soltanto l'accesso paterno alla misura²³. In effetti, nel quadro attuale dei benefici penitenziari rivolti alla tutela dei figli di persone condannate a pene detentive, la mancata rilevanza ostativa delle sanzioni accessorie incidenti sul ruolo genitoriale è la norma (v. *infra*, § 8). Pertanto non è anomalo che le stesse non impediscano alle madri di fruire della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter o.p., ma lo è che risultino preclusive per i padri. Diversamente, ad oggi, la decadenza dalla responsabilità dichiarata ex art. 330 c.c. è ordinariamente codificata quale condizione che esclude l'applicabilità dei benefici finalizzati alla salvaguardia della prole, in quanto rivelatrice di un'inidoneità genitoriale accertata dall'organo preposto alla tutela dei minori. Sotto tale profilo a risultare eccentrico è il perdurare della mancata esclusione delle madri decadute ai sensi dell'art. 330 c.c. dalla categoria dei potenziali destinatari della detenzione domiciliare ordinaria. Si può comunque ritenere che tale circostanza, pur non essendo una condizione in sé ostativa alla concessione del beneficio, possa essere valorizzata in concreto dal giudice nell'esercizio

prole convivente che permette l'applicazione della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter co. 1 o.p. si esprimono in termini critici Comucci, 1999, p. 190 s.; Presutti, 1999, p. 58 s.

23 Per una possibile spiegazione circa la previsione del requisito della responsabilità genitoriale in capo al padre, nel momento in cui non lo si richiede invece per la madre, v. Cesaris f), 2015, p. 555; Mastrototaro, 2018, p. 107.

della discrezionalità di cui gode *ex art. 47-ter* co. 1 o.p.²⁴. In ogni caso, a precludere concretamente l'accesso alla misura alternativa potrà essere una già intervenuta interruzione della convivenza con la madre decaduta²⁵.

In termini generali, pare opportuno sottolineare che la detenzione domiciliare è uno strumento di tutela del rapporto fra madre e figlio contro gli effetti dell'ingresso della prima in un istituto penitenziario. Se invece la convivenza manca per una ragione diversa dalla carcerazione della donna (qualunque essa sia), la misura domestica è inapplicabile poiché viene meno la sua funzione di tutela contro una rottura (o il protrarsi di una sospensione) specificamente indotta dall'espiazione intramuraria. Pertanto non dovrebbe dare accesso alla misura alternativa una convivenza instaurata soltanto con l'ingresso della condannata nell'istituto penitenziario, ma in precedenza inesistente. Diversamente l'istituto si presterebbe ad un uso strumentale del ruolo materno. Infine – ma lo si vedrà meglio in seguito (v. *infra*, § 11.3.) – nell'economia della detenzione domiciliare ordinaria l'interesse della prole alle cure della genitrice non si sottrae al bilanciamento con le contrapposte esigenze di difesa sociale, che possono decretarne la soccombenza nel caso concreto.

Quanto alla portata della misura contemplata nell'*art. 47-ter* co. 1 lett. a) o.p., bisogna dire che essa permette di salvaguardare efficacemente la convivenza tra madri e figli infradecenni in un ambiente idoneo se la pena espanda è di breve o media durata. Infatti, se quest'ultima è *ab origine* contenuta entro il limite dei quattro anni di reclusione, la misura introdotta dalla "legge Gozzini" (e poi più volte riformata) è in grado di evitare del tutto che la convivenza s'interrompa (v. anche l'attuale formulazione dell'*art. 656* co. 5 c.p.p., *infra*, § 12). Se invece il medesimo limite di pena è superato, ma non di molto, la detenzione domiciliare ordinaria consente comunque una rapida cessazione del distacco fra madre e figlio che sia scaturito dalla carcerazione della prima.

24 Secondo Cesaris f), 2015, p. 555, «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».

25 Cfr. Cesaris a), 1994, p. 350, nota 23, là dove l'Autrice già osservava che l'idoneità genitoriale appare un «requisito [...] implicito (lo confermerebbe il riferimento alla convivenza)» per l'accesso alla detenzione domiciliare a norma dell'*art. 47-ter* o.p., «così che non si porrebbe neppure il problema dell'eventuale concessione della misura ad una detenuta sulla cui idoneità e capacità sorgano dubbi, ad esempio per la natura e le modalità del delitto commesso o perché si temano conseguenze negative sul figlio». Cfr., inoltre, Mastropasqua, 2007, p. 94, secondo il quale «il requisito della convivenza di fatto porta logicamente ad affermare che il beneficio non possa essere accordato nei casi in cui la madre è decaduta dalla potestà oppure il figlio è affidato ad altri».

Tuttavia, se deve essere eseguita la sanzione dell'ergastolo o una lunga reclusione, la meta di una pena espianda non superiore a quattro anni svanisce o si allontana molto nel tempo (sarà irraggiungibile o potrà essere ancora distante anche dopo una parziale esecuzione nella forma domestica eventualmente disposta in luogo del rinvio in presenza di prole d'età inferiore a tre anni): la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* co. 1 o.p. diventa allora inadatta a tutelare il rapporto di convivenza fra madre e figlio.

5.2. ... e la detenzione domiciliare speciale.

Al fine di impedire che la gravosità della pena sia inevitabilmente causa di una lunga interruzione della convivenza con i figli minori (v. Canevelli, 2001, p. 807), per i casi in cui «non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47-ter» o.p., nel 2001 la “legge Finocchiaro” offrì ai genitori (matri innanzitutto) un'ulteriore *chance* di esecuzione extramuraria, ossia la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.). Quest'ultima introdusse la possibilità di espriare nella forma domestica anche una pena residua non ancora scesa entro il limite dei quattro anni di reclusione, nell'intento di evitare che i figli delle donne condannate a lunghe pene detentive risultino «eccessivamente penalizzati dalla differenza di situazione delle rispettive matri in riferimento alla gravità dei reati commessi ed alla quantità di pena già espiata» (C. cost., 177/2009).

In origine il legislatore subordinò invariabilmente l'accesso al neo-introdotta beneficio alla previa espiazione di un terzo della pena o quindici anni almeno nel caso di condanna all'ergastolo. Di conseguenza la legge 40/2001 candidò alla misura speciale le matri chiamate ad espriare la pena perpetua oppure un periodo di reclusione destinato, a causa della sua estensione, a rimanere al di sopra dei quattro anni pur dopo essere stato scontato per un terzo (v. Cesaris b), 2002, p. 553).

Anche la detenzione domiciliare speciale si rivolge alle «condannate matri di prole di età non superiore ad anni dieci» (art. 47-*quinquies* co. 1 o.p.), ma, nell'economia del “nuovo” beneficio, il legislatore volle attenuare la portata discriminante attribuita all'età del figlio. Lo dimostra il fatto che l'art. 47-*quinquies* o.p., sin dalla sua formulazione originaria, non prevede la revoca della misura qualora vengano meno le condizioni legittimanti²⁶,

26 Nei casi di morte o di affidamento ad altri del figlio viene meno l'oggetto tutelato dalla detenzione domiciliare, ossia il rapporto di convivenza fra madre e prole: quanto alla misura domestica ordinaria, la revoca è stabilita dal settimo comma dell'art. 47-*ter* o.p., che comprende tutte le ipotesi di cessazione delle condizioni legittimanti (le stesse due circostanze ricorrono pure come cause espresse di revoca del rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.: v. *supra*, § 4). Sebbene la disciplina della detenzione domiciliare

consentendone piuttosto la proroga oltre il compimento del decimo anno di vita del bambino²⁷, cosicché «la madre lo possa accompagnare nel delicato passaggio dall'infanzia all'adolescenza» (Ruaro, 2014, p. 3). Il minore ha in tal modo la possibilità di sfuggire al distacco generato dal rientro in carcere della madre che non sia in condizione di esservi altrimenti sottratta²⁸ (v. *infra*, § 7).

Oltre che tramite il parametro anagrafico, il legislatore del 2001 selezionò ulteriormente la categoria delle madri candidabili al “nuovo” beneficio escludendone quelle decadute dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c. Tale circostanza fu assunta quale indice incontrovertibile²⁹ della carenza di un interesse del figlio alla convivenza con la madre potenzialmente in grado di giustificarne la sottrazione al carcere: essa venne codificata come condizione in sé ostativa all'applicabilità e, ove sopravvenuta, alla prosecuzione della detenzione domiciliare speciale³⁰ (art. 6 legge 40/2001). Fuori da questo caso la “legge Finocchiaro” riconobbe espressamente al giudice di sorveglianza un autonomo ed ampio margine di apprezzamento dell'interesse del minore ai fini della concessione della misura al genitore. Precisamente esso assunse la forma della verifica circa «la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli» (art. 47-*quinquies* co. 1 o.p.)³¹.

speciale non contenga una previsione analoga, si ritiene che «il trib. sorv., informato del mutamento della situazione, debba provvedere alla revoca della misura, perché sarebbe davvero paradossale che il genitore continui a godere della modalità alternativa di espiazione, che è diretta a tutelare il minore garantendogli cura ed assistenza, quando l'oggetto della cura e dell'assistenza non vi sia più perché morto o affidato ad altre persone»: Cesaris h), 2015, p. 606; cfr., altresì, Canepa e Merlo, 2010, p. 324, Pavarin, 2012, p. 287.

27 Canepa e Merlo, 2010, p. 324 s., osservano che, in assenza di tempestiva proroga, «la carcerazione della condannata [...] si dovrebbe far conseguire al carattere temporaneo del beneficio»: pertanto, «il Pubblico Ministero competente dovrà emettere l'ordine di esecuzione della pena in forma detentiva» (soluzione, questa, analoga a quella applicabile allo spirare del termine di durata della detenzione domiciliare disposta ai sensi dell'art. 47-*ter* co. 1-*ter* o.p., espressamente prevista dal legislatore come misura “a tempo”: v. *supra*, § 5).

28 Nel senso che «il legislatore sembra aver voluto impedire con ogni mezzo il rientro in carcere per spiare il residuo di pena, che non sarebbe in altro modo spiabile», Cesaris b), 2002, p. 559.

29 Per l'assenza di discrezionalità in capo alla magistratura di sorveglianza, cfr. Cesaris b), 2002, p. 558.

30 Ai fini di «una pronta tutela del minore», Cesaris b), 2002, p. 558, propone un'interpretazione dell'art. 51-*ter* o.p. che estenda la sospensione cautelativa della misura domiciliare ad opera del magistrato di sorveglianza anche all'ipotesi di intervenuta decadenza dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c.

31 Sulla necessità dell'«effettiva possibilità, da parte dei minori di età, concessa la misura

Il riferimento al “ripristino” della convivenza fra la donna condannata e la prole denuncia che la detenzione domiciliare speciale nacque per favorire il recupero della comunanza di vita in ambiente domestico, spezzata dalla carcerazione materna, piuttosto che per evitarne *tout court* l’interruzione (v. Mastrototaro, 2018, p. 110). In effetti, il requisito della previa espiazione della porzione minima di pena prestabilita nel comma iniziale dell’art. 47-*quinquies* o.p. non poteva dirsi funzionale alla continuità della convivenza extramuraria (sebbene non escludesse categoricamente tale risultato: si pensi, per esempio, al caso in cui il computo del periodo trascorso agli arresti domiciliari e/o la fruizione, in fase esecutiva, della detenzione domestica alternativa al rinvio già consumino un terzo della pena; v. Pavarin, 2012, p. 283). La “nuova” misura intervenne piuttosto per consentire o accelerare il ripristino della convivenza all’esterno nei casi di pene detentive tali da rendere irraggiungibile o molto lontana la meta di una quota residua contenuta entro il limite utile per la detenzione domiciliare ordinaria.

Ed ecco allora che, in presenza di una madre giuridicamente “responsabile” (non decaduta *ex art.* 330 c.c.), ma oggetto di una pesante condanna e con una pena ancora cospicua da scontare, la concessione del beneficio fu espressamente subordinata ad una verifica dell’effettiva utilità del rientro della donna nell’ambiente domestico, dal punto di vista del benessere psico-fisico del figlio infradecenne³², consegnata al giudice chiamato a decidere sull’applicazione della misura domiciliare speciale, senza il corredo di alcun parametro di valutazione specifico (del resto difficilmente codificabile quando si discute dell’interesse del minore). Fu una scelta sicuramente impegnativa, poiché tale opzione esige una magistratura di sorveglianza adeguatamente “attrezzata” per procedere ad un accertamento discrezionale fuori dall’ambito, ad essa familiare, dell’idoneità della misura a favorire il recupero del reo e prevenire la commissione di nuovi reati. Il giudizio prognostico sull’utilità del beneficio per il figlio della persona condannata (Cesaris b), 2002, p. 554) si muove invece sul terreno della valutazione del superiore interesse del minore, terzo rispetto alla vicenda esecutiva, inconsueto per la magistratura di sorveglianza. Per formularlo il giudice, già nel momento della prima applicazione della detenzione domiciliare speciale, dovrebbe disporre (anche)

alternativa [della detenzione domiciliare speciale], di fruire delle cure materne», v. Cass., Sez. I, 10.10.2017, n. 53426 (nel caso di specie il provvedimento impugnato aveva ritenuto la madre non in condizione di prendersi adeguatamente cura dei figli a causa del suo stato psicologico).

32 A supporto di un’interpretazione che non esaurisce «la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli» nella mera sussistenza di condizioni materiali adeguate (come un domicilio idoneo), v. Cesaris b), 2002, p. 554 s. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 7.3.2013, n. 38731; Cass., Sez. I, 20.10.2006, n. 40736.

di informazioni sufficientemente articolate ed approfondite sulla situazione materiale ed affettiva del minore e sul suo rapporto con la madre, donde l'urgenza di un effettivo coordinamento con gli organi giudiziari specificamente preposti alla tutela minorile e con i servizi sociali territoriali³³. Una volta accordata la misura, il reperimento di informazioni utili diventerà naturalmente più agevole. Infatti il suo svolgimento sarà monitorato e supportato dal servizio sociale penitenziario, che «riferisce periodicamente al magistrato di sorveglianza sul comportamento del soggetto» (art. 47-*quinquies* co. 5 o.p.): eventuali condotte pregiudizievoli nei confronti della prole potranno rilevare, ai fini della revoca, come comportamenti contrari alla legge o alle prescrizioni dettate (art. 47-*quinquies* co. 6 o.p.), ove incompatibili con la prosecuzione di un beneficio espressamente finalizzato «alla cura e alla assistenza dei figli» (art. 47-*quinquies* co. 1 o.p.)³⁴.

La novella del 2001 subordinò espressamente la concessione della misura domiciliare speciale alla verifica dell'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» (art. 47-*quinquies* co. 1 o.p.; v. *infra*, § 11.3.). Tuttavia, in presenza di donne condannate a pene detentive medio-lunghe, se non all'ergastolo, il legislatore non si limitò a consegnare tale criterio di bilanciamento al giudice. Volle aggiungere un ulteriore presidio a tutela delle esigenze – pure di rilievo costituzionale – in conflitto con il bisogno della prole di ricevere le cure materne in un ambiente idoneo. A tal fine ricorse ad un automatismo preclusivo. Scelse infatti di escludere invariabilmente l'operatività della neo-introdotta ipotesi di detenzione domestica nella prima parte dell'esecuzione, sacrificando *a priori* l'interesse del minore, reso soccombente a prescindere da un accertamento in concreto della pericolosità sociale della persona condannata. Fu così seguito il modello delle soglie minime di pena scontata, già adottato per la semilibertà: nel caso della detenzione domiciliare speciale la legge 40/2001 attribuì valenza ostativa al mancato decorso di un periodo di espiazione pari ad un terzo della sanzione o quindici anni almeno per l'ergastolo. Ne conseguì l'impossibilità, per la “nuova” misura, di soccorrere nei casi di pena residua superiore a quattro anni e pena scontata inferiore ad un terzo. Con riferimento alle ergastolane, poi, la condizione della previa espiazione di almeno quindici anni riservò di fatto la detenzione domiciliare speciale alla protezione dei figli concepiti nel corso dell'esecuzione³⁵ (si ricordi che, nei confronti delle persone con-

33 In generale, sulle carenze di coordinamento che possono danneggiare il minore, v. Tomaselli, 2014, p. 177.

34 Sulla riconducibilità dell'abbandono del figlio alle ipotesi di violazione della legge o delle prescrizioni, Canepa e Merlo, 2010, p. 324; Cesaris h), 2015, p. 606; Pavarin, 2012, p. 287.

35 A questi bambini la nuova forma di restrizione domestica diede la possibilità di non

dannate alla pena perpetua, attualmente i permessi premio sono ammessi «dopo l’espiazione di almeno dieci anni» ex art. 30-ter co. 4 lett. d) o.p.: v. *supra*, *Il diritto all’affettività*, § 3.3.). Al di là dell’ipotesi – evidentemente non ordinaria – delle gravidanze iniziate durante l’espiazione, restarono così privi di tutela i bambini già nati nel momento di avvio della stessa, destinati a raggiungere il decimo anno di vita in epoca precedente alla consumazione dei primi quindici anni della pena materna (v. Bassetti, 2003, p. 83).

Pur dopo la riforma del 2001, pertanto, nella fase dell’esecuzione delle pene detentive rimaneva uno spazio caratterizzato da un *deficit* di protezione dell’interesse del minore alla convivenza con la madre in un ambiente domestico, eccetto che nei confronti dei bambini più piccoli (d’età inferiore a tre anni). Costoro, infatti, sono potenzialmente beneficiari (indiretti) della detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio. Tuttavia quest’ultima, più favorevole del differimento ai fini della consumazione di almeno un terzo della pena o quindici anni nel caso di condanna all’ergastolo (v. Canevelli, 2001, p. 811), può comunque esaurire il suo tempo prima di aver “traghetato” madre e figlio oltre una tale soglia. *Rebus sic stantibus*, la preclusione originariamente operante nella prima fase dell’esecuzione non consentiva di scongiurare un deleterio alternarsi di convivenza extramuraria e separazione fra madre e figlio (detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio; al sopraggiungere del terzo compleanno del minore, distacco obbligato conseguente alla carcerazione materna in attesa della consumazione della prima quota della pena; scontata tale quota, detenzione domiciliare speciale)³⁶.

Finalmente la preclusione *a priori* imposta all’accesso al domicilio nella prima fase dell’espiazione venne eliminata dalla legge 62/2011. Quest’ultima però lasciò sopravvivere il regime precedente «nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell’articolo 4-*bis*» o.p. A questo ri-

subire un’interruzione protratta della convivenza con la madre una volta cessata la sospensione dell’esecuzione (meglio – ai fini della consumazione dei primi quindici anni della pena – se surrogata dalla misura domestica disposta ai sensi dell’art. 47-ter co. 1-ter o.p.: v. Canevelli, 2001, p. 811), operante soltanto durante la prima infanzia della prole (v. Cesaris b), 2002, p. 552 s.).

36 Per il primo segmento dell’espiazione (precedente il raggiungimento di una pena residua contenuta entro il limite che consente la detenzione domiciliare ordinaria o di una quota scontata sufficiente per quella speciale), la “legge Finocchiaro” rese solo parzialmente disponibile la forma di tutela del rapporto fra madre e figlio, meno intensa, rappresentata dall’assistenza all’esterno (art. 21-*bis* o.p.), che può essere accordata per l’accudimento della prole di età non superiore a dieci anni (Canevelli, 2001, p. 812). Infatti, nemmeno quest’ultimo istituto rimase indenne dal meccanismo delle soglie minime di pena espia, soltanto molti anni dopo oggetto di un intervento censorio della Corte costituzionale (sent. 174/2018): v. *infra*, §§ 6 e 11.2.

sultato il legislatore giunse tramite l'inserimento, nell'art. 47-*quinquies* o.p., di un comma (1-*bis*) dedicato alle modalità di svolgimento della prima parte dell'esecuzione: la carcerazione ordinaria cessò di essere l'unica possibilità in questa fase, se non per le madri autrici dei reati considerati più allarmanti (v. Cass., Sez. I, 25.3.2014, n. 18226).

Grazie alla riforma del 2011, già durante il primo lasso di tempo, in presenza di prole d'età non superiore a dieci anni, la pena detentiva può essere eseguita «presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri», dove la coppia madre-figlio condivide pur sempre l'ambiente penitenziario, ma ne traggono vantaggio (o dovrebbero) le condizioni di vita (v. *infra*, § 10). Inoltre non necessariamente – ed ecco l'ulteriore decisa innovazione – i due sono costretti ad attendere per ritrovarsi insieme in un luogo migliore. Infatti, la seconda parte del co. 1-*bis* affianca all'ingresso in un istituto a custodia attenuata l'espiazione presso il domicilio, declinato in una serie di varianti, fra le quali compaiono espressamente le case famiglia protette, sebbene come risorsa eventuale e residuale (diffusamente v. *infra*, *Le case famiglia protette*). Il significato non può essere altro che quello di rendere disponibile per le madri³⁷ la possibilità di scontare sin dall'inizio la pena detentiva secondo la modalità della restrizione extramuraria per la cura e l'assistenza di figli sino al decimo anno d'età, anche nel caso delle sanzioni più gravi (Fiorentin a), 2011, p. 2626; Fiorio, 2011, p. 935): un'opportunità, quest'ultima, che, prima della riforma del 2011, era offerta soltanto alle donne con i bambini più piccoli (in quanto candidabili alla misura domestica ex art. 47-*ter* co. 1-*ter* o.p.).

L'assegnazione ad un luogo esterno al carcere nella prima parte di una pena detentiva medio-lunga o dell'ergastolo è espressamente subordinata alla verifica, caso per caso, dell'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga». Si tratta, invero, di una condizione che in concreto può rendere piuttosto angusto il passaggio verso una precoce fuoriuscita di madre e figlio dall'istituto penitenziario. Non è invece richiesto un vaglio circa l'effettivo interesse del minore alla convivenza domestica con la genitrice (Cesaris h), 2015, p. 600; Mastrototaro, 2018, p. 113; v., però, Cass., Sez. I, 25.3.2014, n. 18226).

Come si diceva, la riforma del 2011 lasciò intatta la disciplina originaria nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art.

37 Non è agevole il coordinamento del co. 1-*bis*, introdotto dalla legge 62/2011, e del preesistente co. 7 dell'art. 47-*quinquies* o.p., quest'ultimo specificamente rivolto ai padri: sul punto v. Cesaris h), 2015, p. 600; Mastrototaro, 2018, p. 110. Anche ai padri si riferiscono sia il d.m. 8.3.2013, dedicato ai requisiti delle case famiglia protette, sia il parere formulato dal DAP (2014) sulla competenza a disporre l'espiazione della pena presso un ICAM ex art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p..

4-*bis* o.p. Per loro, non ancora scontati un terzo della pena o quindici anni almeno nel caso dell'ergastolo, la detenzione nella forma domiciliare rimase invariabilmente esclusa. E nemmeno si volle consentirne l'ingresso in un istituto o in una sezione a custodia attenuata. Ora, però, anche nei riguardi delle condannate per uno di quei delitti la preclusione è venuta meno. A caducarla è stata la Corte costituzionale (sent. 76/2017: v. *infra*, § 11.2.). Pertanto neppure alle madri in espiazione di pena per i reati considerati più allarmanti è più applicabile il regime di accesso alla detenzione domiciliare obbligatoriamente "differito", fermo restando – ovviamente – il prudente vaglio giudiziale sull'opportunità di concedere il beneficio nel caso specifico (v. *infra*, § 11.3.). Se ne ricava un ulteriore passo verso una protezione omogenea dell'intera categoria di minori fino al compimento del decimo anno di vita sotto il profilo dell'ambito di operatività della misura domestica finalizzata al loro accudimento (già esente da limiti connessi alla gravità della pena espianda o alla tipologia del reato commesso per le madri di prole d'età inferiore a tre anni, ai sensi dell'art. 47-*ter* co. 1-*ter* o.p.).

Attualmente, nel quadro dell'art. 47-*quinquies* o.p., non appare del tutto lineare il rapporto fra il regime previsto dal primo comma, risalente alla "legge Finocchiaro", ed il comma 1-*bis*, innestato dieci anni dopo. Potrebbe forse contribuire ad una maggiore chiarezza una nuova formulazione, che segnasse senza ambiguità la discontinuità rispetto all'impostazione originaria del 2001. Grazie anche all'intervento della Corte costituzionale, infatti, nell'interesse dei minori (infradecenni) si è ormai compiuto il passaggio ad una detenzione domestica per genitori (madri innanzitutto) fruibile *ab initio*, sulla base di un bilanciamento in concreto delle esigenze contrapposte, al quale le istanze di difesa sociale non si sottraggono neppure nel caso delle pene più gravi o dei reati ritenuti più allarmanti³⁸.

38 La proposta di riforma elaborata dalla "Commissione Giostra" (reperibile in www.penalecontemporaneo.it/upload/6045-propostariformaopcommgiostra.pdf) prevedeva che nel primo comma dell'art. 47-*quinquies* o.p. si stabilisse espressamente che la misura domiciliare speciale «può essere concessa fin dall'inizio dell'esecuzione se l'interesse superiore del minore lo richiede e non sussiste un concreto pericolo di fuga». Di segno diverso il cambiamento prospettato dallo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017 (in attuazione della delega contenuta nella legge 103/2017). Là dove la quantità o la specie della pena non consentano l'accesso alla misura domestica ordinaria, vi si prevedeva che l'espiazione nella forma domiciliare in funzione dell'accudimento dei figli tornasse ad essere riservata al periodo successivo alla consumazione di un terzo della pena o quindici anni almeno nel caso dell'ergastolo. Pertanto, ove la modifica fosse andata in porto, sarebbero risultate nuovamente 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 espiauto almeno un terzo della pena o quindici anni nel caso dell'ergastolo (a prescindere dalla natura del reato

5.3. *La convivenza in regime di detenzione extramuraria.*

La sostituzione del carcere con la detenzione domiciliare è uno strumento di tutela della relazione fra genitori in conflitto con la giustizia penale e figli ben diverso dall'esecuzione differita: esso non conserva (né restituisce) all'adulto la libertà, ma lo confina entro un ambiente extramurario, che il minore può condividere senza esserne danneggiato nel suo benessere psico-fisico.

Nel nostro ordinamento tale forma di protezione è presente non soltanto nella fase dell'esecuzione della pena, ma anche nella sede cautelare. Come si vedrà meglio nel prosieguo (§ 9), è il quarto comma dell'art. 275 c.p.p. ad introdurla per il caso di procedimento penale a carico di genitori (in primo luogo madri) di figli di età non superiore a sei anni, oltre che donne in gravidanza. Nei confronti di costoro, infatti, una volta relegata la custodia in carcere alle sole ipotesi di concreta sussistenza di una pericolosità di eccezionale rilevanza, gli arresti domiciliari si presentano quale misura normalmente destinata a subentrare a quella più gravosa. Nella fase dell'esecuzione della pena sono invece gli artt. 47-ter (co. 1 lett. a) e 1-ter) e 47-quinquies o.p. a prevedere i casi nei quali la restrizione domestica opera come misura alternativa volta alla salvaguardia della relazione fra la madre condannata ed i figli.

Se l'indagato o l'imputato agli arresti domiciliari «si considera in stato di custodia cautelare» (art. 284 co. 5 c.p.p.), il condannato costretto entro il domicilio sconta nel frattempo la sua pena, com'è reso esplicito dall'art. 47-ter co. 1-ter o.p., che evidenzia in tal modo la differenza dall'esecuzione posticipata. In effetti, rispetto a quest'ultimo istituto, sono ben diversi i termini del bilanciamento fra i contrapposti interessi. La disciplina del rinvio dell'esecuzione della pena concentra il contemperamento essenzialmente nella fase della selezione dei destinatari (le sole madri di figli nella prima infanzia, oltre che le donne in gravidanza); il contenuto del beneficio, invece, è a completo vantaggio delle esigenze di cura del bambino, che l'adulto è materialmente messo in condizione di soddisfare appieno grazie al mantenimento (o al ripristino) della libertà. Anche la detenzione extramuraria sottrae il genitore al carcere, consentendone la convivenza con il figlio in un ambiente adeguato; tuttavia, a salvaguardia degli interessi contrapposti,

commesso). Per queste donne, in presenza di figlio d'età inferiore a sei anni (ma non a tre, donde l'inapplicabilità del rinvio dell'esecuzione della pena), sarebbe rimasta la possibilità di preservare la convivenza soltanto all'interno dell'apposito circuito a custodia attenuata, ossia pur sempre in un istituto penitenziario. Tuttavia, l'iter successivo della riforma ha visto infine tramontare anche questa modifica insieme alla maggior parte di quelle in tema di misure alternative.

essa costringe fisicamente l'adulto entro i confini del luogo di assegnazione, sottoposto al controllo dei soggetti competenti, cosicché limita di fatto la sua capacità di dare effettiva assistenza al minore che con lui condivide la quotidianità.

5.3.1. *I luoghi della convivenza ...*

La tipologia dei possibili luoghi della detenzione extramuraria si è nel tempo arricchita, in generale e pure con specifico riferimento al caso delle madri (anche se, talvolta, l'ampliamento è apparso privo di una portata sostanzialmente innovativa, riferendosi a strutture che potevano ritenersi già riconducibili al catalogo preesistente³⁹). Le alternative che si offrivano al giudice in ordine alla misura domiciliare introdotta dalla "legge Gozzini" consentivano l'assegnazione del beneficiario presso la sua «abitazione»⁴⁰ oppure «altro luogo di privata dimora» o «luogo pubblico di cura o di assistenza» (gli stessi luoghi si ritrovano nella versione originaria dell'art. 284 c.p.p. con riferimento agli arresti domiciliari). Innovato dalla "legge Simeone", il primo comma dell'art. 47-ter o.p. vide allungarsi l'elenco delle strutture pubbliche suscettibili di ospitare persone ristrette al di fuori delle mura carcerarie: comparvero espressamente i luoghi di «accoglienza» (v. Cesaris f), 2015, p. 573). Quando poi la "legge Finocchiaro" introdusse – solo per i genitori – la detenzione domiciliare speciale, essa ne consentì lo svolgimento presso strutture di cura, assistenza o accoglienza non soltanto pubbliche (v. Cesaris h), 2015, p. 604). Successivamente la legge 62/2011 ha segnato in modo esplicito l'ingresso delle case famiglia protette fra i possibili luoghi della detenzione domiciliare, sia ordinaria che speciale, oltre che degli arresti domiciliari. Tali strutture sono elettivamente destinate ad accogliere genitori (matri innanzitutto)⁴¹ e figli minori (per ogni ulteriore approfondimento v. *infra*, *Le case famiglia protette*).

Il novero delle sedi potenzialmente capaci di ricevere persone sottoposte alla detenzione extramuraria è stato progressivamente ampliato nell'inten-

39 Inoltre, nell'affastellarsi delle successive riforme, si sono create discutibili disomogeneità. Per quanto riguarda le madri, basti pensare alla scelta, operata dalla "legge Finocchiaro", di non limitare i luoghi di cura, assistenza o accoglienza utilizzabili per la detenzione domiciliare speciale alle sole strutture pubbliche, scelta tuttavia non estesa alla detenzione domiciliare ordinaria (v. Cesaris h), 2015, p. 604).

40 Si noti che, inevitabilmente, se «l'abitazione costituisce [...] il luogo di esecuzione della pena, [...] l'affittività della misura – e, ancor prima, il ricorso stesso alla medesima – viene a dipendere dalle condizioni economiche del condannato» (Della Casa c), 2010, p. 842).

41 Sulla destinazione delle case famiglia protette alle sole madri nel contesto dell'art. 47-ter co. 1 o.p., v. Cesaris f), 2015, p. 573. In ogni caso, all'effettiva accoglienza dei padri ostano difficoltà di ordine pratico. V. *infra*, *Le case famiglia protette*, § 6.2.

to di evitare che possa essere la mancanza di un domicilio idoneo a costringere in carcere chi altrimenti potrebbe uscirne (v. Mastrototaro, 2018, p. 105). Si può trattare di persone prive di qualsiasi riferimento abitativo disponibile oppure provviste di un domicilio inadeguato, là dove un'altra e diversa collocazione potrebbe consentire l'accesso alla misura. È chiaro che, per quanto possa arricchirsi l'elenco normativo dei luoghi potenzialmente idonei all'esecuzione in forma domiciliare della detenzione, diversi dalla privata abitazione, l'esclusione dei soggetti meno attrezzati è comunque destinata a persistere fino a quando quel catalogo non trovi concreto riscontro nell'effettiva disponibilità di un'adeguata rete di strutture ricettive distribuite su tutto il territorio nazionale. Sulla scorta della delega contenuta nella legge 103/2017 (art. 1 co. 85 lett. b)), si era ipotizzato di prevedere in modo espresso che, ai fini della concessione della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter o.p.⁴², il condannato privo di una propria abitazione o di altro luogo di privata dimora, potesse «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. 47-ter co. 5-bis o.p., secondo lo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato il 22 dicembre 2017)⁴³. Nel contempo si mirava ad attribuire espressamente agli uffici di esecuzione penale esterna il compito di adoperarsi per favorire il reperimento di una soluzione abitativa in grado di consentire «la modifica della misura della semilibertà e la sua sostituzione con quella dell'affidamento in prova o della detenzione domiciliare» (così avrebbe recitato il nuovo art. 72 co. 2-bis o.p.). Rispetto alle innovazioni prospettate, la Relazione illustrativa di accompagnamento allo schema di decreto legislativo (p. 31) riconosceva che il sostegno all'accesso alle misure extramurarie rappresentato dalla possibilità dell'accoglienza presso

42 S'ipotizzava una previsione analoga per l'affidamento in prova al servizio sociale (inserita in un rinnovato art. 47 co. 3-bis o.p.).

43 Cfr. già, nell'ambito dei lavori degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale 2015-2016, il suggerimento di «prevedere la possibilità di applicazione della misura [della detenzione domiciliare] presso luoghi di dimora sociale pubblica o convenzionata che offrano vitto e alloggio nei limiti di spesa già previsti per il mantenimento in stato di detenzione», suggerimento avanzato dal Tavolo 12 – Misure e sanzioni di comunità – nella Relazione di accompagnamento alle proposte formulate in esito ai lavori svolti (p. 25), reperibile in www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo12_relazione.pdf (accesso eseguito in data 10.2.2018). Il Tavolo 12 era 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.

strutture diverse dall'abitazione privata è «praticabile sulla base della messa a disposizione di luoghi di esecuzione da parte di enti pubblici [...] o privati, che svolgano attività del cd. terzo settore», secondo modalità «già sperimentate sulla base di protocolli con gli uffici di esecuzione e i tribunali di sorveglianza», che l'espressa nuova previsione normativa intendeva appunto «consentire e incrementare». Ribadite nello schema di decreto legislativo approvato in secondo esame preliminare, le modifiche *de quibus* sono state tuttavia successivamente abbandonate.

In rapporto alla detenzione domiciliare speciale, riservata a madri (e padri), già nel 2011 il legislatore individuò nelle case famiglia protette le strutture appositamente destinate ad ospitare la coppia madre-figlio nel caso di impossibilità, per la condannata, «di espriare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora» (v. *infra*, *Le case famiglia protette*, § 2)⁴⁴. Nel contempo scelse «sostanzialmente di abbandonare ad una successiva definizione amministrativa le caratteristiche» di tali luoghi (Scomparin, 2011, p. 602, nota 14), infine individuate dal d.m. 8.3.2013⁴⁵, piuttosto generico in ordine al profilo degli operatori professionali impiegati all'interno delle

44 In seguito alla riforma del 2011, nell'articolo dedicato alla detenzione domiciliare speciale (47-*quinquies* o.p.), le case famiglia protette risultano espressamente evocate soltanto nel comma (1-*bis*) specificamente dedicato all'espiazione della prima quota della pena detentiva. Tuttavia, trattandosi di strutture riconducibili ai luoghi «di cura, assistenza o accoglienza», pare in ogni caso possibile ritenerle incluse anche nell'elenco dei luoghi utili per l'esecuzione extramuraria della pena residua dopo la consumazione della prima porzione (Fiorentin a), 2011, p. 2626). Se lo schema di decreto legislativo del 22 dicembre 2017 fosse andato infine in porto, nel tessuto della disciplina della misura domestica dedicata esclusivamente ai genitori, le case famiglia protette sarebbero comparse espressamente fra le alternative a disposizione della magistratura di sorveglianza dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena o quindici anni nel caso dell'ergastolo. Nel segmento esecutivo precedente, invece, la soluzione prescelta risultava il collocamento intramurario presso gli istituti (o le sezioni) a custodia attenuata, appositamente dedicati ad accogliere bambini d'età inferiore a sei anni al seguito delle madri condannate.

45 Nel d.m. 8.3.2013 si precisa che le case famiglia protette sono «strutture residenziali destinate all'accoglienza di: imputate/i genitori, con prole infraseienne, nei cui confronti l'autorità giudiziaria abbia disposto gli arresti domiciliari presso tali strutture in alternativa alla propria abitazione, luogo di privata dimora o luogo pubblico di cura e assistenza; madri e padri con prole di età inferiore ai dieci anni, convivente, ammessi alla detenzione domiciliare *ex art. 47 ter* o alla detenzione speciale *ex art. 47 quinquies*». È bene ricordare che le case famiglia protette non sono in alcun modo assimilabili «agli "istituti di prevenzione e di pena"»; «sono strutture residenziali gestite solitamente da privati» (Monetini, 2012, p. 86, nota 20), che non si caratterizzano in senso securitario (Petrangeli, 2012, p. 10 s.): v. *infra*, ampiamente, *Le case famiglia protette*. In epoca anteriore alla legge 62/2011 v. già l'art. 4 co. 1 lett. f) legge 28.8.1997 n. 285 (Di Rosa, 2009, p. 4901).

strutture. Non solo. L'effettività della risposta al problema della permanenza in carcere indotta dalla mancanza materiale di un domicilio idoneo non può che dipendere dalle risorse messe concretamente in campo⁴⁶. Per quanto riguarda i luoghi programmaticamente deputati all'accoglienza di madri e figli minori, secondo l'art. 4 co. 2 legge 62/2011, 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». La precarietà, innanzitutto finanziaria⁴⁷, della base offerta alla risorsa in oggetto parve riflettersi nel richiamo normativo a tali strutture come possibile luogo di esecuzione della detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p.) e degli arresti domiciliari (art. 284 co. 1 c.p.p.) soltanto là dove (eventualmente) istituite (Marcolini, 2011, p. 2; Petrangeli, 2012, p. 11).

Significativamente, nella prospettiva d'incentivare la detenzione domiciliare delle madri a scapito della carcerazione, non soltanto ordinaria ma anche appositamente "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, 2017). 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

46 Nella Relazione tecnica di accompagnamento allo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017 (p. 21) si leggeva: «È da sottolineare che l'adozione delle misure è sempre e comunque rimessa alla valutazione del magistrato di sorveglianza che ne disporrà l'attuazione solo nei limiti dell'effettiva disponibilità delle strutture nell'ambito delle risorse di bilancio degli enti [*pubblici o convenzionati*] sopra citati. Si tratta in realtà di associazioni, cooperative sociali e delle altre agenzie private e pubbliche presenti nel territorio per l'azione di inclusione sociale e dedite ad attività di volontariato, enti tutti che concorrono all'azione di controllo e contrasto della criminalità attraverso protocolli d'intesa e convenzioni sia con gli enti locali che con gli Uffici giudiziari ed i vari distretti dell'Amministrazione penitenziaria. Le istituzioni interessate operano sotto il controllo e il coordinamento degli Uffici dell'Esecuzione Penale Esterna, in regime di gratuità ed avvalendosi per le finalità perseguite del solo operato prestato dai condannati ammessi alle misure alternative».

47 Petrangeli, 2012, p. 11, osserva che, «avendo [...] espresso in sede di Conferenza unificata il proprio assenso [...], gli [...] enti locali, in un certo modo, si sono [...] assunti la responsabilità di realizzare o finanziare le strutture», ma ciò non significa che tale difficile compito sarà effettivamente portato a termine, «considerate le condizioni non proprio floride in cui mediamente [*essi*] si trovano, e lo scarsissimo *appeal* politico di impegni di spesa in queste direzioni». Recentemente cfr. Mone, 2018, p. 214 ss.

«parte delle risorse previste per gli ICAM [...] agli Enti Locali per le case famiglia protette»⁴⁸ (sul dilemma dei finanziamenti in rapporto all'esperienza milanese v. *infra*, *Le case famiglia protette*, § 4).

In effetti, fino ad oggi il percorso di queste strutture non è stato facile. Dopo quella di Milano, recentemente un'altra casa famiglia protetta è diventata operativa a Roma. Si è però ancora lontani dalla creazione di una rete di luoghi in grado di rispondere adeguatamente, nell'intero territorio nazionale, al fabbisogno delle madri prive di un domicilio idoneo all'esecuzione della detenzione in forma extramuraria. Ancor più distante è la rotta verso una valorizzazione delle case famiglia protette come sede privilegiata per l'espiazione domiciliare anche nei confronti di madri pur provviste di altra soluzione abitativa⁴⁹, ma che lì potrebbero trovare una collocazione migliore, sotto il profilo del supporto offerto all'esercizio di una genitorialità "ristretta" e nel percorso di reinserimento sociale (v. *infra*, § 5.3.3.; ampiamente *infra*, *Le case famiglia protette*).

5.3.2. ... e forme di tutela "surrogatorie" in assenza di un domicilio idoneo per madre e figlio.

Sin dalla "legge Gozzini", la condizione di donna con prole interseca la disciplina della semilibertà: se ad esservi ammessa è «una detenuta madre di un figlio di età inferiore a tre anni», la stessa ha diritto di usufruire delle sezioni destinate ai semiliberi ubicate in edifici di civile abitazione (art. 50 co. 7 o.p. e, ora, art. 101 co. 8 reg. o.p.).

La permeabilità della disciplina della semilibertà alla condizione di madre è innanzitutto manifestazione di una riconosciuta valenza risocializzante della maternità (v. Casaroli, 1987, p. 330). Molti anni dopo la riforma del 1986, la "legge Finocchiaro" si porrà palesemente nel medesimo solco quando introdurrà nell'ordinamento penitenziario l'assistenza all'esterno dei figli minori (art. 21-*bis*) modellandola sull'istituto – dall'evidente funzione riabilitativa – del lavoro extramurario (v. *infra*, § 6).

Ma si può fare anche un'altra considerazione. Come si è già ricordato

48 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.

49 Nell'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p. si legge che la pena detentiva può essere eseguita nelle case famiglia protette, ove istituite, quando ne sia impossibile l'espiazione «nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora». A sua volta, il d.m. 8.3.2013 destina le strutture in oggetto ai casi di «constatata [...] impossibilità di esecuzione della misura presso l'abitazione privata o altro luogo di dimora».

nel paragrafo che precede, in assenza di una valida rete di alternative all'abitazione privata, possono essere le condizioni di disagio economico (e non soltanto) ad escludere il reo dall'espiazione extramuraria, lasciandogli la semilibertà come «unica possibilità di attenuazione del regime detentivo» (v. Della Casa c), 2010, p. 842, 849 s.). Non per nulla – lo si è visto – in attuazione della delega penitenziaria del 2017, in un primo tempo, si era ipotizzato di fare espressamente carico agli uffici di esecuzione penale esterna di adoperarsi per favorire il reperimento di una soluzione abitativa idonea al fine precipuo di consentire la transizione dalla semilibertà alla detenzione domiciliare o all'affidamento in prova al servizio sociale⁵⁰.

Il riconoscimento alle donne con prole del diritto all'esecuzione della semilibertà presso edifici di civile abitazione pare appunto denunciare, di fatto, l'attribuzione alla misura di «un ruolo di “supplenza” nei confronti della detenzione domiciliare» a favore di coppie conviventi di madri e figli infratreenni impossibilitate ad accedervi (cfr. Palazzo, 1994, p. 422), non ultimo per l'indisponibilità di adeguate risorse abitative. In ogni caso, si tratta di una *chance* che rimane circoscritta entro l'ordinario ambito di operatività della semilibertà. Alla luce dell'art. 50 co. 7 o.p., infatti, lo *status* di madre di prole d'età inferiore a tre anni, non importa se convivente, incide sulle modalità esecutive della semilibertà, ma non ne modifica i presupposti, che restano espressione di una finalità diversa da quella umanitaria ed assistenziale propria della detenzione domiciliare destinata ai genitori (Presutti, 2015, p. 638).

Anche le strutture di civile abitazione destinate ai semiliberi sono materialmente carenti (v. Daga, 1989, p. 1128). Si tratta di un problema antico, ma sempre attuale. Ne è testimonianza l'auspicio che accompagnava il mutamento di collocazione della previsione di sezioni autonome di istituti per la semilibertà ubicate in edifici di civile abitazione, prefigurato dallo schema di decreto legislativo approvato il 22 dicembre 2017 in attuazione della delega penitenziaria dello stesso anno. Non più – o almeno così si sarebbe voluto – ospitata nella fonte regolamentare (art. 101 co. 8 d.P.R. 230/2000, candidato all'abrogazione), bensì nell'art. 48 o.p., essa avrebbe guadagnato un «maggiore risalto», nel quale si confidava per favorire la sua effettiva applicazione (Relazione illustrativa, p. 40). Tuttavia è risaputo che, realisti-

50 Sulla scorta della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario e nell'«attesa dell'auspicabile istituzione di “luoghi non custodiali di dimora sociale” [...] specificamente destinati all'esecuzione della detenzione domiciliare o di altra misura che richieda un'idonea sistemazione alloggiativa da parte del beneficiario», v. anche la proposta avanzata da Kalb e Daraio a) (2017, p. 113 s.), tendente a sagomare un'ipotesi di semilibertà surrogatoria della misura domestica inapplicabile per mancanza di un domicilio appropriato (con specifico riferimento alle detenute madri v. Kalb e Daraio b), 2017, p. 115 s.).

camente, è possibile riporre speranze intorno all'impatto concreto di novità di questa natura soltanto in presenza di adeguati supporti finanziari. In ogni caso l'innovazione, confermata nello schema approvato in secondo esame preliminare dal Consiglio dei Ministri il 16 marzo 2018, è successivamente stata abbandonata.

In mancanza di un'adeguata rete di strutture extramurarie, poi, nei confronti delle madri, l'assegnazione stessa agli istituti a custodia attenuata ideati per accogliere anche i figli può a sua volta assumere impropriamente i connotati di un "surrogato" dell'esecuzione esterna, resa di fatto impraticabile dall'indisponibilità di un domicilio idoneo a supportare la decarcerazione⁵¹. Un esito di questo genere tradisce tristemente la filosofia sottesa all'avvio dell'esperienza pilota dell'ICAM milanese: paradossalmente esso nacque per chiudere immediatamente «perché si credeva possibile un'applicazione più ampia delle misure alternative, tale per cui la presenza di bambini in carcere diventasse un dato storico e non fossero più necessarie strutture detentive dedicate» (Manzelli, 2018, p. 223).

5.3.3. Restrizione presso il domicilio, esercizio del ruolo genitoriale e reinserimento sociale della condannata.

La restrizione presso il domicilio costituisce in sé un serio limite alla materiale possibilità di soddisfare le esigenze di vita del minore convivente⁵². La vicinanza del genitore alla prole al di fuori dell'ambiente domestico è affidata essenzialmente ai margini di allontanamento dal luogo di detenzione che gli sono accordati dal giudice della cautela o di sorveglianza⁵³. Ne dipende significativamente l'effettivo coniugarsi della convivenza extramuraria con una presenza adeguata dell'adulto nella vita del minore.

51 Nella migliore delle ipotesi, la carenza di case famiglia protette può determinare l'assegnazione della donna con figli al seguito ad una diversa struttura extramuraria, tuttavia facilmente priva di caratteristiche appositamente pensate per l'accoglienza di madri detenute con bambini: Petrangeli, 2012, p. 11.

52 Come si vedrà meglio in seguito (§ 8), la sospensione delle pene accessorie che inficiano il ruolo genitoriale (art. 7 legge 40/2001) risponde all'esigenza di rimuovere un ulteriore ostacolo allo sviluppo della relazione tra il figlio e la madre sottratta al carcere per prendersene cura (Canevelli, 2001, p. 815; Cesaris b), 2002, p. 549; Marchetti, 2015, p. 296).

53 Si è osservato come, in talune circostanze, il genitore confinato entro il domicilio potrebbe addirittura trovarsi in una situazione meno favorevole, rispetto alla persona ristretta in istituto, quanto alla possibilità di supportare il figlio all'esterno in situazioni di bisogno: infatti, «la madre in detenzione domiciliare, nei momenti immediatamente successivi al ricovero del figlio [*infermo*], non gode delle stesse opportunità di cui all'art. 21-ter, dovendo rispettare le prescrizioni che le sono state imposte con la misura» (Cesaris e), 2015, p. 299).

Tale aspetto è oggetto di specifica attenzione da parte della disciplina della detenzione domiciliare speciale⁵⁴, che costituisce una misura alternativa ad uso esclusivo dei genitori condannati. L'intento di garantire al figlio un'assistenza idonea si rivela in particolar modo là dove è previsto che, nel concedere la detenzione domiciliare speciale, il tribunale di sorveglianza debba precisare il periodo di tempo che il reo può trascorrere fuori dal proprio domicilio (art. 47-*quinquies* co. 3 o.p.). Ne risulta, innanzitutto, che la possibilità di allontanamento si configura quale caratteristica «strutturale» della misura (Pulvirenti, 2010, p. 480). Inoltre la mancanza di ulteriori specificazioni induce a ritenere che sia la finalità stessa del beneficio a qualificare sotto il profilo teleologico i limiti all'obbligo di permanenza presso il luogo di assegnazione: il giudice dovrà volgerli alla soddisfazione delle esigenze del minore (v. Cesaris h), 2015, p. 605; Pulvirenti, 2010, p. 479 ss.). Nel quadro della detenzione domiciliare speciale, poi, alla flessibilità dei margini di allontanamento dal domicilio si abbina la valorizzazione del ruolo svolto dal servizio sociale, sicuramente utile per gestire spazi di libertà crescenti in rapporto alle esigenze della prole, ma soprattutto per inserire l'accudimento dei figli nel contesto di un programma nel suo complesso funzionale al reinserimento del genitore. In effetti, sin dall'origine, in seno alla disciplina della misura domestica speciale le tradizionali ambiguità intorno alla portata risocializzante della misura domestica hanno avuto modo di diradarsi, come a rivelare la consapevolezza del legislatore circa il legame fra tutela del benessere psico-fisico del minore e promozione del reinserimento materno nella società.

In particolare, sul piano dei presupposti, la fruizione del beneficio domiciliare ad uso esclusivo dei genitori è espressamente subordinata alla verifica dell'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» (art. 47-*quinquies* co. 1 o.p.): il legislatore – si è osservato – avrebbe così dimostrato di voler collocare il “nuovo” istituto «nell'alveo delle tradizionali misure alternative [...] caratterizzate da valutazioni concernenti una raggiunta, anche se parziale, affidabilità esterna del condannato che si ritiene di poter gradualmente reinserire nella vita sociale, senza apprezzabili rischi di ricadute recidivanti» (Canevelli, 2001, p. 810 s.; analogamente, Degl'Innocenti e Faldi, 2014, p. 241). In più – come si accennava – la regolamentazione dello svolgimento del beneficio esalta manifestamente il ruolo del servizio sociale: mutuando la disciplina dell'affidamento in prova, la detenzione domiciliare speciale comporta che, alla scarcerazione, sia re-

54 Si noti come C. cost., 177/2009, 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».

dato un verbale con le prescrizioni alle quali il genitore dovrà attenersi nei rapporti con il servizio sociale⁵⁵, 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.; v. Canevelli, 2001, p. 812; Cesaris b), 2002, p. 557; Della Casa c), 2010, p. 847; Pavarin, 2012, p. 286)⁵⁶. In giurisprudenza si è riconosciuto che la detenzione domiciliare speciale è finalizzata «sia al reinserimento sociale della condannata [...] sia a consentire alla detenuta [...] di occuparsi della cura e dell'assistenza dei figli minori»; anzi, si è addirittura affermato che il presupposto normativo della misura «è principalmente 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»; pertanto l'esito finale ben potrebbe essere un «apprezzamento [...] di subvalenza di queste ultime esigenze a fronte della rilevata non ricorrenza dell'indicato presupposto normativo» (così Cass., Sez. I, 7.3.2013, n. 38731; in senso analogo, Cass., Sez. I, 20.10.2006, n. 40736).

Mentre la misura domestica speciale faceva il suo ingresso nell'ordinamento penitenziario, la detenzione domiciliare disciplinata dall'art. 47-*ter* o.p., che annovera anche madri e padri tra i suoi potenziali fruitori, manteneva una differente fisionomia. In caso di applicazione del beneficio nella sua forma tradizionale, infatti, le modalità di attuazione fissate dal tribunale di sorveglianza continuano a doversi conformare complessivamente al modello generale degli arresti domiciliari. Non soggettivamente orientato, esso conferisce «carattere eccezionale» all'autorizzazione ad assentarsi (Pulvirenti, 2010, p. 480). Inoltre ne finalizza il rilascio alla soddisfazione delle «indispensabili esigenze di vita» dell'interessato o all'esercizio di un'attività lavorativa ove egli sia assolutamente indigente (art. 284 co. 3 c.p.p.), senza curarsi specificamente dei bisogni del minore convivente con l'adulto⁵⁷. In

55 V. il richiamo operato da Cass., Sez. I, 11.2.2015, n. 8860, alle «rigorose e finalizzate prescrizioni imposte dal tribunale» di sorveglianza in sede di concessione della detenzione domiciliare speciale ad una madre.

56 Per la denuncia di una mancata valorizzazione del profilo trattamentale in sede di decisione sulla proroga della detenzione domiciliare speciale oltre il decimo compleanno del figlio (v. *infra*, § 7), Cesaris b), 2002, p. 559.

57 Né alla persona sottoposta alla misura della detenzione domiciliare parrebbero accessibili i permessi di necessità o i permessi-premio, rispettivamente previsti dagli artt. 30 e 30-*ter* o.p. Nel senso dell'inapplicabilità dell'istituto dei permessi premio v. Cass., Sez. I, 26.10.2012, n. 4886, Cass., Sez. I, 19.10.2006, n. 37518; in dottrina, Cesaris f), 2015, p. 583, Degl'Innocenti e Faldi, 2014, p. 253, Fiorentin e), 2015, p. 360 s.; *contra*, Canepa e Merlo, 2010, p. 331. Sulla questione, per quanto riguarda i permessi di necessità, v. Fiorentin d),

questo quadro – per ciò che più interessa nella presente sede – non resta che sfruttare le potenzialità della locuzione «indispensabili esigenze di vita» per includervi il bisogno della persona ristretta di svolgere la funzione genitoriale (v. Cass., Sez. II, 30.3.2016, n. 16964; cfr. Vergine, 2018, p. 88).

Per quanto poi riguarda l'aspetto trattamentale, sono ben note le carenze tradizionalmente rilevate in rapporto alla detenzione domiciliare così come disciplinata dall'art. 47-ter o.p. Misura nata con finalità essenzialmente umanitarie ed assistenziali, contenente nella sua regolamentazione 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.)⁵⁸, essa sarebbe priva di un apprezzabile contenuto rieducativo (Capitta, 2014, p. 11; Cesaris f), 2015, p. 583 s.; Della Casa c), 2010, p. 842). È vero però che non manca una lettura diversa, ispirata ad una vocazione aggregante – intorno al recupero del condannato ed alla prevenzione di nuovi reati – delle diverse misure alternative (v. C. cost., 177/2009)⁵⁹. Entro tale prospettiva anche nella restrizione domestica si riconosce la tensione verso le «finalità rieducative della pena stessa» (così già C. cost., 327/1989). A supporto vengono portati vari elementi: 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 che richiedono tutela (Pavarin, 2012, 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.⁶⁰; v. Canepa e Merlo, 2010, p. 329 s.; Pavarin, 2012,

2015, p. 345 s. In generale, in ordine alla disciplina dei permessi, v. ampiamente *supra*, *Il diritto all'affettività*, § 3.

58 Cass., Sez. I, 10.7.2002, n. 31364, pur riconoscendo che la detenzione domiciliare ordinaria, «anche se concessa essenzialmente per motivi assistenziali ed umanitari, non è completamente svincolata dalla pericolosità sociale del condannato», necessariamente oggetto della valutazione giudiziale al fine del contemperamento degli interessi in gioco, nel contempo afferma che, in tal caso, «i progressi effettuati nel percorso riabilitativo sono presi in esame soltanto ai fini di valutare se la detenzione extracarceraria per i motivi assistenziali previsti dalla legge sia compatibile con la pericolosità sociale dell'interessato», mentre «la misura, che non si propone alcun particolare scopo rieducativo, deve essere revocata, quando sono venute meno le ragioni [assistenziali ed umanitarie] per le quali è stata concessa». In dottrina, sul tema dei limiti contenutistici delle prescrizioni che possono essere imposte alla persona soggetta alla detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter o.p., cfr. Canepa e Merlo, 2010, p. 328 ss.; Cesaris f), 2015, p. 574; Degl'Innocenti e Faldi, 2014, p. 249 s.; Pavarin, 2012, p. 246.

59 Cfr. Cass., Sez. I, 11.3.2010, n. 12527; Cass., Sez. I, 24.10.1996, n. 5523.

60 V. anche l'art. 100 co. 7 reg. o.p.: con riguardo alla detenzione domiciliare, esso prevede che «gli interventi rimessi dalla legge alla competenza del servizio sociale» debbano

p. 246); infine, con specifico riferimento alle madri, il riconoscimento legislativo dell'esercizio stesso del ruolo genitoriale come fattore riabilitativo (problematicamente cfr. Cesaris b), 2002, p. 559)⁶¹.

Là dove si parli specificamente di madri che debbono accudire la prole, ancora una considerazione può essere fatta. Non sfugge che un'importante risorsa per conferire un effettivo contenuto risocializzante alla misura domestica potrebbe venire da una valorizzazione delle case famiglia protette, là dove l'idoneità alla realizzazione di uno specifico progetto educativo nei confronti delle donne che vi scontano la pena ne diventasse elemento distintivo e caratterizzante, elevandole a destinazione extramuraria preferenziale per le condannate con prole (cfr. *infra*, *Le case famiglia protette*, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici). Ne verrebbe, peraltro, un aiuto per evitare che le misure di protezione della maternità e dell'infanzia possano di fatto tradursi in un incentivo allo sfruttamento delle donne in età fertile come manovalanza delinquenziale (cfr. Cesaris b), 2002, p. 553).

Tuttavia, sotto il profilo dell'effettiva capacità risocializzante della detenzione domiciliare delle madri, non è certo incoraggiante la carenza dell'impegno finanziario che ha ripetutamente accompagnato le riforme varate a

essere svolti «secondo le modalità precisate dall'articolo 118», tuttavia – come sottolinea Della Casa c), 2010, p. 842, nota 157 – pur sempre «nei limiti del regime proprio della misura».

61 Se fosse stato varato il progetto riformistico delineato nello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario del 22 dicembre 2017 (art. 15) e confermato nello schema successivamente approvato dal Consiglio dei Ministri in secondo esame preliminare il 16 marzo 2018, l'idoneità al recupero sociale del condannato avrebbe fatto ingresso espressamente fra i presupposti di applicazione della detenzione domiciliare “generica”, la quale, in virtù di un rinnovato art. 47-ter co. 1-bis o.p., sarebbe giunta nel contempo a condividere l'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). Nello schema tale innesto, incidente sul giudizio relativo all'applicabilità in concreto dell'alternativa domiciliare c.d. “generica”, si abbinava ad un intervento sull'art. 47-ter co. 4 o.p. teso a dotare la detenzione in forma extramuraria «di qualche contenuto risocializzante» (così la Relazione illustrativa, p. 37). A tale scopo si prevedevano prescrizioni, dettate dal tribunale di sorveglianza, volte a favorire 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 sarebbe stato possibile concedergli «di lasciare l'abitazione per il tempo strettamente necessario, purché non ricorr[essero] specifiche esigenze di sicurezza»: a legislazione vigente cfr. Degl'Innocenti e Faldi, 2014, p. 246, là dove gli stessi già sostengono che la finalità risocializzante legittimi, nel caso della restrizione domestica disposta nella fase dell'esecuzione della pena, autorizzazioni ad assentarsi dal domicilio non costrette entro i limiti angusti stabiliti per la fase cautelare dal terzo comma dell'art. 284 c.p.p.

tutela del rapporto tra donne detenute e figli minori. Basti ricordare che la “legge Finocchiaro” escluse «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 40/2001: v. Canevelli, 2001, p. 813; Cesaris b), 2002, p. 557, 561) oppure rammentare l’analogo disimpegno finanziario in occasione dell’avvento formale delle case famiglia protette.

5.3.4. Accudimento della prole e comportamenti trasgressivi: le conseguenze dell’allontanamento dal domicilio.

Appositamente destinata ai genitori per consentire loro di accudire i figli, la detenzione domiciliare speciale trae da tale sua peculiarità un certo margine di tolleranza nei confronti di comportamenti trasgressivi dell’essenziale prescrizione di non allontanamento dal luogo di assegnazione, intesa come obbligo di permanenza, ma anche di puntuale rientro dopo un’uscita autorizzata (art. 47-*sexies* co. 1 e 2 o.p.)⁶². In particolare, l’assenza ingiustificata dal domicilio che non si prolunghi oltre le dodici ore rileva esclusivamente ai fini di un’eventuale revoca della misura, mentre soltanto la persona che si assenti per un tempo maggiore è punita ai sensi dell’art. 385 co. 1 c.p., ossia con la sanzione stabilita per il reato di evasione⁶³. Nessuna analoga tolleranza, dal punto di vista penale, fu invece prevista per l’inosservanza della medesima prescrizione da parte delle persone sottoposte alla forma ordinaria della detenzione domiciliare, che non si rivolge in modo esclusivo ai genitori. Così nel 2001, quando la detenzione domiciliare speciale venne appositamente introdotta per le madri (e secondariamente per i padri) che debbono scontare pene di lunga durata, si creò una sperequazione rispetto ai

62 Cesaris i), 2015, p. 609, precisa che l’art. 47-*sexies* o.p. disciplina congiuntamente «l’allontanamento “senza giustificato motivo” dal luogo prefissato nel provvedimento concessivo [...], ma anche il mancato o tardivo rientro quando siano state concesse deroghe all’obbligo di restare nel luogo stabilito»; inoltre, «l’espressione “domicilio” [...] deve essere intesa [...] come riferita al luogo fissato dal giudice per l’esecuzione della misura domiciliare».

63 Cass., Sez. VI, 8.1.2014, n. 4394, puntualizza che, ove non superiore a dodici ore, l’assenza dal luogo di assegnazione della persona che fruisce della detenzione domiciliare speciale non è comunque punibile ai sensi dell’art. 385 c.p., nemmeno se ingiustificata: la sussistenza o meno di un «giustificato motivo» rileva soltanto ai fini della decisione sulla revoca della misura. A quest’ultimo riguardo, peraltro, secondo la Corte «risulta fuorviante identificare l’ingiustificato motivo solo e sempre con la commissione di una condotta penalmente rilevante» intervenuta durante il periodo di assenza dal domicilio: «in tali casi la revoca seguirà in maniera quasi automatica, ma non possono in astratto escludersi valutazioni di segno diverso (si pensi ad es. al caso di contravvenzioni non implicanti condotta in concreto dolosa)».

genitori ai quali una sanzione espianda contenuta permette, oggi come allora, l'accesso alla detenzione domiciliare ordinaria a norma del primo comma dell'art. 47-ter o.p. Quest'ultima, infatti, non venne equiparata al regime domestico speciale sotto il profilo del presidio sanzionatorio fornito al divieto di allontanamento dal luogo di assegnazione: esso continuò ad essere punito ai sensi dell'art. 385 c.p. a prescindere dalla durata dell'assenza.

Là dove sia una madre, in quanto tale, a beneficiare della detenzione domiciliare ordinaria, è stata la Corte costituzionale a parificare il suo trattamento a quello delle condannate che, in virtù del medesimo *status*, accedano alla forma speciale del regime domestico⁶⁴. In entrambi i casi, infatti, la detenzione extramuraria, in quanto funzionale all'accudimento dei figli, è destinata a risentire delle medesime «contingenze» e degli stessi «imprevisti» che derivano di per sé «dal soddisfacimento dei bisogni» dei bambini. Pertanto, una volta stabilito, in ragione di tale peculiarità, un margine temporale entro cui l'allontanamento della persona sottoposta alla detenzione domiciliare speciale è penalmente irrilevante, «indebitamente» il legislatore non estese «tale nuova e più duttile previsione» alle «madri che, in ipotesi, abbiano commesso reati di gravità minore, e comunque debbano scontare una pena di durata inferiore», che permette loro di beneficiare della detenzione domiciliare ordinaria (C. cost., 177/2009)⁶⁵.

Ove accordata a tutela del rapporto fra genitore e figlio, quest'ultima misura, avendo la stessa finalità del regime domestico speciale, dovrebbe ora – si è commentato – dividerne anche le opportunità di allontanamento dal domicilio, pure in tal caso da calibrarsi sulle esigenze del minore. In particolare, è stato osservato che un'«interpretazione costituzionalmente orientata» dell'art. 47-ter co. 4 o.p. potrebbe oggi consentire di conformare le modalità di svolgimento della misura, genericamente mutate dalla disciplina degli arresti domiciliari, all'attività di cura dei figli alla quale la detenzione domiciliare ordinaria è specificamente funzionale là dove concessa ad un genitore

64 Cass., Sez. VI, 19.6.2003, n. 31995, aveva invece ritenuto manifestamente infondata una censura (*ex art. 3 Cost.*) nei confronti del trattamento sanzionatorio dell'allontanamento dal luogo di assegnazione stabilito dall'art. 47-ter o.p. basata sul confronto con il regime della semilibertà e della detenzione domiciliare speciale e non circoscritta al caso delle madri.

65 Per un commento alla sentenza, fra gli altri: Fiorio, 2009, p. 1986 ss.; Pulvirenti, 2010, p. 470 ss. Successivamente, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità anche dell'art. 47-ter co. 1 lett. b) e co. 8 o.p., «nella parte in cui non limita la punibilità [*del padre*] 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, commi 2 e 4, 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» (C. cost., 211/2018).

in virtù di tale sua condizione (Pulvirenti, 2010, p. 480)⁶⁶.

In ogni caso, grazie alla sentenza costituzionale 177/2009, anche le condannate con pena espianda contenuta entro i limiti previsti dall'art. 47-ter co. 1 o.p., ammesse al regime domestico ordinario in quanto madri di prole infradecenne convivente⁶⁷, sono attualmente punibili ai sensi dell'art. 385 c.p. soltanto qualora l'allontanamento dal domicilio si protragga per più di dodici ore. La Corte ha esplicitamente ancorato l'estensione del più favorevole trattamento penale previsto per la detenzione extramuraria speciale all'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» quale presupposto di accesso alla misura domestica⁶⁸. Nella ricostruzione dell'assetto complessivo conferito alla detenzione domiciliare speciale dalla riforma del 2001, infatti, il Giudice delle leggi ha messo in evidenza un legame essenziale fra l'insussistenza del suddetto pericolo come condizione di accesso al beneficio (art. 47-quinquies co. 1 o.p.) ed il margine di tolleranza applicato alle violazioni dell'obbligo di permanenza (o puntuale rientro) nel domicilio che occorrono durante lo svolgimento della misura (art. 47-sexies o.p.). Ad avviso della sentenza 177/2009, il secondo aspetto trova nel primo il «necessario complemento» al fine dell'equilibrio fra le esigenze in competizione. Pertanto, «all'estensione della disciplina più favorevole», stabilita per l'allontanamento dal luogo di esecuzione della detenzione domiciliare speciale, si abbina «anche l'esplicita previsione della ragionevole prognosi di non recidiva», che nell'art. 47-ter co. 1 o.p. non compare quale condizione espressa di accesso alla misura domestica ordinaria, ma è ripetutamente ritenuta necessaria dalla magistratura (v. *infra*, § 11.3.).

66 In generale, per un'interpretazione delle opportunità di allontanamento dal luogo di assegnazione orientata al «recupero sociale» del reo ammesso alla detenzione domiciliare, v. Degl'Innocenti e Faldi, 2014, p. 246.

67 Cass., Sez. VI, 2.7.2013, n. 34530, esclude che la sentenza costituzionale 177/2009 produca effetti sui casi di detenzione domiciliare concessa in virtù di presupposti diversi dalla condizione di madre, anche se a beneficiarne sia una donna con figli conviventi di età inferiore a dieci anni. In generale, nel senso della perdurante punibilità ai sensi dell'art. 385 c.p. (pur dopo la pronuncia citata) dell'allontanamento dal domicilio di esecuzione della misura prevista dall'art. 47-ter o.p., «quale ne sia la durata», con la sola eccezione del caso della persona ammessa al regime domestico in quanto madre di prole convivente infradecenne, v. Cass., Sez. VI, 29.2.2012, n. 8156.

68 La sentenza 177/2009 ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, commi 1, lettera a), seconda parte, e 8» o.p., «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».

In giurisprudenza si è escluso che la disciplina dettata dall'art. 47-ter co. 1 lett. a) e 8 o.p. – come risultante dalla sentenza 177/2009 – possa «fungere da termine di raffronto» ai fini dell'estensione del più favorevole trattamento, stabilito per la fase dell'esecuzione della pena, alla diversa sede cautelare⁶⁹, ove, per l'allontanamento senza autorizzazione dal luogo degli arresti domiciliari, non è previsto alcun margine di tolleranza in rapporto alla durata dell'assenza⁷⁰. Tuttavia, se quest'ultima è limitata nel tempo, la punibilità in concreto ai sensi dell'art. 385 c.p. potrebbe oggi risultare esclusa a norma del “nuovo” art. 131-bis c.p., ossia in ragione della “particolare tenuità del fatto”⁷¹: naturalmente potrà beneficiare dell'istituto anche la madre allontanata dopo essere stata sottoposta alla misura domestica in luogo della custodia in carcere in forza dell'art. 275 co. 4 c.p.p. Inoltre un innesto quasi coevo, questa volta nell'art. 276 co. 1-ter del codice di rito, è venuto ad evitare che pure un fatto di lieve entità contrario alle prescrizioni concernenti il divieto di allontanamento determini la revoca degli arresti domiciliari e la sostituzione con la cautela più gravosa⁷². Se poi il trasgressore è una donna incinta o con figli conviventi di età non superiore a sei anni (o un padre che “surroga” la madre), la custodia in carcere dovrebbe subentrare soltanto nei casi in cui, accertata una violazione di non lieve entità, risultino altresì concretamente sussistenti esigenze cautelari di eccezionale rilevanza (in tal caso non è escluso, peraltro, che queste ultime consentano il collocamento in un Istituto a custodia attenuata idoneo ad accogliere la coppia genitore-fi-

69 Cass., Sez. VI, 26.11.2015, n. 50014. Cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 5.11.2015, n. 47274.

70 V., fra le altre, Cass., Sez. VI, 9.6.2015, n. 28118; Cass., Sez. VI, 21.3.2012, n. 11679. La Corte puntualizza che «il fatto di allontanarsi dal domicilio o abitazione giammai può essere equiparato ad una mera violazione delle prescrizioni attinenti agli obblighi imposti con la misura domestica (art. 276 c.p.p.) con effetti escludenti il reato di evasione».

71 Trib. Massa, 18.5.2015, n. 351, osserva come, grazie all'introduzione della “particolare tenuità del fatto” quale causa di non punibilità, la «svalutazione dell'elemento temporale [...] sul piano del perfezionamento della fattispecie [*reato di evasione*] può essere recuperata sul diverso terreno della meritevolezza di punizione in concreto».

72 Il riferimento è alla “novità” introdotta dall'art. 5 legge 16.4.2015 n. 47. In precedenza C. cost., 40/2002, nel giudicare non irragionevole la «presunzione di inadeguatezza di ogni misura coercitiva diversa dalla custodia cautelare in carcere» che l'art. 276 co. 1-ter c.p.p. fonda sull'inosservanza del contenuto essenziale degli arresti domiciliari, aveva tuttavia affermato che tale presunzione non esclude che il giudice verifichi «se la condotta di trasgressione in concreto realizzata presenti quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la “violazione”» assunta dall'art. 276 co. 1-ter c.p.p. «a presupposto della sostituzione». Ora, in virtù dell'intervento legislativo citato, anche una trasgressione effettivamente lesiva, ma di lieve entità, evita che agli arresti domiciliari subentri la custodia in carcere: fra gli altri, Borrelli, 2015, p. 15 s.; Pilla, 2015, p. 39 s.

glio che non può proseguire la convivenza in ambiente domestico). Infatti la tutela del superiore interesse del minore, che si concretizza nel quarto comma dell'art. 275 c.p.p., osta all'operare di presunzioni di adeguatezza della sola misura più gravosa (v. *infra*, § 11.2.)⁷³, sebbene non irragionevoli e, pertanto, in sé non censurabili (e tale può essere ritenuta quella cui ricorre l'art. 276 co. 1-ter c.p.p., fondata su una concreta inosservanza del contenuto essenziale degli arresti domiciliari di non lieve entità).

In sede di esecuzione della pena, la revoca della detenzione domiciliare in caso di inosservanza della legge o delle prescrizioni impartite è subordinata all'incompatibilità del comportamento trasgressivo con la prosecuzione della misura domestica (artt. 47-ter co. 6 e 47-quinquies co. 6 o.p.). Ne risulta escluso che un allontanamento, sebbene punibile ai sensi dell'art. 385 c.p., determini invariabilmente la revoca del beneficio⁷⁴. Quest'ultima, tuttavia, subentra automaticamente quando interviene la condanna (definitiva: *Cesaris i*, 2015, p. 609) per il delitto di evasione dal luogo di svolgimento della detenzione domiciliare speciale (art. 47-sexies co. 3 o.p.). Particolarmente stridente nel contesto di una misura diretta alla tutela del superiore interesse del minore, l'assenza di discrezionalità in capo all'organo decidente appare ancor meno giustificabile alla luce del confronto con il più favorevole trattamento oggi riservato a coloro che (genitori, ma non soltanto) si siano allontanati dal luogo della detenzione domiciliare concessa a norma dell'art. 47-ter o.p. In tale circostanza, infatti, è ora lasciata al giudice la possibilità di evitare in concreto la revoca del beneficio, nonostante l'intervenuta condanna, sulla base di una valutazione di lieve entità della trasgressione commessa (art. 47-ter co. 9 o.p.). Ne deriva che un allontanamento protrattosi per più di dodici ore, e pertanto punito ai sensi dell'art. 385 c.p. anche là dove ascrivibile ad una donna

73 Cass., Sez. III, 12.2.2014, n. 10260, sostiene invece che «la trasgressione delle prescrizioni imposte con gli arresti domiciliari palesa una situazione nella quale la sussistenza» delle condizioni personali tutelate dal quarto comma dell'art. 275 c.p.p. «perde effettivo rilievo, in quanto risulta evidente che esse non impediscono comunque la elusione delle regole dettate per la misura meno afflittiva, giustificandosi, conseguentemente, l'aggravamento ai sensi dell'art. 276, comma 1-ter cod. proc. pen.»; nel prosieguo, tuttavia, la Corte si preoccupa di sottolineare che la motivazione del provvedimento impugnato consentiva comunque di rilevare manifestamente «la sussistenza», nel caso di specie, «di esigenze cautelari che possono considerarsi eccezionali nel senso inteso dall'art. 275 comma 4 cod. proc. pen.». V., inoltre, Trib. Roma, 23.11.2005, con nota di Lenzini, 2006, p. 62 ss.

74 V. Cass., Sez. I, 7.3.2003, n. 12651, secondo cui, ai fini della decisione sulla revoca del beneficio, «il comportamento del condannato inquadrabile nell'ipotesi del reato di evasione» deve essere «valutato dal Tribunale di sorveglianza non di per sé solo, bensì in collegamento con altri, eventuali, elementi e circostanze di fatto, complessivamente idonei a rivelare l'esistenza di una situazione incompatibile con la prosecuzione della misura alternativa»; cfr., altresì, Cass., Sez. I, 19.12.1997, n. 7243.

ammessa alla misura in quanto madre, potrebbe comunque essere valutato di entità tale da non comportare, in seguito alla condanna, pure la revoca del beneficio concesso innanzitutto a tutela della prole. In dottrina non si esclude che lo stesso regime si possa ritenere applicabile anche nel caso in cui la condanna si riferisca all'assenza dal luogo della detenzione domiciliare speciale, ma la mancanza di un intervento legislativo in tal senso non consente una soluzione univoca (v. Cesaris i), 2015, p. 610). Si può comunque ipotizzare che la già ricordata introduzione della “particolare tenuità del fatto” fra le cause di non punibilità possa indirettamente ridurre i casi nei quali la revoca della detenzione domiciliare speciale è potenzialmente suscettibile d'imporsi pur a seguito di una violazione del divieto di allontanamento il cui complessivo disvalore sia di trascurabile rilievo⁷⁵.

6. Assistenza all'esterno dei figli d'età non superiore a dieci anni.

Alla legge 40/2001 si deve l'introduzione nell'ordinamento penitenziario di una nuova forma di salvaguardia del rapporto tra madri e prole dall'impatto della carcerazione delle prime: l'assistenza all'esterno dei figli minori, disciplinata nell'art. 21-*bis* (fruibile anche dai padri, ma soltanto «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre»).

In tal caso l'oggetto della tutela non è la convivenza in un ambiente idoneo. Sono altre le risorse messe in campo a quest'ultimo fine. Ci sono il rinvio dell'esecuzione delle pene restrittive della libertà personale e la detenzione domiciliare, che consentono alla coppia madre-figlio di condividere, rispettivamente, una temporanea libertà o una quotidianità ristretta entro i confini domestici. E c'è pure il collocamento presso istituti penitenziari o sezioni che dovrebbero essere in grado di accogliere adeguatamente i bambini insieme alla genitrice che non possa essere sottratta al carcere. Diverso è invece il ruolo svolto dall'assistenza all'esterno nel quadro degli strumenti di tutela del rapporto fra madre e figlio. Essa non risparmia il carcere alla prima né ammette il bambino a dividerlo con lei. Ove concessa, l'assistenza all'esterno evita che il rapporto tra la donna sottoposta a carcerazione e la prole, conviventi o meno, sia confinato entro lo spazio dell'istituto penitenziario (costantemente condiviso oppure occasionalmente frequentato dal minore). E lo fa consentendo alla prima di trascorrere parte della giornata

⁷⁵ «Chiaramente, quanto più ci si allontana dal valore-soglia tanto più è verosimile che ci si trovi in presenza di un fatto non specialmente esiguo. Tuttavia, nessuna conclusione può essere tratta in astratto, senza considerare cioè le peculiarità del caso concreto. Insomma, nessuna presunzione è consentita» (Cass., Sez. Un., 25.2.2016, n. 13681).

all'esterno al fine di provvedere «alla cura e all'assistenza [...] dei figli di età non superiore agli anni dieci» (art. 21-*bis* co. 1 o.p.).

Il modello seguito dalla “legge Finocchiaro” fu il lavoro extramurario, tuttavia indirizzato a condannati, internati ed imputati, mentre l'art. 21-*bis* o.p. destina il “nuovo” istituto alle condannate ed alle internate (diversamente dalle visite al minore infermo o al figlio affetto da disabilità grave, che il successivo art. 21-*ter* consente anche alle imputate: v. *supra*, *Il diritto all'affettività*, § 3.2. Non manca, comunque, una lettura favorevole alla fruibilità dell'assistenza extramuraria anche da parte del «genitore [...] sottoposto a custodia cautelare in carcere»: Mastropasqua, 2007, p. 76 s.). Mutuando la propria disciplina dal lavoro all'esterno, anche l'allentamento della carcerazione finalizzato all'assistenza della prole è accessibile soltanto se contemplato nel programma di trattamento; disposta dal direttore⁷⁶, l'ammissione al beneficio diventa esecutiva con l'approvazione da parte del magistrato di sorveglianza (artt. 21 co. 4 o.p. e 48 co. 1 reg. o.p.; Canevelli, 2001, p. 809).

Ove si accompagna alla permanenza congiunta di madre e figlio all'interno dell'istituto penitenziario, l'assistenza all'esterno può contribuire a contrastare i drammatici limiti di una convivenza reclusa, costretta entro «un contesto punitivo povero di stimoli e connotato dalla privazione di autorevolezza della figura genitoriale» (v. Canevelli, 2001, p. 807, là dove richiama le premesse della “riforma Finocchiaro”). Ed ecco allora che, nell'ambito di una struttura specificamente nata per arginare gli effetti deleteri della permanenza in carcere dei minori al seguito delle madri e supportare la genitorialità, come l'ICAM avviato in via sperimentale a Milano, si può pensare all'«utilizzo dell'art. 21-*bis* ord. penit. come strumento trattamentale “di principio” per l'accompagnamento del bambino all'asilo» (Di Rosa, 2009, p. 4907; v. *infra*, § 10).

Ma il ricorso all'assistenza all'esterno permette altresì che il figlio lasciato nel mondo libero possa comunque ricevere le cure materne con un'apprezzabile continuità (v. Canevelli, 2001, p. 809; Cesaris b), 2002, p. 559; Marchetti, 2015, p. 294), ciò che non possono consentire gli strumenti tradizionalmente preordinati al mantenimento delle relazioni affettive in regime intramurario, colloqui e permessi in primo luogo (sui quali v., ampiamente, *supra*, *Il diritto all'affettività*).

L'assimilazione al lavoro extramurario esalta l'esercizio del ruolo genitoriale come elemento risocializzante nei confronti della condannata o dell'internata (v. Cesaris b), 2002, p. 559; Del Grosso, 2018, p. 203; Marchetti, 2015, p. 294). In ciò si coglie un approccio analogo a quello che, già con la

⁷⁶ Contro il diniego opposto dall'amministrazione penitenziaria all'ammissione all'assistenza extramuraria dei figli minori il genitore può proporre reclamo *ex* art. 35-*bis* o.p., deducendo «un attuale e grave pregiudizio» all'esercizio dei propri diritti secondo quanto previsto dall'art. 69 co. 6 lett. b) o.p.

“legge Gozzini”, portò lo *status* di madre ad incrociare la disciplina della semilibertà, quale fattore che ne condiziona le modalità esecutive (art. 50 co. 7 o.p., per cui v. *supra*, § 5.3.2.). Del resto, sotto il profilo dei contenuti, il lavoro e l’assistenza della prole all’esterno – sebbene non inclusi fra le misure alternative alla detenzione ordinaria – appaiono per più versi assimilabili proprio alla semilibertà (cfr. Degl’Innocenti e Faldi, 2014, p. 78).

L’esaltazione della valenza risocializzante dell’istituto introdotto nell’art. 21-*bis* o.p. non toglie che l’interesse privilegiato sia quello del minore, oggetto primario della tutela. Coerentemente, così come gli altri benefici di cui alla “legge Finocchiaro” (art. 6), nemmeno l’assistenza all’esterno dei figli d’età non superiore a dieci anni può essere applicata o mantenuta a favore della madre che sia stata dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale a norma dell’art. 330 c.c.

Nell’ambito degli strumenti di salvaguardia del rapporto madre-figlio, l’accudimento extramurario ex art. 21-*bis* o.p. può giocare più di un ruolo in rapporto alla detenzione domiciliare. Nell’area di concorrenza delle due misure, l’assistenza all’esterno dell’istituto può servire a «contemperare le esigenze di difesa sociale con quelle umanitarie, proprio perché continua a permanere la detenzione carceraria, seppur interrotta per un arco di tempo predeterminato, e nel contempo il rapporto genitore-figlio viene vissuto in un ambiente diverso dal carcere e per ciò stesso meno opprimente» (Cesaris b), 2002, p. 559). Di fatto, l’accudimento extramurario può altresì svolgere un ruolo “surrogatorio” della detenzione domiciliare nella (deprecabile) ipotesi in cui a precludere la convivenza esterna di madre e figlio sia la mera carenza di un luogo idoneo⁷⁷.

Quanto ad un possibile ruolo dell’assistenza all’esterno quale complemento della detenzione domiciliare, dotato di una propria area di applicazione esclusiva a favore della coppia madre-figlio, se ne rilevò presto la debolezza. In particolare, nel momento in cui venne inserito nell’ordinamento penitenziario, l’art. 21-*bis* o.p. apparve subito poco efficiente sotto tale profilo essenzialmente per l’importazione della disciplina del lavoro extramurario, che subordina (almeno in parte) la possibilità di concessione del beneficio alla previa espiazione di una quota minima della pena inflitta (v. Degl’Innocenti e Faldi, 2014, p. 82). Infatti, nel caso del lavoro all’esterno, il legislatore non si è limitato a fornire parametri utili ad orientare la discrezionalità del magistrato di sorveglianza chiamato ad approvare l’am-

77 In attesa della doverosa implementazione di una rete di soluzioni abitative adeguate, v., in riferimento alla delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario contenuta nella legge 103/2017, la proposta d’introdurre una specifica ipotesi “surrogatoria” di allentamento della carcerazione, finalizzata proprio «alla cura e all’assistenza dei figli» fuori dell’istituto penitenziario, avanzata da Kalb e Daraio b), 2017, p. 115 s.

missione al beneficio (art. 48 co. 4 reg. o.p.). Esistono, inoltre, preclusioni che prescindono dal concreto percorso trattamentale: i condannati alla reclusione per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* (co. 1, 1-*ter* e 1-*quater*) o.p. possono essere assegnati al lavoro extramurario soltanto «dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni»; «nei confronti dei condannati all'ergastolo l'assegnazione può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci anni» (art. 21 co. 1 o.p.). Prima che tale termine sia decorso ogni ulteriore valutazione è inibita, a meno che la collaborazione effettiva della persona condannata per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. intervenga a scongiurare la necessaria posticipazione della fruibilità del beneficio, ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p. (v. Degl'Innocenti e Faldi, 2014, p. 400).

Il “nuovo” istituto previsto dall'art. 21-*bis* o.p. ereditò le condizioni di accesso stabilite per il lavoro extramurario. Dunque, l'assistenza all'esterno della prole e la detenzione domiciliare speciale fecero il loro ingresso nell'ordinamento penitenziario caratterizzate da confini in parte condivisi. Infatti, le madri reclusi per uno dei reati elencati nell'art. 4-*bis* o.p. si trovarono *a priori* estromesse, tendenzialmente per lo stesso arco temporale (coincidente con la terza parte della sanzione inflitta), dalla misura domestica speciale introdotta appositamente per i genitori, ma anche (in assenza di collaborazione effettiva) dall'assistenza extramuraria: a fronte dell'ancoraggio alla previa espiazione di una quota della pena analoga a quella stabilita per la detenzione domiciliare speciale, si denunciarono subito «possibili conseguenze disapplicative dell'istituto» introdotto nell'art. 21-*bis* o.p. in favore della misura domestica (Canevelli, 2001, p. 809), con evidente contrazione delle potenzialità del primo sotto il profilo dell'arricchimento della tutela dei figli di donne soggette a lunghe pene detentive (cfr. Marchetti, 2015, p. 295)⁷⁸.

Nei riguardi delle ergastolane il beneficio dell'accudimento della prole oltre le mura del carcere mutuò dal lavoro esterno una soglia minima di espiazione preliminare all'accesso (dieci anni) inferiore a quella stabilita

78 Trattandosi di madri condannate a lunghe pene detentive per uno dei delitti elencati nell'art. 4-*bis* o.p., in forza dell'impianto della “legge Finocchiaro”, è piuttosto al compimento del decimo anno d'età del figlio che l'assistenza extramuraria si candida concretamente a “coprire” uno spazio dal quale la detenzione domiciliare speciale è esclusa. Sopraggiunto quel fatidico compleanno, infatti, la misura domestica può essere prorogata soltanto se sono state nel frattempo consumate le quote di pena richieste per l'ammissione alla semilibertà, ossia (salvo il caso di collaborazione effettiva con la giustizia nei termini dell'art. 58-*ter* o.p.) almeno due terzi per i condannati dell'art. 4-*bis* o.p. (art. 50 co. 2 o.p.). Se così non è, ad evitare che l'interesse della prole alle cure materne rimanga privo di tutela può intervenire, a certe condizioni, proprio l'assistenza all'esterno dei figli minori (art. 47-*quinquies* co. 8 o.p.; v. *infra*, § 7).

dalla “legge Finocchiaro” per la detenzione domiciliare speciale (quindici anni). Tuttavia è evidente che le potenzialità dell’istituto previsto dall’art. 21-*bis* o.p. risultano drasticamente ridotte dalla coincidenza fra il numero di anni che la condannata deve avere previamente espiato per potersi candidare all’assistenza extramuraria e l’età massima della prole che ne può (indirettamente) beneficiare (v. Marchetti, 2015, p. 295). *Rebus sic stantibus*, pure quest’ultima forma di tutela del rapporto madre-figlio, così come la detenzione domiciliare speciale (v. *supra*, § 5.2.), parve rivolgersi essenzialmente alle gravidanze iniziate durante l’esecuzione dell’ergastolo. Tuttavia, non soltanto si tratta di casi evidentemente isolati (v. Bassetti, 2003, p. 83), ma già soccorrono altri e più efficaci strumenti di protezione della maternità e dell’infanzia, quali la sospensione dell’esecuzione della pena e la detenzione domiciliare applicabile al suo posto.

In ogni caso, a prescindere da ogni altra considerazione, un accesso ai benefici indirizzati alla salvaguardia del rapporto madre-figlio subordinato alla previa espiazione di una parte predeterminata della sanzione inflitta appare in sé contrastante con il principio del superiore interesse del minore (cfr. Marchetti, 2015, p. 295). Esso comporta infatti la soccombenza *a priori* delle esigenze della prole di fronte alle contrapposte istanze, sottese alla carcerazione materna, che risultano invariabilmente prevalenti in tutti i casi nei quali la pena non sia già stata espiata nella quota prestabilita dal legislatore. Opportunamente la legge 62/2011 ha reso possibile l’esecuzione delle lunghe pene detentive, finanche dell’ergastolo, nella forma domiciliare sin dall’inizio, sulla base di un bilanciamento degli interessi in competizione effettuato caso per caso dal giudice (v. *supra*, § 5.2.): nei casi in cui il legislatore lasciò sopravvivere la preclusione assoluta nella prima parte dell’espiazione, ossia «nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell’articolo 4-*bis*» o.p., a rimuoverla è intervenuta la Corte costituzionale (76/2017)⁷⁹. A questo punto nell’ordinamento penitenziario si concretizzò l’irragionevole persistenza di inibizioni *ex lege* nei confronti dell’assistenza extramuraria, mutate dal lavoro all’esterno, là dove era già potenzialmente fruibile la detenzione domiciliare speciale.

La disarmonia è stata parzialmente sanata con l’intervento della sentenza costituzionale 174/2018, che ha censurato l’importazione, nella disciplina dell’assistenza extramuraria della prole, di divieti di concessione (tempora-

⁷⁹ Secondo la Corte costituzionale, 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» (sent. 76/2017).

nei o permanenti) automaticamente operanti sulla base del titolo di reato per il quale il genitore sconta la pena della reclusione nonché della sua posizione rispetto alla collaborazione con la giustizia (v. *infra*, § 11.2.). Il disallineamento permane, tuttavia, con riguardo alle ergastolane, categoria rimasta estranea all'area d'intervento della Corte costituzionale: se, in astratto, le madri condannate alla pena perpetua non sono escluse dalla possibilità di accedere alla detenzione domiciliare speciale già nella prima parte dell'espiazione, altrettanto ancora non vale per l'assegnazione all'assistenza all'esterno della prole, che non comporta la scarcerazione. Eppure, è proprio entro un ambito di comune operatività, esteso alla parte iniziale dell'esecuzione, che l'assistenza extramuraria si presta naturalmente a venire in soccorso della coppia madre-figlio in un'ottica di graduale allontanamento dall'istituto penitenziario, essendo ben plausibile che la restrizione nella forma domiciliare, pur in astratto disponibile, possa risultare in concreto prematura nella prima fase di una lunga pena detentiva.

7. Oltre il decimo compleanno della prole: a) l'estensione della detenzione domiciliare ordinaria in funzione di tutela del figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante; b) la proroga della detenzione domiciliare speciale o la transizione all'assistenza esterna.

Si è visto che, ancora oggi, nell'ordinamento italiano il decimo compleanno della prole di regola segna il momento a partire dal quale cessa la rilevanza dell'interesse del minore a ricevere adeguate cure genitoriali come fattore in sé capace di determinare la distrazione della madre dal carcere. Ora si vedrà che non mancano però varchi aperti nell'inflessibilità della barriera anagrafica, vuoi in sede di sindacato di legittimità costituzionale vuoi dal legislatore stesso.

In ordine alla detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-ter co. 1 o.p.), a rendere talvolta superabile lo spartiacque rigidamente segnato dall'età della prole è intervenuta la Corte costituzionale, già quindici anni addietro, con la sentenza 350/2003. Lo ha fatto valorizzando la vocazione della misura alla salvaguardia del «pieno sviluppo della personalità del figlio» contro i pregiudizi derivanti dall'assenza della figura genitoriale⁸⁰.

Il Giudice delle leggi ha ravvisato la contrarietà della norma censurata al principio di ragionevolezza, contrarietà che, invero, parrebbe radicata

80 V., sul punto, Cass., Sez. I, 18.9.2015, n. 41190. Con riguardo alla disabilità v. la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 3.3.2009 n. 18).

in un tratto tipico degli automatismi legislativi, i quali comportano l'«inibizione, per il giudice di merito, ad adottare soluzioni conformi alle reali caratteristiche dei singoli casi concreti» (Tesauro, 2012, p. 4914). Ai sensi del primo comma dell'art. 47-*ter* o.p., infatti, l'inibizione scatta invariabilmente al raggiungimento del decimo anno di vita della prole convivente: oltre, l'interesse all'assistenza del genitore è escluso *a priori* dal novero delle possibili cause di sottrazione della madre (o, eventualmente, del padre) al carcere attraverso l'applicazione della detenzione domiciliare. Ed è proprio qui la radice della contrarietà al principio di ragionevolezza riscontrata dalla sentenza 350/2003. Infatti la rigidità del sistema di protezione della prole approntato dal primo comma dell'art. 47-*ter* o.p. «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». È stata pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter* co. 1 lett. a) o.p., «nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare anche nei confronti della madre condannata [...] convivent[e] con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante» (e del padre nei casi previsti dalla lett. b))⁸¹.

Per effetto della sentenza 350/2003 sono dunque aumentati i fattori rilevanti ai fini dell'applicazione della detenzione domiciliare ordinaria legata alla condizione di genitore: non più soltanto l'età inferiore a dieci anni, ma anche la disabilità della prole convivente, quale elemento autonomamente significativo. Il “nuovo” criterio selettivo di un interesse all'assistenza materna capace di sottrarre la condannata al carcere è costituito dall'«han-

81 Secondo Cesaris f), p. 555, C. cost., 350/2003, «sembra estendere i propri effetti anche all'ipotesi di detenzione domiciliare “speciale”». L'art. 15 co. 1 lett. b) n. 1) dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017, attraverso un innesto nel primo comma dell'art. 47-*quinquies* o.p. (tuttavia infine abbandonato nell'*iter* successivo della riforma), prevedeva che pure l'ambito di operatività della detenzione domiciliare speciale venisse espressamente esteso per evitare che l'entità della pena inflitta alla madre lasci privi di tutela i figli gravemente disabili che abbiano superato il decimo compleanno (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 nello schema di articolato normativo dedicato alla “Riforma della disciplina per l'accesso alle misure alternative alla detenzione: profili sostanziali e processuali”, reperibile in www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_12.page?previousPage=mg_2_19_1: accesso eseguito in data 2.3.2018).

dicap totalmente invalidante», riconosciuto rilevante a prescindere dall'età del figlio. Tale clausola, utilizzata dalla Corte nel dispositivo, pur molto restrittiva, può comunque risultare più flessibile del riferimento all'*handicap* determinante un'invalidità del 100% adoperato dal giudice *a quo* (Girelli, 2004, p. 2242). La parte della motivazione nella quale la categoria irragionevolmente non tutelata dal legislatore è identificata nei figli portatori di «*handicap* accertato come totalmente invalidante»⁸² ha sollecitato l'esclusione di un apprezzamento discrezionale della magistratura di sorveglianza, che sarebbe piuttosto chiamata ad una verifica avente per oggetto l'esistenza di una diagnosi di totale invalidità della prole convivente con la condannata (Cesaris f), 2015, p. 555 s.)⁸³.

Risale all'introduzione della misura domestica speciale nell'ordinamento penitenziario la scelta di attenuare, in tal caso, lo sbarramento legato all'età del figlio per consentire la stabilizzazione dell'accudimento al di fuori dell'istituto penitenziario (sulla *ratio* della proroga v. Ruaro, 2014, p. 3). Sin dall'origine, infatti, l'ultimo comma dell'art. 47-*quinquies* o.p. permette l'espiazione domiciliare per la cura della prole non più infradecenne in regime di proroga del beneficio speciale, il quale, secondo alcuni, una volta prolungato, non incontrerebbe più limiti legati all'età del figlio e resterebbe pertanto fruibile anche

82 Sul tema dell'accertamento della grave disabilità cfr. anche DAP, *Analisi normativa su visite del detenuto al figlio minore infermo*, luglio 2014, reperibile in www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?jsessionid=JajjBTyv5ijisjxjpTRZ3Gyj?facetNode_1=3_1&facetNode_2=0_2&facetNode_3=0_2_6&contentId=SPS1145237&previousPage=mg_1_12 (accesso eseguito in data 5.2.2018).

83 Lo schema di decreto legislativo risalente al 22 dicembre 2017 (art. 15) si proponeva di recepire l'estensione della tutela già operata dalla Corte costituzionale, con alcune puntualizzazioni o varianti (com'è noto, si tratta di uno dei molti profili del progetto riformistico che non hanno infine visto la luce). In particolare, la categoria protetta veniva identificata nei figli affetti «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» (v. già l'art. 21-*ter* o.p.: *supra*, *Il diritto all'affettività*, § 3.2.). Oltre all'adeguamento terminologico volto a sostituire il riferimento all'«*handicap*» con quello alla «disabilità», si notava la volontà di conferire maggiore determinatezza al carattere di gravità richiesto affinché la condizione del figlio possa giustificare la concessione della misura domiciliare alla madre. Così, alla portata «totalmente invalidante» subentrava una riduzione dell'autonomia personale, correlata all'età, tale «da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» (art. 3 co. 3 legge 104/1992). In ordine all'accertamento della grave disabilità si chiariva l'assenza di discrezionalità in capo alla magistratura di sorveglianza (v. già Cesaris m), 2015, p. 283). Sulla scorta della sentenza della Corte costituzionale, l'età del figlio bisognoso di assistenza non rilevava. In più la formulazione provvisoriamente adottata dal legislatore delegato pareva rinunciare anche al presupposto della convivenza tra il genitore ed il figlio disabile.

se lo stesso diventasse maggiorenne durante la sua esecuzione (v. Canevelli, 2001, p. 813). In giurisprudenza si è affermato che, ai fini della concessione della misura (necessariamente preliminare all'eventuale proroga), il requisito costituito dall'età della prole (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 concreto necessari» (Cass., Sez. I, 11.2.2015, n. 8860; problematicamente cfr. Ruaro, 2014, p. 2 s.). 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, 11.2.2015, n. 8860). Incomprensibilmente la medesima possibilità di una protrazione del regime domiciliare oltre il decimo compleanno del bambino non è stata estesa alla preesistente misura ordinaria (v. Cesaris h), 2015, p. 607)⁸⁴.

La prosecuzione del beneficio speciale esige che la pena espiata abbia raggiunto le soglie che consentono l'ammissione alla semilibertà (art. 50 co. 2, 3 e 5 o.p.)⁸⁵. Al riguardo si è parlato, piuttosto che di proroga, di «una ulteriore forma di detenzione domiciliare, riservata a chi abbia fruito» di quella speciale (Canepa e Merlo, 2010, p. 324), oppure di «un doppio regime normativo», nel quale lo spartiacque è costituito dal compimento del decimo anno di vita della prole (Cass., Sez. I, 11.2.2015, n. 8860). In origine, in virtù del meccanismo approntato dalla legge 40/2001, risultò tendenzialmente escluso che la proroga potesse consentire alla misura domestica appena concessa di proseguire (lungamente) dopo il decimo compleanno del figlio, sopraggiunto a breve distanza dalla conseguita espiazione della porzione di pena richiesta per il primo accesso al beneficio. Tuttavia, soprattutto nell'area dei delitti considerati dal legislatore maggiormente allarmanti, dove è più elevata la soglia temporale necessaria per la semilibertà, il regime in oggetto poteva infine ostare anche alla continuità di una detenzione domiciliare già protrattasi per un apprezzabile arco temporale prima del decimo com-

84 Nell'ottica di eliminare la sperequazione v. la proposta di modifica dell'art. 47-ter co. 7 o.p. avanzata da Cesaris p), 2017, p. 319. Ove fosse andato in porto lo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato il 22 dicembre 2017 (art. 15 co. 1 lett. a) n. 9) e sul punto confermato in secondo esame preliminare il successivo 16 marzo, «nell'ipotesi di revoca per il compimento del decimo anno di età del figlio», nei confronti della madre già destinata alla detenzione domestica per l'espiazione della pena dell'arresto o della reclusione non superiore a quattro anni si sarebbero aperte le stesse opportunità offerte alle condannate ammesse alla detenzione domiciliare speciale: la proroga del beneficio oppure la “transizione” all'assistenza extramuraria.

85 In ordine ai presupposti della proroga, denuncia che «si sia trascurato completamente il profilo trattamentale» Cesaris b), 2002, p. 559.

pleanno del figlio. L'assetto attuale, scaturito dalla legge 62/2011, si presta a far aumentare i casi di quest'ultimo genere. Come si è detto, infatti, è ormai possibile che l'espiazione avvenga sin dall'inizio nell'abitazione della condannata o in altro luogo assimilato, eventualmente anche se la madre è autrice di uno dei reati elencati nell'art. 4-*bis* o.p. Premesso che un'esecuzione extramuraria precoce non dovrebbe di per sé impedire l'applicazione dell'art. 47-*quinquies* co. 8 o.p. al decimo compleanno della prole, è comunque più facile che il figlio convivente presso il domicilio possa raggiungere il decimo anno di vita quando la madre non ha ancora espia-to la quota di pena richiesta per l'applicazione della semilibertà, determinata *ex lege* sulla base di fattori quali il titolo del reato per il quale la persona condannata sconta la pena, la sua posizione in punto di collaborazione con la giustizia, la specie della pena inflitta (v. Cesaris h), 2015, p. 607).

Anche la proroga della detenzione domiciliare speciale, al pari dell'accesso originario alla misura, è prioritariamente finalizzata alla tutela del superiore interesse del minore, il quale non può soccombere se non all'esito di un bilanciamento in concreto con le esigenze contrapposte, com'è stato più volte ribadito dalla Corte costituzionale. Pertanto, il rinvio, quanto ai presupposti della proroga della misura domestica speciale, alle soglie temporali stabilite per la semilibertà, che invece è un beneficio eminentemente risocializzante, sembra costituire un ulteriore tassello in attesa di rimozione⁸⁶.

Al bambino che compia dieci anni senza che la genitrice possa però accedere alla proroga della detenzione domiciliare speciale è offerta la *chance* della prosecuzione di un rapporto meno stretto con la madre⁸⁷. A salvaguardia del suo benessere psico-fisico, infatti, può essere disposta l'assistenza all'esterno dei figli minori ai sensi dell'art. 21-*bis* o.p., che sottrae la donna al carcere solo in parte. Nei confronti dei genitori già ammessi alla misura domestica speciale tale beneficio può essere accordato al compimento del decimo anno di vita della prole per poi proseguire fino alla maggiore età della stessa (Canevelli, 2001, p. 813). A disporne l'applicazione non sarà in tal caso un provvedimento del direttore dell'istituto penitenziario destinato a diventare esecutivo una

86 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., Sez. I, 28.11.2017, n. 56733.

87 Sulle soglie temporali per l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori, mutate dall'art. 21 o.p., è intervenuta la censura di C. cost., 174/2018: v. *supra*, § 6; *infra*, § 11.2. Peraltro, già precedentemente, si poteva ritenere che, ove operante come "prosecuzione" della misura domestica speciale, l'assistenza fuori del carcere non fosse subordinata al requisito della previa espiazione delle quote altrimenti richieste (cfr. Cesaris b), 2002, p. 560).

volta approvato dal magistrato di sorveglianza (come accadrebbe se l'accesso all'assistenza esterna fosse sganciato dalla detenzione domiciliare: v. Cesaris b), 2002, p. 561). Sarà invece il tribunale di sorveglianza a decidere, dovendo sciogliere in concreto l'alternativa fra proroga dell'esecuzione domestica o transizione al regime di assistenza all'esterno dei figli minori, che potrebbero essere entrambe in astratto applicabili; non restano esclusi nemmeno i benefici più favorevoli dei quali eventualmente sussistano i presupposti o, al contrario, un rientro in carcere *tout court* (Canevelli, 2001, p. 813; Cesaris b), 2002, p. 560; Della Casa c), 2010, p. 847, nota 198; Marchetti, 2015, p. 296; Pavarin, 2012, p. 287). L'accesso all'assistenza extramuraria per la tutela dei figli ultradecenni può essere disposto «tenuto conto del comportamento» della condannata «nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal servizio sociale, [...] nonché della durata della misura e dell'entità della pena residua» (art. 47-*quinquies* co. 8 lett. b) o.p.).

Sebbene l'ottavo comma dell'art. 47-*quinquies* o.p. evochi la «domanda del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare speciale», si ritiene che l'inerzia del genitore non impedisca al tribunale di sorveglianza di attivarsi affinché la continuità del rapporto fra madre (o padre) e figlio possa essere garantita anche oltre il decimo compleanno del secondo (Canevelli, 2001, p. 813; Cesaris b), 2002, p. 560, nota 39).

8. Benefici penitenziari a tutela del figlio minore e pene accessorie a carico dell'adulto incidenti sulla responsabilità genitoriale.

La previsione di benefici penitenziari specificamente diretti alla tutela del rapporto fra madri e figli minori riposa sul rifiuto di un automatico disconoscimento dell'idoneità all'esercizio del ruolo genitoriale di colei che sia condannata ad una pena detentiva in quanto autrice di reato (v. *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*, § 2). Se però la donna si rivela un genitore concretamente inadeguato, il sistema di protezione del rapporto fra madre e figlio, basato sulla sottrazione della prima al carcere, diviene in larga parte inaccessibile. In tal senso depono l'art. 6 legge 40/2001, per il quale la decadenza dalla responsabilità genitoriale pronunciata ai sensi dell'art. 330 c.c. rende inapplicabili i benefici penitenziari di cui alla stessa legge, legati allo *status* di madre. Il provvedimento adottato *ex art.* 330 c.c., dunque, è normativamente riconosciuto, in sé, quale segno del difetto, in capo al minore, di un concreto interesse alla presenza della madre in grado di giustificarne la sottrazione al carcere.

Ben diverso è il trattamento riservato alla decadenza comminata a titolo di pena accessoria (sulla quale v. *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*, §

5.1.). Essa non vale ad escludere l'applicabilità delle misure dedicate alle donne con figli. Non solo: l'art. 7 legge 40/2001 stabilisce che, nel tempo in cui è applicato uno dei benefici previsti dalla stessa legge, è sospesa la pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale o della sospensione del suo esercizio. In tal modo la sottrazione della donna all'esecuzione della pena detentiva nella forma ordinaria rimuove il grave pregiudizio che di fatto la carcerazione arreca al rapporto con la prole, mentre l'art. 7 legge 40/2001 aggiunge l'ulteriore accantonamento della menomazione del ruolo genitoriale determinata dal carico sanzionatorio complementare⁸⁸.

Il diverso trattamento riservato dagli artt. 6 e 7 della "legge Finocchiaro" alla decadenza pronunciata ai sensi dell'art. 330 c.c. oppure comminata a titolo di pena accessoria reca in sé il riconoscimento di una differenza sostanziale fra le due (v. Ruaro, 2014, p. 1 s.). Invero soltanto la prima appare saldamente fondata sull'effettiva inidoneità del genitore, donde la sua codificazione quale fattore ostativo al godimento di benefici penitenziari legati allo *status* di madre. Nella pena accessoria, invece, è ravvisabile una menomazione del ruolo genitoriale non altrettanto radicata in un accertamento concreto del pregiudizio derivante al minore dal suo esercizio, donde la sua sospensione per evitare che ne risulti inopinatamente impoverita l'efficacia dei benefici posti a tutela del rapporto tra i figli minori e le donne condannate ad una pena detentiva (v. Marchetti, 2015, p. 296)⁸⁹.

È innanzitutto l'automatismo applicativo tipico delle pene accessorie ad impedire di riconoscere nella madre che ne è colpita un genitore inidoneo (che pertanto non può essere sottratto al carcere in nome del benessere del figlio). Infatti la nozione stessa di "interesse del minore", oggetto di protezione prioritaria da parte dell'ordinamento, si oppone ad ogni accertamento presuntivo del pregiudizio derivante dall'esercizio della responsabilità genitoriale (fra i molti, Ferrando, 2015, p. 285 ss.; Lenti e Long, 2014, p. 277 ss.; Moro, 2014, p. 41 ss.); parimenti, analizzando i termini del bilanciamento con istanze di segno diverso, vedremo che non può essere presunta neppure la sussistenza di un'esigenza contrapposta prevalente sull'interesse del mi-

88 Qualora alla condannata venisse applicata una misura alternativa non prevista tra quelle specificatamente dedicate alle madri dalla legge 40/2001, alla sua esecuzione, di regola, si accompagnerebbe invece anche quella della sanzione incidente sulla responsabilità genitoriale, a norma dell'art. 51-*quater* o.p.: recentemente introdotto sulla scorta della delega contenuta nella legge 103/2017, esso subordina la possibilità di una sospensione giudiziale delle pene accessorie alle «esigenze di reinserimento sociale» della persona ammessa alla misura alternativa.

89 Sono infatti i genitori esercenti la responsabilità ad avere «più direttamente la funzione educativa» e ad essere perciò «più presenti e operanti nella vita del minore»: Moro, 2014, p. 594.

nore a godere di un adeguato rapporto con la madre (v. *infra*, § 11.2.).

Non si può dimenticare tuttavia che, proprio nel settore della responsabilità genitoriale, l'automatismo applicativo tipico delle pene accessorie risulta temperato per volontà del legislatore oppure a seguito dell'intervento della Corte costituzionale. Proprio l'esigenza di considerare la posizione del minore coinvolto è stata capace di aprire un varco alla discrezionalità del giudice là dove le pene accessorie sono ancorate alla mera gravità della sanzione inflitta in via principale, ossia nell'area in cui la derivazione obbligata dalla condanna mostra l'attrito più forte con la Costituzione repubblicana (Larizza, 2014, p. 148). Infatti l'art. 32 co. 3 c.p. stabilisce che l'inflizione della reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni (per delitto non colposo) produce di per sé, durante la pena, la sospensione del reo dall'esercizio della responsabilità genitoriale, ma non se il giudice dispone «altrimenti»⁹⁰. Si noti che, in tal caso, vi è anche la rinuncia ad un altro degli aspetti che caratterizzano il sistema delle pene accessorie in chiave marcatamente afflittiva e lo rendono poco sensibile alla finalità della risocializzazione del reo. Si allude alla regola che estromette dal tempo utile ai fini della decorrenza della durata delle pene accessorie temporanee quello «in cui il condannato sconta la pena detentiva» («o è sottoposto a misura di sicurezza detentiva» o volontariamente si sottrae all'esecuzione dell'una o dell'altra: art. 139 c.p.). Siffatta regola mira ad assicurare portata afflittiva autonoma al carico sanzionatorio complementare, evitando che i suoi effetti inabilitanti siano di fatto fagocitati dallo stato di costrizione connaturato nella detenzione. Ne deriva che il reinserimento nella comunità resta menomato dal protrarsi delle limitazioni derivanti dalla pena accessoria oltre lo spirare di quella principale (per tutti, Romano e Grasso a), 2012, p. 404 s.). Ma ecco che tale rigore afflittivo cede quando è messo a repentaglio non soltanto l'obiettivo della risocializzazione del reo, bensì anche il benessere dei suoi figli. Infatti l'art. 32 co. 3 c.p. prevede che la condanna alla reclusione non inferiore a cinque anni produca la sospensione dall'esercizio della

90 V. Larizza, 2014, p. 133, la quale rileva come, nell'art. 32 co. 3 c.p., il legislatore abbia dimostrato di riconoscere che «l'aver commesso gravi reati non rende, per ciò solo, un genitore indegno di esercitare i diritti-doveri legati alla» responsabilità genitoriale; di qui l'esclusione di un rigido automatismo nella sospensione dal suo esercizio, che, ove operante, «avrebbe potuto riversare sui figli minori» effetti pregiudizievoli (*ivi*, 130). Nel definire i contorni dell'obbligo di motivazione in ordine all'irrogazione della pena accessoria in presenza dei margini di discrezionalità accordati al giudice dal terzo comma dell'art. 32 c.p., Cass., Sez. I, 8.2.1990, n. 6951, individua, come oggetto di valutazione essenziale, il pregiudizio che la mancata applicazione della sanzione potrebbe provocare «ai figli che si vedrebbero soggetti alla potestà dannosa (o suscettibile di arrecare danni) da parte di chi commise» il reato.

responsabilità genitoriale «durante la pena»: la sanzione accessoria, dunque, «segue le sorti» di quella principale, consumandosi contestualmente ad essa (Romano a), 1995, p. 246). Ne discende che, terminata l'esecuzione della sanzione detentiva, il figlio potrà recuperare la presenza, nella sua vita, di un genitore in condizione di svolgere appieno il suo ruolo.

Per intervento della Corte costituzionale, il superiore interesse del minore è poi riuscito, piuttosto recentemente⁹¹, a guadagnare spazio alla discrezionalità del giudice anche nel settore delle pene accessorie fondate sulla tipologia del reato commesso, ove l'automatismo nell'applicazione, così come nella quantificazione, si presta a compromettere la genuinità della funzione special-preventiva denunciata dal presupposto (Larizza, 2014, p. 94 e p. 149). La necessaria salvaguardia di quell'interesse, infatti, esige che la privazione della responsabilità genitoriale riposi sull'effettiva inidoneità dell'adulto al suo esercizio. La Corte ne ha tratto che pure il giudice penale deve avere la possibilità di «valutare, nel caso concreto, la sussistenza di detta idoneità in funzione della tutela dell'interesse del minore», a meno che i caratteri propri del reato commesso ne consentano sempre e comunque l'esclusione, «reca[ndo] in sé una presunzione assoluta di pregiudizio» per il benessere del figlio, derivante dall'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del reo, non lesiva del principio di ragionevolezza (v. C. cost., 31/2012): ciò che non è stato ravvisato né in ordine al delitto di alterazione di stato previsto dall'art. 567 co. 2 c.p. (C. cost., 31/2012) né in riferimento al delitto di soppressione di stato di cui all'art. 566 co. 2 c.p. (C. cost., 7/2013). Quella fornita alla Corte costituzionale dal principio del superiore interesse del minore è una scure della quale si è giustamente evidenziata la capacità di abbattersi sulla meccanica applicazione delle pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale «in tutti i casi nei quali il delitto commesso, sia pure grave, non [ne] denoti un abuso» (Larizza, 2014, p. 132)⁹².

Per ragioni facilmente intuibili, dubbi furono subito sollevati sull'applicazione dell'art. 7 legge 40/2001 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

91 In passato cfr., invece, C. cost., 723/1988: allontanandosene, C. cost., 31/2012, pone in evidenza il consolidamento e l'arricchimento nella tutela dell'interesse del minore alle cure genitoriali successivamente intervenuti nell'ordinamento sia internazionale che interno.

92 Critico nei confronti dell'approccio di C. cost., 31/2012, incentrato sulla tutela dell'interesse del minore, figlio del condannato, piuttosto che sull'esigenza di rieducazione del reo, Mantovani, 2012, p. 377 ss.; rileva come non sia inusuale «un ruolo tutto sommato limitato» dell'art. 27 co. 3 Cost. «nell'economia complessiva delle decisioni della Corte sulle previsioni sanzionatorie astratte» Tesauro, 2012, p. 4919.

(Canevelli, 2001, p. 815; Cesaris b), 2002, p. 549 e p. 555; recentemente, Marchetti, 2015, p. 296). È vero che, anche in questi casi, l'automatismo che governa le pene accessorie segna una disomogeneità significativa rispetto ai provvedimenti adottati a norma dell'art. 330 c.c. Tuttavia non è trascurabile la differenza fra una menomazione della responsabilità genitoriale che si associa alla mera gravità della sanzione inflitta in via principale oppure ancorata alle caratteristiche del reato perpetrato. Il codice penale stesso tratta diversamente le due situazioni, mostrando una più spiccata severità nel secondo caso. Si pensi, in particolare, al regime previsto ove si abbia una condanna per delitti commessi con abuso della responsabilità genitoriale: essa ne sospende invariabilmente l'esercizio per un periodo di tempo pari al doppio della pena principale inflitta (art. 34 co. 2 c.p.)⁹³.

Tuttavia, nel definire il rapporto fra pene accessorie e benefici penitenziari, là dove le une e gli altri attengano specificamente alla relazione fra condannata e figli minori, la "legge Finocchiaro" non ha introdotto distinzioni basate sul diverso radicamento delle prime (mera gravità della sanzione principale inflitta o tipologia del reato perpetrato). Il solco vi è piuttosto tracciato fra decadenza *ex art.* 330 c.c., da un lato, e pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale, indifferentemente considerate, dall'altro: la prima preclude il beneficio (art. 6); le seconde, al contrario, sono destinate ad essere sospese (art. 7). Se ne ricava che «il tribunale di sorveglianza potrà rifiutare la concessione, nei casi diversi da quelli contemplati dall'art. 330 c.c., solo valorizzando» l'eventuale sussistenza, in concreto, di altre e diverse condizioni ostative, donde, ad esempio, il diniego del rinvio dell'esecuzione della pena ove il figlio sia affidato a persona diversa dalla madre colpita dalla sanzione accessoria (Canepa e Merlo, 2010, p. 224). Interpretazioni alternative propongono di ritenere estranee all'ambito di operatività dell'art. 7 legge 40/2001 la decadenza e la sospensione conseguenti ad una condanna per delitti perpetrati con abuso della responsabilità genitoriale o per specifici reati commessi in danno del figlio (Canevelli, 2001, p. 815; Cesaris b), 2002, p. 549 e p. 555; Marchetti, 2015, p. 296). Tuttavia il testo oppone una non trascurabile resistenza, mentre, d'altra parte, resta pur vero che, anche nei casi in oggetto, l'automatismo che governa le pene accessorie lascia permanere una disomogeneità significativa rispetto ai provvedimenti adottati a norma dell'art. 330 c.c. Infatti una meccanica menomazione della responsabilità genitoriale è in sé potenzialmente insidiosa per l'interesse del minore

93 Invece, una condanna alla reclusione non inferiore a cinque anni produce la medesima pena accessoria temporanea, ma non indefettibilmente, potendo il giudice disporre «altrimenti»; inoltre, la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale che ne deriva ha durata pari alla pena principale e, in deroga all'art. 139 c.p., si consuma contestualmente ad essa (art. 32 co. 3 c.p.).

pur in presenza di una condanna per reati che ne denotino un abuso. Essa, invero, giungendo a notevole distanza di tempo dal fatto, rischia d'intervenire in un contesto sensibilmente mutato grazie ad una fruttuosa azione di recupero della relazione tra genitore e figlio: azione intrapresa in una sede diversa da quella penale, ma ivi ignorata in ossequio ad un'ottica presuntiva, intrinsecamente in conflitto con la ricerca del benessere del minore⁹⁴.

Allo stato attuale, resta peraltro fermo che, per la maggioranza dei benefici penitenziari previsti a tutela del rapporto fra madre e prole, il concreto pericolo della commissione di delitti risulta preclusivo. Tale limite si oppone alla fruizione degli stessi da parte del genitore che abbia agito in danno del figlio e che rappresenti ancora un'effettiva fonte di pericolo. Per altro verso, la diversa rilevanza attribuita dal legislatore ai provvedimenti incidenti sulla responsabilità genitoriale comporta che, nel caso di reati perpetrati nei confronti della prole, sia di primaria importanza che il tribunale per i minorenni intervenga a norma dell'art. 330 c.c. «indipendentemente dall'effetto della condanna penale»; anzi, in presenza 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» (Fiorentin b), 2012, p. 401). Infine, per quanto specificamente riguarda la misura domestica riservata ai genitori (ossia la detenzione domiciliare speciale), la concessione è subordinata alla verifica della «possibilità di ripristinare la convivenza con i figli» (v. *supra*, § 5.2.). Tale accertamento non potrà che essere particolarmente rigoroso in presenza di una pena accessoria connessa alla condanna in generale per delitti perpetrati con abuso della responsabilità genitoriale o per specifici reati commessi in danno del figlio: un esito in concreto negativo consentirà al giudice di sorveglianza di negare il beneficio, senza che l'art. 7 legge 40/2001 rappresenti un ostacolo in tal senso (v. Pavarin, 2012, p. 283, nota 123).

La distanza dai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 330 c.c. si riduce là dove l'indefettibilità della pena accessoria a carico dei genitori condannati per certi reati è stata superata dalla Corte costituzionale attraverso la «c.d. *delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione*» (Tesauro, 2012, p. 4912), com'è accaduto in materia di delitti contro lo stato di famiglia. In effetti, quando l'applicazione della pena accessoria è recuperata all'apprezzamento discrezionale del caso concreto, parrebbe opportuno che la magistratura di sorveglianza potesse trarne le medesime conseguenze,

94 V. Moro, 2014, p. 121, il quale inserisce la critica nei confronti di una caducazione accessoria della responsabilità genitoriale che interviene automaticamente «a molti anni dal fatto e quando eventualmente il rapporto col genitore è stato pienamente recuperato» nel contesto di una più ampia denuncia del mancato «*raccordo tra interventi sul soggetto che abusa del minore e interventi a favore del minore vittima*».

in ordine al rapporto con l'insieme dei benefici penitenziari specificamente dedicati ai genitori, che l'art. 6 della "legge Finocchiaro" riconduce alla decadenza dalla responsabilità *ex art.* 330 c.c.; e ciò vale nei casi in cui a scardinare l'automatismo tipico del carico sanzionatorio complementare è intervenuta la Corte costituzionale, ma anche per la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale associata dal legislatore alla condanna alla reclusione non inferiore a cinque anni (art. 32 co. 3 c.p.)⁹⁵.

Resta comunque una questione di fondo. Aperto un varco alla discrezionalità nel sistema delle sanzioni accessorie, è tuttavia lecito nutrire seri dubbi sull'effettiva possibilità che il processo penale a carico dell'adulto si riveli una sede adeguata per sondare l'interesse del figlio ai fini di cui si discute. Invero, entro un'ottica di radicale riforma, l'opzione preferibile appare l'abolizione delle pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale con affidamento della materia agli organi specificamente preposti alla tutela del minore⁹⁶. Ad oggi, nella prospettiva della migliore valutazione del suo interesse, è particolarmente apprezzabile la soluzione che il legislatore ha adottato nell'art. 34 co. 5 c.p. contro il pericolo rappresentato dalla meccanica estensione alle pene accessorie del beneficio della sospensione condizionale (v. Larizza, 2014, p. 146 s.). Si tratta di una tutela offerta al benessere del minore contro un automatismo di segno opposto rispetto a quelli fino ad ora considerati, in quanto volto a governare l'alleggerimento della posizione del genitore in ordine al carico afflittivo che s'accompagna a quello principale⁹⁷. Il legislatore è intervenuto per evitare che una sospensione disposta a beneficio dell'adulto e meccanicamente estesa anche alla sanzione complementare che coinvolge il figlio possa privare quest'ultimo di tutela pur quando egli

95 Per l'identificazione dell'obiettivo dell'art. 7 legge 40/2001 nella cessazione, durante l'applicazione del beneficio, dell'«*automatismo* operativo delle pene accessorie» interessate (*corsivo nostro*), cfr. Cesaris b), 2002, p. 555; recentemente, Marchetti, 2015, p. 296.

96 Recentemente v. Zagnoni Bonilini, 2015, 14 s., là dove richiama l'opzione "abolizionista" del "Progetto Grosso" di riforma del codice penale. Meno radicale è la proposta di introdurre, «ferma restando l'applicazione delle pene accessorie nei casi previsti dagli artt. 32 comma 3 e 34 c.p., l'obbligo per il giudice penale della trasmissione della sentenza di condanna per i reati di cui agli artt. 416 bis c.p. e 74 D.P.R. n°309/90, laddove risulti il coinvolgimento di un minore, all'autorità giudiziaria minorile per la valutazione circa l'adozione di provvedimenti civili nell'interesse superiore di quel minore», avanzata dal Consiglio Superiore della Magistratura nella "Risoluzione in materia di tutela dei minori nel quadro della lotta alla criminalità organizzata", approvata con delibera del 31 ottobre 2017.

97 Si ricordi inoltre che, là dove l'ottica premiale del "patteggiamento" esclude l'applicazione di pene accessorie (art. 445 co. 1 c.p.p.), per più d'una fattispecie criminosa la privazione della responsabilità genitoriale resta comunque operativa: basti pensare agli artt. 583-bis co. 4, 600-septies.2, 609-nonies c.p. (Larizza, 2014, p. 143 ss.).

ne sia bisognoso (Larizza, 2014, p. 133). Così, 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» (art. 34 co. 5 c.p.; v. Palazzo, 1990, p. 73 ss.)⁹⁸. Ne deriva la possibilità di valutazione dell'interesse del figlio nella situazione concreta. In tal caso l'apprezzamento non viene a collocarsi nella sede penale, com'è là dove la Corte costituzionale ha scardinato l'indefettibilità della decadenza dalla responsabilità genitoriale conseguente alla condanna per taluni delitti. Alla stregua dell'art. 34 co. 5 c.p., la valutazione delle esigenze del minore viene invece restituita alla sua sede naturale, nella quale composizione dell'organo decidente e forme processuali convergono per promuovere e tutelare il suo benessere (v. Ferrando, 2015, p. 287; Moro, 2014, p. 122, p. 136). Il tema della responsabilità genitoriale può così autenticamente affrancarsi dall'ottica sanzionatoria, focalizzata sull'adulto, per trasferirsi nell'alveo della pluralità graduata dei «provvedimenti di protezione previsti dal diritto civile», che, in quanto «presi unicamente nell'*interesse del figlio*», sono «*modificabili e revocabili*, in conseguenza del mutamento delle circostanze di fatto» (Lenti e Long, 2014, p. 282 e p. 286; v. Romano b), 1995, p. 265).

9. Benessere della prole vs esigenze cautelari.

Il legislatore riconosce l'esigenza di tutela della maternità e dell'infanzia come causa di marginalizzazione del carcere autonoma ed ulteriore rispetto alle ragioni generali della proporzionalità e adeguatezza dell'intervento cautelare. L'obiettivo è la «tutela di valori coessenziali alla salvaguardia della persona», che né le istanze sottese all'esecuzione della pena né quelle poste alla base di misure restrittive *ante iudicium* possono indurre ad ignorare (v. Cass., Sez. II, 16.3.2012, n. 11714). Nella sede cautelare, tuttavia, la salvaguardia della maternità e dell'infanzia non conosce la multiformità della fase dedicata all'esecuzione della sanzione. Essa si raccoglie essenzialmente intorno al ricorso agli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) o alla custodia cautelare in istituto

⁹⁸ In tema di rapporto tra benefici penitenziari e pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale, un analogo coinvolgimento del tribunale per i minorenni parrebbe opportuno anche nel caso in cui «l'esito positivo del periodo di prova conseguente all'affidamento del condannato al servizio sociale» determini l'«estinzione automatica delle pene accessorie» ai sensi dell'art. 47 co. 12 o.p. (così come interpretato da Cass., Sez. I, 29.9.2014, n. 52551).

a custodia attenuata per detenute madri (art. 285-*bis* c.p.p.) in luogo della restrizione carceraria ordinaria (v. Bellantoni, 2015, p. 135 ss.).

I soggetti protetti – a prescindere dal titolo di reato – sono le donne in gravidanza o con figli, queste ultime selezionate sulla base di due parametri relativi alla prole: età, non superiore a sei anni, e convivenza con la genitrice, indipendentemente dalla contestuale presenza o meno del padre, che invece può fruire della medesima tutela contro la carcerazione cautelare soltanto «qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole» (art. 275 co. 4 c.p.p.)⁹⁹. Attraverso i genitori il legislatore mira a proteggere innanzitutto i figli.

Per quanto riguarda l'età rilevante ai fini della tutela dalla carcerazione materna in sede cautelare, essa è andata incontro ad un progressivo innalzamento, analogamente a quanto è accaduto in ordine alla fase di esecuzione della pena. Nella sua versione originaria l'art. 275 co. 4 c.p.p. si rivolgeva alla donna «incinta o che allatta la propria prole». Successivamente (legge 8.8.1995 n. 332) per le madri si è fatto riferimento all'«età inferiore a tre anni» del figlio convivente, limite che abbraccia l'intera categoria dei bambini che tradizionalmente rischiano l'ingresso nelle sezioni-nido degli istituti penitenziari. Infine la protezione è stata estesa alla «prole di età non superiore a sei anni», ossia fino al raggiungimento dell'età scolare (legge 62/2011). 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, 10.12.2015, n. 39729).

Al requisito d'età deve accompagnarsi la convivenza con la madre affinché l'interesse del minore ad esserne adeguatamente accudito possa operare come fattore di sottrazione della donna al carcere (la stessa condizione è parimenti necessaria qualora il soggetto coinvolto sia il padre: Cass., Sez. III, 10.12.2008, n. 634; Cass., Sez. IV, 29.4.2003, n. 42679). Se la convivenza già non sussiste, cosicché la causa della sua interruzione non potrebbe comunque essere ravvisata nella carcerazione del genitore, il legame fra madre (o padre) e prole (eventualmente altrimenti coltivato) non vale a giustificare una limitazione al potere del giudice cautelare di disporre la misura più gravosa. Il presupposto della convivenza si presta così a svolgere un'opera di contrasto nei confronti di un possibile appello alla genitorialità in chiave meramente strumentale (v. Cass., Sez. III, 10.12.2008, n. 634): strumentalità che dovrebbe

⁹⁹ Per un tentativo di superare la presunzione della natura non indispensabile, ai fini del benessere del minore, della presenza paterna accanto a quella materna, v. le censure, relative al settore cautelare, all'origine di C. cost., 167/2017, ritenute «tutte manifestamente inammissibili per l'assorbente ragione che il giudice *a quo* non delimita correttamente il *thema decidendum* sottoposto» alla Corte.

per lo più ravvisarsi anche nel caso di una convivenza instaurata all'interno dell'istituto penitenziario dalla madre che porti con sé un figlio sino a quel momento affidato ad altri. Verificandosi un'ipotesi del genere, la protezione dell'effettivo interesse del bambino dovrebbe essere assicurata innanzitutto da un tempestivo intervento dei soggetti specificamente preposti alla tutela dei minori, ora agevolato dalle comunicazioni al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni prescritte dall'art. 11-*bis* o.p.¹⁰⁰.

Null'altro l'art. 275 co. 4 c.p.p. 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. Cesaris c), 2015, p. 1099). Presenti sia l'uno che l'altro requisito, sembra che il giudice cautelare debba comunque ritenere sussistente un interesse del minore alle cure materne meritevole di tutela contro il pregiudizio derivante dalla sottoposizione della donna alla misura più gravosa (interesse che potrà essere ritenuto soccombente soltanto a fronte di esigenze contrapposte che s'impongano in concreto per la loro eccezionale rilevanza). In particolare, il legislatore parrebbe 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'appli-

100 Quanto agli oneri di segnalazione gravanti sull'amministrazione penitenziaria (fra gli altri, nel caso in cui la stessa decisione materna di portare il figlio nell'istituto in concreto «possa costituire un comportamento di maltrattamento e/o di iperprotezione»), v. Monetini, 2012, p. 98 ss. Ora v. l'art. 11-*bis* introdotto nell'ordinamento penitenziario in sede di conversione del d.l. 4.10.2018 n. 113 e formulato sulla falsariga dell'art. 9 legge 184/1983 (v. *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*, § 2): oltre alla celere comunicazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni di eventuali condotte del genitore pregiudizievoli nei confronti del figlio che l'abbia seguito all'interno di un istituto penitenziario tradizionale o in un ICAM, si prevede comunque la trasmissione semestrale dell'elenco di tutti i bambini presenti nel circuito intramurario (a custodia attenuata o meno), con l'indicazione specifica della loro situazione, allo stesso procuratore, che, «assunte le necessarie informazioni, chiede al tribunale, con ricorso motivato, di adottare i provvedimenti di propria competenza». Negli istituti che ospitano genitori (in primo luogo madri) accompagnati dai figli, il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni dovrà effettuare o disporre ispezioni con cadenza semestrale, salve quelle straordinarie, possibili in ogni tempo. L'introduzione dell'art. 11-*bis* o.p. segue di poco il rinnovo della Carta dei diritti dei figli dei genitori detenuti (20 novembre 2018), che nell'occasione accoglieva nel suo primo articolo l'invito, nei confronti degli istituti penitenziari, a comunicare immediatamente alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni ed al tribunale per i minorenni l'ingresso di bambini in carcere insieme ad un genitore. All'origine c'è la tragedia consumatasi nella sezione-nido della Casa circondariale di Rebibbia femminile nel mese di settembre, quando una madre, detenuta a titolo cautelare, provocò la morte dei suoi due figlioletti.

cabilità dell'art. 275 co. 4 c.p.p., 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 (Marzaduri, 1998, p. 190).

La tutela della maternità e dell'infanzia approntata dall'art. 275 co. 4 c.p.p. scatta quando un «positivo accertamento da parte del giudice» o una presunzione stabilita dal legislatore denunciano la sussistenza degli estremi per la custodia cautelare in carcere (Cass., Sez. I, 16.1.2008, n. 5840). Come si vedrà meglio in seguito, il risvolto più significativo della norma consiste nella “neutralizzazione” delle fattispecie di necessità presunta della misura più gravosa (v. *infra*, § 11.2.).

Alla custodia carceraria subentreranno normalmente gli arresti domiciliari: il giudice individuerà il luogo di esecuzione della misura nell'abitazione della donna, in altro luogo di privata dimora, in un luogo pubblico di cura o di assistenza o in una casa famiglia protetta, «ove istituita» (art. 284 co. 1 c.p.p.)¹⁰¹.

L'art. 275 co. 4 c.p.p., però, non riconosce l'interesse del minore entro i sei anni all'accudimento materno in un ambiente idoneo come oggetto di una protezione assoluta: l'applicazione ed il mantenimento della custodia cautelare in carcere nei confronti della madre convivente, infatti, non sono

101 Può essere funzionale alla collocazione presso uno dei luoghi indicati nel primo comma dell'art. 284 c.p.p. già nella sede precautelare l'art. 387-*bis* c.p.p., introdotto in sede di conversione del d.l. 113/2018. Ai sensi dell'art. 386 co. 1 c.p.p., gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che procedono ad un arresto o ad un fermo (o ricevono in consegna l'arrestato) devono darne immediata notizia al pubblico ministero del luogo nel quale la misura è stata eseguita. Ora, dall'art. 387-*bis* c.p.p. si ricava che, trattandosi di «madre con prole di minore età» (dunque, non soltanto entro i sei anni di vita), anche il ruolo genitoriale dell'arrestata o fermata deve essere comunicato senza ritardo al magistrato: l'interesse del minore dovrebbe così poter ricevere la necessaria considerazione ai fini della decisione che l'art. 386 co. 5 c.p.p. rimette alla discrezionalità del pubblico ministero, il quale può disporre che la persona sottoposta alla misura precautelare sia custodita in uno dei luoghi indicati nel primo comma dell'art. 284 c.p.p. Si tenta in tal modo un passo ulteriore verso la garanzia di un'effettiva valutazione dell'interesse del minore nei processi decisionali che lo coinvolgono, secondo quanto è richiesto dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza delle Nazioni Unite. Inoltre, l'art. 387-*bis* c.p.p. dispone che la medesima notizia sia data, altresì, al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo dell'arresto o del fermo, analogamente a quanto è stato contestualmente previsto – trattandosi di madri di prole di minore età – sia per le ordinanze che dispongono la custodia cautelare in carcere (art. 293 co. 4-*bis* c.p.p.) sia per gli ordini di esecuzione di sentenze di condanna a pena detentiva (art. 656 co. 3-*bis* c.p.p.), nell'intento di garantire ai minori interessati la tutela necessaria da parte degli organi preposti.

inderogabilmente esclusi (e ciò vale anche per la donna incinta). L'interesse del bambino in età pre-scolare prevale sino a quando non risulti la concreta sussistenza di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza», la quale ne autorizza la soccombenza a favore della custodia intramuraria (v. Cass., Sez. VI, 10.10.2003, n. 39763; *infra*, § 11.3.), che però può svolgersi presso un ICAM se il giudice così dispone (art. 285-*bis* c.p.p.: v. *infra*, § 10).

L'assenza di un luogo adeguato osta all'applicazione della misura domiciliare: il contesto abitativo deve essere idoneo «non solo alla permanenza del soggetto, ma anche ad assicurare le esigenze cautelari, tenuto conto delle caratteristiche ambientali e strutturali e della effettiva possibilità di effettuare i controlli» (Vergine, 2018, p. 78). Ove adeguatamente diffuse sul territorio nazionale, le case famiglia protette potrebbero evitare che la mancanza di un domicilio idoneo impedisca ad una madre l'accesso alla restrizione cautelare nella forma domiciliare (sulle strutture in oggetto v. *infra*, *Le case famiglia protette*).

A partire dal sesto compleanno, l'interesse del minore alla sottrazione materna al carcere, funzionale al suo accudimento, cessa di essere riconosciuto dal legislatore quale fattore, in sé, di marginalizzazione della cautela più rigorosa. Tale assetto è stato sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale. La questione verteva sulle modalità d'identificazione della fascia di minori oggetto della protezione offerta dall'art. 275 co. 4 c.p.p., censurando sotto più profili il limite convenzionale del compimento del sesto anno di vita. Essa venne sollevata nell'ambito di una vicenda nella quale il titolo del reato (associazione di tipo mafioso) attribuiva il massimo risalto alle potenzialità garantistiche della disposizione dettata a salvaguardia della maternità e dell'infanzia, in chiave di “neutralizzazione” del meccanismo presuntivo stabilito dal terzo comma del medesimo art. 275 c.p.p. (v. *infra*, § 11.2.). D'altro canto, la condizione della minore coinvolta (ormai giunta al sesto anno d'età) era tale per cui la sottoposizione della madre alla custodia cautelare in carcere, già disposta nei confronti del padre, l'avrebbe privata dell'assistenza di entrambi i genitori.

La sentenza 17/2017 ha dichiarato la questione infondata (v. Leo, 2017, p. 2; Vergine, 2018, p. 98). Essa ha escluso che «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». Secondo la Corte, sarebbe una scelta non irragionevole quella di selezionare il compimento del sesto anno d'età come limite oltre il quale, indipendentemente dalla concreta condizione del minore, la tutela del suo benessere non può più consentire una marginalizzazione della custodia carceraria a carico del genitore (madre innanzitutto) estesa anche ai

casi di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti più allarmanti. Infatti, al raggiungimento di quell'età corrisponderebbe «l'assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e, dunque, [...] l'inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre». Né – ad avviso del Giudice delle leggi – un motivo di censura potrebbe trarsi dal confronto con la disciplina dell'esecuzione delle pene detentive, che tende a tutelare i figli dei condannati fino al decimo compleanno. Infatti, «se l'interesse del minore resta sempre uguale a sé stesso, mutano invece profondamente, a seconda del titolo di detenzione, le esigenze di difesa sociale».

Nel contempo la sentenza 17/2017 si è comunque soffermata su una serie di soluzioni alternative all'attuale, più o meno esplicitamente ricavabili dall'ordinanza di rimessione, escludendo espressamente di poterle recepire: la prevalenza (fino al limite della concreta sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza) accordata all'interesse del minore all'accudimento materno a prescindere dalla sua età oppure fondata su un apprezzamento discrezionale della sua condizione concreta rimesso, volta per volta, al giudice cautelare o, ancora, disancorata dall'età nel caso specifico dell'assenza paterna.

Resta che, ad oggi, al compimento del sesto anno di vita, l'interesse del minore alla sottrazione materna al carcere, funzionale al suo idoneo accudimento, scivola automaticamente nell'irrilevanza, a prescindere dalla situazione concreta nella quale il minore stesso versi¹⁰².

Nella sede cautelare nemmeno le esigenze assistenziali dei figli disabili (d'età superiore a sei anni) risultano attualmente tutelate (v. Adorno, 2018, p. 60; Leo, 2017, p. 3) contro la carcerazione genitoriale, diversamente da quanto accade nella fase dell'esecuzione della pena, nei limiti di cui al già menzionato pronunciamento della Corte costituzionale (v. *supra*, § 7). Invero, anche l'art. 275 co. 4 c.p.p. è stato, per tale lacuna, sottoposto all'attenzione del Giudice delle leggi. 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» (C. cost., 239/2011), oppure a causa di un'insufficiente descrizione della fattispecie all'esame del giudice *a quo*, unita all'oscurità, ambiguità, indeterminatezza del *petitum* (C. cost., 250/2011, e, successivamente, C. cost., 104/2015)¹⁰³. Al genitore cautelatamente ristretto in carcere restano le visite e

102 La proposta di legge n. 3523, presentata alla Camera dei Deputati il 12 gennaio 2016, prevede l'introduzione, nell'art. 275 c.p.p., del co. 4.1.: «In presenza di figli minori di diciotto anni la procura della Repubblica e la procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni hanno l'obbligo di contemperare le esigenze cautelari del procedimento penale in corso con quelle dei diritti dei minori a intrattenere le relazioni indispensabili per il proprio normale sviluppo psico-fisico».

103 Cass., Sez. V, 13.3.2013, n. 31226, esclusa l'applicabilità in via analogica della norma

l'assistenza al figlio gravemente disabile, nei termini in cui esse sono previste dall'art. 21-ter o.p. (v. *supra*, *Il diritto all'affettività*, § 3.2.).

Infine, un limite di fatto alla tutela della maternità e dell'infanzia può derivare dall'ignoranza del giudice in ordine alla condizione della donna nei cui confronti è sollecitato l'intervento cautelare¹⁰⁴. L'interessata rischia di poter far valere la sua condizione ai fini dell'accesso alla misura degli arresti domiciliari, ma anche alla custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, soltanto in seconda battuta (cfr. Adorno, 2018, p. 61), ossia soltanto dopo essere stata tradotta in un carcere ordinario a norma dell'art. 285 c.p.p.¹⁰⁵, ivi destinata dal giudice che ha provveduto *inaudita altera parte* sulla richiesta del pubblico ministero¹⁰⁶.

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 ad opera dell'art. 275 co. 4 c.p.p., argomentando che le esigenze assistenziali dello stesso non sarebbero paragonabili a quelle di un figlio in età evolutiva. Analogamente, di recente, v. Cass., Sez. V, 20.6.2017, n. 48371.

104 Presuppone invece che sia nota la condizione di madre di prole di minore età, riguardante la donna destinataria di un'ordinanza che dispone la custodia cautelare in carcere, il comma 4-*bis* introdotto nell'art. 293 c.p.p. in sede di conversione del d.l. 113/2018. Esso prevede che copia del provvedimento sia comunicata al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di esecuzione della misura: l'informazione dovrebbe assicurare che possa essere garantita tempestivamente la tutela necessaria tanto nei confronti dei bambini che entrino nell'istituto penitenziario al seguito della madre quanto dei minori che ne subiscano l'allontanamento poiché lasciati nel mondo libero, per scelta o perché troppo grandi per essere accolti nel circuito intramurario (tradizionale o a custodia attenuata). Per il caso di arresto o fermo v. l'art. 387-*bis* c.p.p. e, per l'ordine di esecuzione della sentenza di condanna a pena detentiva, l'art. 656 co. 3-*bis* c.p.p.

105 Si ricordi che, a norma dell'art. 23 co. 2 reg. o.p., se, all'ingresso in istituto della detenuta, risulta che la stessa è incinta o è madre di prole d'età inferiore a tre anni (al suo seguito o meno), la direzione deve «trasmette[re] gli atti alla autorità giudiziaria precedente».

106 Cfr. Cass., Sez. VI, 20.5.1992, n. 1784: «Il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere nei confronti di donna incinta, salvo che in presenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, richiede – di norma – un previo apprezzamento di fatto della condizione della donna. Ove tale condizione non sia già palese e procedimentalmente accertata, essa deve tempestivamente formare oggetto di un onere di allegazione, al fine di poter essere considerata in rapporto alle esigenze cautelari. Non assolvendosi a tale onere, non potrà per tale causa denunciarsi l'illegittimità del provvedimento applicativo ex art. 275, comma quarto, cod. proc. pen.». Secondo Cass., Sez. V, 9.11.2007, n. 41626, «qualora gli atti acquisiti non consentano di valutare con sufficiente certezza la gravità dell'impedimento richiesto dall'art. 275, comma quarto, cod. proc. pen.» ai fini dell'operatività del divieto di custodia cautelare in carcere ivi previsto (nel caso di specie si trattava di appurare l'esistenza delle condizioni alle quali è subordinata la sottrazione paterna alla cautela più gravosa), «il giudice, investito ex art. 310

10. La convivenza all'interno del circuito penitenziario: l'accoglienza della coppia madre-figlio nelle sezioni-nido o negli Istituti a custodia attenuata dedicati.

Come si è avuto modo di vedere, nel nostro ordinamento residuano casi nei quali, nella fase dell'esecuzione della pena o in sede cautelare, la sottrazione del genitore al carcere a tutela dell'infanzia è impedita dalla prevalenza riconosciuta ad esigenze contrapposte. In tali circostanze è consentito che il bambino, entro certi limiti d'età, conviva con l'adulto (la madre in primo luogo) all'interno dell'istituto penitenziario. In molti Paesi è così, ma non ovunque (Krabbe e van Kempen, 2017, p. 22 s.; Menghini, 2015-2016)¹⁰⁷. I documenti internazionali dedicati al trattamento delle persone ristrette nella loro libertà ammettono la permanenza in carcere del figlio al seguito del genitore soltanto ove tale soluzione risponda, nel caso concreto, al superiore interesse del minore: così, in particolare, le Regole di Bangkok¹⁰⁸ (n. 49) come le Regole penitenziarie europee¹⁰⁹ (n. 36). Le medesime "regole" ci ricordano che, qualora si consenta ad un bambino di vivere all'interno di un istituto penitenziario, sono imprescindibili l'adeguamento dell'ambiente alle sue esigenze e la predisposizione di strumenti e risorse che ne garantiscano l'accesso ottimale ad attività e servizi esterni¹¹⁰. Parimenti necessario

cod. proc. pen., non può rigettare la richiesta dell'imputato senza disporre, anche d'ufficio, gli accertamenti necessari a tal fine, considerato che la previsione di cui all'art. 299, comma quarto *ter*, primo periodo, cod. proc. pen. [...] trova applicazione anche in sede di appello cautelare ed è estensibile anche al caso in cui l'imputato sia genitore di prole infratreenne [*oggi d'età non superiore a sei anni*] la cui madre sia impossibilitata a prestarvi assistenza per ragioni di salute, trattandosi, comunque, di una condizione personale di quest'ultimo, rilevante ai fini della sostituzione della misura cautelare e imposta dalla *ratio* dell'art. 275, comma quarto, cod. proc. pen., preordinata alla tutela di un diritto fondamentale del minore [...] di rilievo primario e, pertanto, implicitamente considerato dalla "*regula juris*"»: con particolare riferimento alla posizione paterna v. Adorno, 2018, p. 61.

107 V. anche, recentemente, CM(2018) 27-add2, 21.2.2018, Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC)-b. *Exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec(2018)5 concernant les enfants de détenus*.

108 Per un'ampia disamina delle Regole di Bangkok e sulla loro implementazione negli ordinamenti nazionali, recentemente, van Kempen e Krabbe, 2017; v., altresì, Romano e Ravagnani, 2018, p. 272 ss.

109 Per un quadro generale sulle Regole penitenziarie europee, v. Tirelli, 2010, p. 99 ss.

110 Si vedano, in particolare, la "regola" di Bangkok n. 51 e, fra le Regole penitenziarie europee, la n. 36. Nello stesso senso si esprime la recente Raccomandazione dedicata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ai figli minorenni di persone detenute (CM/Rec(2018)5 § 34 ss.).

è impedire che in carcere si consumi una convivenza penosamente carente sotto il profilo dell'accompagnamento genitoriale nella crescita del figlio (v. la "regola" di Bangkok n. 50). Ciò comporta che l'adulto debba godere delle più ampie possibilità di accudimento del bambino nell'istituto penitenziario, ma rivela pure l'importanza dell'offerta di opportunità per la condivisione di esperienze all'esterno. Infine, il superiore interesse del minore è chiamato a governare la cessazione della convivenza prodotta dal definitivo allontanamento del figlio dal carcere senza il genitore e le modalità del successivo mantenimento della relazione (v. la "regola" di Bangkok n. 52). In attesa che, nel nostro ordinamento, sia raggiunto «l'obiettivo di evitare la permanenza dei bambini in carcere», la Carta dei diritti dei figli dei genitori detenuti, rinnovata in data 6 settembre 2016¹¹¹ e poi ancora il 20 novembre 2018, richiama all'effettiva realizzazione di condizioni idonee all'accoglienza dei bambini che accompagnano il genitore in istituto (art. 7).

In Italia alle tradizionali sezioni-nido interne agli istituti penitenziari ordinari piuttosto recentemente si sono affiancati gli Istituti a custodia attenuata per madri (ICAM). Questi ultimi costituiscono una soluzione più avanzata sotto il profilo di un'ideale accoglienza del minore e del supporto alla genitorialità, tanto che ad oggi il nostro Paese compare fra quelli che sembrerebbero meglio attrezzati per ospitare in carcere i bambini al seguito delle madri (v. Krabbe e van Kempen, 2017, p. 23). Nel contempo gli istituti (o sezioni) in oggetto sviluppano la filosofia della differenziazione del trattamento penitenziario in chiave risocializzante.

Pur costituendo una soluzione disponibile non soltanto nella fase dell'esecuzione della pena, ma anche in sede cautelare, gli ICAM non hanno tuttavia decretato la totale dismissione delle sezioni-nido ordinarie (v. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, 2018, p. 184). Basti pensare che, se è cessata la funzione ospitante di quella interna alla Casa Circondariale di Como, ne è stata da non molto aperta una nella II Casa di Reclusione Milano-Bollate (v. Gruppo CRC, 2012-2013, p. 58), sebbene nel medesimo territorio vi sia un Istituto a custodia attenuata per madri, il primo ad essere entrato in funzione in Italia. La presenza di un minore al seguito della madre, infatti, non assicura di per sé il collocamento della coppia all'interno delle strutture di nuova generazione, ove pure materialmente esistenti. Ad oggi, dunque, la possibilità della presenza di bambini in carcere con le madri si conferma, articolandosi fra Istituti a custodia attenuata e sezioni-nido ordinarie. Almeno per ora queste due so-

111 Si tratta del Protocollo d'intesa tra il Ministero della Giustizia, l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e l'Associazione "Bambinisenzasbarre Onlus", originariamente siglato il 21 marzo 2014, reperibile in www.bambinisenzasbarre.org (accesso eseguito in data 3.3.2018). Per un commento v. Tomaselli, 2014, p. 175 ss.

luzioni appaiono destinate a coesistere: i primi non soppiantano le seconde, ma, ove adeguatamente distribuiti sul territorio nazionale, si candidano a farne l'*extrema ratio*.

La legge 354/1975 ed il regolamento di esecuzione considerano espressamente la condizione femminile e di madre ai fini dell'organizzazione degli istituti penitenziari (v. Monetini, 2012; *supra*, *Quale genere di detenzione?*, § 6). In particolare «in ogni istituto penitenziario per donne» – necessariamente separate dagli uomini – sono previsti «servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere» (art. 11 co. 8 o.p.). Alla scelta di consentire alle madri (detenute o internate) di «tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni» si accompagna l'onere, per l'amministrazione penitenziaria, di organizzare «appositi asili nido» interni all'istituto per garantire «la cura e l'assistenza dei bambini» che vi convivono con la genitrice (la medesima scelta è stata confermata in occasione della riforma varata in parziale attuazione della delega penitenziaria contenuta nella legge 103/2017, sebbene essa trovi ora espressione nell'art. 14 co. 6 o.p. e non più nell'art. 11 co. 9). Maggiori dettagli sul tipo di accoglienza che deve essere garantita alle madri con bambini al seguito, oltre che alle gestanti, sono forniti dall'art. 19 reg. o.p., che ribadisce l'onere di organizzare, «di norma», apposite sezioni per ospitarle («reparti ostetrici e asili nido»). Oltre che l'esigenza di un'assistenza sanitaria appropriata, nel regolamento vengono in rilievo le generali condizioni di vita all'interno dell'istituto, determinanti per la salute psico-fisica del bambino e della donna¹¹². Per attenuare la costrizione dei movimenti si prevede che «le camere dove sono ospitati le gestanti e madri con i bambini non devono essere chiuse, affinché gli stessi possano spostarsi all'interno del reparto o della sezione, con il limite di non turbare l'ordinato svolgimento della vita nei medesimi». Nel tentativo di evitare la drastica negazione al minore dei diritti e delle opportunità di cui godono i coetanei¹¹³, il suo accesso ad «attività ricreative e formative» adeguate è af-

112 Qualche ulteriore dettaglio è reperibile nel regolamento-tipo per gli istituti e le sezioni femminili che ospitano detenute comuni, appositamente predisposto dalla Direzione generale dei detenuti e del trattamento (circ. 17.9.2008, reperibile in www.giustizia.it: accesso eseguito in data 3.3.2018): rilevano, in particolare, gli artt. 6 co. 2 (che richiama l'art. 14 co. 10 reg. o.p.), 15 co. 3 (in relazione all'art. 19 co. 5 reg. o.p.), 22 co. 2, 23 co. 2, 25 co. 8 (che rinvia ai primi quattro commi dell'art. 19 reg. o.p.).

113 Si richiama, in particolare, l'art. 31 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: «1. Gli Stati parti riconoscono al fanciullo il diritto al riposo e al tempo libero, a dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età e a partecipare liberamente alla vita culturale ed artistica. 2. Gli Stati parti rispettano e favoriscono il diritto del fanciullo di partecipare pienamente alla vita culturale e artistica e incoraggiano l'organizzazione, in condizioni di uguaglianza, di mezzi appropriati di divertimento e di attività

fidato all'allestimento delle stesse all'interno dell'istituto penitenziario, ma altresì all'accompagnamento al di fuori del carcere, tramite «l'intervento dei servizi pubblici territoriali o del volontariato» e con il consenso materno, anche per frequentare l'asilo nido (art. 19 co. 5 e 6 reg. o.p.)¹¹⁴.

Se si guarda alla realtà, la Relazione 2018 (p. 184 s.) del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale testimonia la persistenza di alcune sezioni-nido del tutto inadeguate all'accoglienza di bambini in tenera età ed una più diffusa «mancanza di collegamenti con il territorio».

Ove non fosse possibile offrire alla donna ed al figlio un ambiente dotato dei requisiti necessari per la loro accoglienza, «l'Amministrazione Penitenziaria dovr[ebbe] prevedere il trasferimento» della coppia «in una sezione nido adeguata» (Del Grosso, 2015-2016, p. 1). A fronte di condizioni detentive contrarie al senso di umanità, in effetti, il trasferimento in altro istituto può rappresentare un valido rimedio di natura preventiva “interno” al sistema penitenziario. La sentenza costituzionale 279/2013 lo ha espressamente riconosciuto quando il tema della necessaria sottrazione del detenuto ad un ambiente carcerario non tollerabile è giunto al cospetto del Giudice delle leggi sospinto da un endemico sovraffollamento carcerario pesantemente censurato, nei suoi effetti, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, poiché l'umanità della pena e la sua funzione rieducativa costituiscono un patrimonio garantistico inscindibile, non si possono ritenere ammissibili – ricorda la Corte costituzionale – interventi che, per ristabilire l'una, deprimano l'altra. Se ne può ricavare un ammonimento anche per il caso in cui le condizioni detentive non siano adeguate a causa del mancato allestimento di una sezione-nido idonea all'accoglienza della coppia costituita da madre e bambino: ove il trasferimento in un diverso istituto penitenziario comporti uno sradicamento inconciliabile con la finalità rieducativa della pena e con il superiore interesse del minore¹¹⁵, il rimedio dovrà essere

ricreative, artistiche e culturali».

114 Si segnala il Protocollo d'intesa tra Telefono Azzurro e Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Bambini e carcere – del 6 luglio 2016, per il quale è prevista una durata iniziale di tre anni, reperibile in www.giustizia.it (accesso eseguito in data 3.3.2018). Nell'attività di collaborazione tra i firmatari s'inquadra il “Progetto Nido”: destinato ai minori da zero a tre anni al seguito della madre ristretta, esso mira a supportare la relazione genitoriale, «anche trovando una soluzione al disagio dei nidi interni al carcere», attraverso l'ingresso negli istituti penitenziari di «volontari appositamente formati». Il Progetto s'impegna tanto nell'«organizzazione e [nell']allestimento della sezione nido con giochi e accessori adeguati» quanto nell'accompagnamento dei bambini fuori dal carcere per garantirne l'«accesso a risorse esterne [...], quali ad esempio nidi comunali, parchi gioco, giardini pubblici, ludoteche, ecc.».

115 Una tutela specifica nei confronti delle madri con figli al seguito contro trasferimenti

cercato altrove, oltre gli spazi d'intervento dell'amministrazione penitenziaria. A legislazione vigente, possono soccorrere le alternative all'ordinaria esecuzione in carcere appositamente previste per le condannate madri di prole di età inferiore a tre anni (v. *supra*, §§ 4, 5): il rinvio dell'esecuzione stessa (art. 147 c.p.) oppure l'applicazione della detenzione domiciliare non subordinata a limiti di pena (art. 47-ter co. 1-ter o.p.). Nell'indisponibilità di un idoneo collocamento all'interno di un istituto penitenziario, dovrebbe in effetti ritenersi obbligata la scelta di una soluzione extramuraria (pur oltre il tempo della gravidanza ed il primo anno di vita del figlio).

De iure condendo bisognerebbe più radicalmente interrogarsi sulla reale possibilità che un carcere, sia pure dotato di sezione-nido funzionante, possa mai offrire condizioni umanamente accettabili per la convivenza di una madre con il suo bambino.

Nel tempo il legislatore è ripetutamente intervenuto per ridurre il numero di minori in istituto, senza tuttavia mai lasciarsi definitivamente alle spalle il fenomeno della condivisione del carcere da parte di donne e figli sino all'età di tre anni. *Rebus sic stantibus*, l'amministrazione ha coltivato la risorsa della differenziazione dei circuiti penitenziari per migliorare le condizioni di vita di madri e bambini insieme in istituto. L'impulso è venuto dal Provveditorato dell'amministrazione penitenziaria lombardo (Di Rosa, 2009, p. 4905; Longo e Muschitiello, 2015, p. 137 ss.; Manzelli, 2018, p. 211 ss.). In data 22 marzo 2006 venne sottoscritta una dichiarazione d'intenti da parte del Ministro della Giustizia, del Ministro dell'Istruzione, del Presidente della Regione Lombardia, del Presidente della Provincia di Milano e del Sindaco di Milano per la realizzazione di una Sezione distaccata della Casa circondariale di Milano "San Vittore" destinata alla custodia attenuata delle detenute madri con prole di età inferiore a tre anni (ICAM). L'allora Provincia di Milano mise a disposizione una palazzina esterna all'istituto e ben integrata nel contesto urbano. Il decreto del 2 aprile 2007 del Ministro della Giustizia istituì la Sezione distaccata (*Boll. Uff. Ministero della Giustizia*, 15.7.2007, n. 13, p. 4). Essa nacque come sede deputata all'attuazione di un regime a custodia attenuata ai sensi del terzo comma dell'art. 115 reg. o.p. e sostituì la sezione-nido del carcere di "San Vittore", configurandosi come luogo di ordinaria accoglienza per le donne con figli al seguito (v. Manzelli, 2018, p. 213). Adeguando la custodia in ragione della presenza di un bambino, il nuovo regime era destinato indifferentemente alle madri in istituto con prole. Non rilevava che fossero ristrette per scontare la pena oppure a titolo cautelare (Di Rosa, 2009, p. 4906). La nuova Sezione era deputata a ricevere entrambe le tipologie di detenute ed a

deleterii è apprestata dall'art. 83 co. 9 lett. c) reg. o.p.: «Quando si rende necessario un trasferimento collettivo di detenuti o di internati non sono inclusi, ove possibile: [...] le detenute con prole in istituto».

mettere in atto il progetto educativo ivi coltivato a prescindere dalla posizione giuridica della donna (Longo e Muschitiello, 2015, p. 143). Non si escludeva neppure il trasferimento presso l'ICAM di detenute del circuito di alta sicurezza (AS) o ad elevato indice di vigilanza (EIV, ora abolito).

Oggi come allora la struttura milanese tende a riprodurre un ambiente il più possibile assimilabile a quello domestico, sia per la sede (una palazzina lontana dalle mura del carcere tradizionale e ben integrata nel tessuto urbano) sia per l'organizzazione interna (che ripropone la pianta di una casa). Nell'Istituto si ricorre a sistemi di sicurezza non riconoscibili dai bambini ed a personale della polizia penitenziaria che opera indossando abiti civili (Di Rosa, 2009, p. 4905 s.; Longo e Muschitiello, 2015, p. 139 ss.). Si tratta, dunque, di una risorsa che risponde positivamente all'esortazione indirizzata agli Stati membri dal Parlamento europeo nel 2008 affinché, a favore dei figli che vivono con il genitore detenuto, siano create «condizioni di vita adatte alle loro esigenze in unità totalmente indipendenti e il più lontane possibile dall'ambiente carcerario ordinario» (Risoluzione 13.3.2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare, § 25). Nel contesto di un'organizzazione di tipo comunitario, all'interno dell'Istituto viene realizzato un intervento educativo specificamente orientato a sostenere il «benessere del bambino», favorire «la crescita della donna e la sua adesione ad un percorso di miglioramento», promuovere «una buona relazione tra madre e bambino, affinché l'assunzione consapevole e responsabile del ruolo genitoriale diventi per la donna leva di cambiamento e per il bambino garanzia di crescita equilibrata» (Longo e Muschitiello, 2015, p. 139)¹¹⁶. Nel suo complesso il progetto mira a promuovere il passaggio «da una concezione adultocentrica dell'intervento istituzionale [...] ad una presa in carico della diade indissolubile madre-bambino, con pari dignità di entrambi i componenti» (Manzelli, 2018, p. 213). L'ottica adottata mette in risalto la rilevanza del tema dell'effettiva possibilità, per la madre, di unire alla convivenza con il figlio un'assistenza adeguata nei suoi confronti, che non può prescindere dal suo accompagnamento nelle esperienze all'esterno dell'istituto (v. Manzelli, 2018, p. 218, 222 s.)¹¹⁷. I permessi previsti dal secondo comma dell'art. 30 o.p. costituiscono una potenziale risorsa, là dove si acceda ad un'interpretazione estensiva del requisito della «particolare gravità» dell'evento familiare legittimante, tale da non limitarne la concessione al solo caso degli episodi luttuosi (v. *supra*, *Il diritto all'affetti-*

116 Per un richiamo alla perdita di autorevolezza da parte del genitore, indotta dall'ambiente carcerario tradizionale, v. Canevelli, 2001, p. 807.

117 Sulle ricadute positive dell'«esperienza di un permesso premio concesso ad una detenuta madre [in tal caso presso la sezione-nido di Rebibbia Femminile] per una visita al nido [esterno] frequentato dal figlio, per colloquiare con le maestre sull'andamento del bambino e vivere un'esperienza simile a quella di ogni altra madre libera», v. Del Grosso, 2018, p. 201.

vità, § 3.1.). Essi, tuttavia, possono comunque soccorrere solo in parte poiché non sono votati ad operare nell'ordinaria quotidianità (Degl'Innocenti e Faldi, 2014, p. 58). Analogamente orientato in senso umanitario, l'art. 21-ter o.p. è specificamente volto a consentire la presenza del genitore al fianco del figlio fuori dall'istituto¹¹⁸, ma soltanto in ragione delle condizioni di salute o della disabilità della prole (v. *supra*, *Il diritto all'affettività*, § 3.2.). Come si è visto (*supra*, § 6), le madri condannate ed internate (secondariamente anche i padri) possono godere di più ampie opportunità di accompagnamento del minore nel suo percorso di crescita al di fuori dell'istituto tramite lo strumento dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore a dieci anni (art. 21-bis o.p.). Ove fruibile, tale risorsa può permettere, ad esempio, che la madre accompagni il bambino all'asilo che egli frequenta sul territorio (v. Di Rosa, 2009, p. 4907). Là dove l'assistenza all'esterno si coniughi con la permanenza nell'ICAM (v. Di Rosa, 2009, p. 4907), essa può contribuire a svilupparne il complessivo progetto educativo, nel quale è centrale la responsabilizzazione del genitore¹¹⁹. Può infatti arricchire il significato della convivenza, migliorando la qualità dell'assistenza che l'adulto, pur ristretto, è in grado di assicurare al figlio¹²⁰. Infine, lo specifico supporto alla genitorialità prestato nell'ICAM è finalizzato a migliorare il modo di affrontare la separazione (v. l'art. 19 co. 7 reg. o.p.), nei casi in cui il figlio abbandoni l'istituto, in ragione dell'età o per altri motivi, e la madre venga collocata in una sede carceraria ordinaria, la quale deve tener conto, per ubicazione, del nuovo domicilio del minore.

Con la legge 62/2011 la figura della restrizione all'interno di un Istituto a custodia attenuata per detenute madri ha fatto il suo ingresso nel codice di procedura penale (art. 285-bis) e nell'ordinamento penitenziario (art. 47-quinquies co. 1-bis), che ne disciplinano ora i presupposti, supportata da una copertura finanziaria per la realizzazione delle strutture non prevista invece per le case famiglia protette (v. Petrangeli, 2012, p. 8, 11). In occasione di tale passaggio la fisionomia dell'ICAM è in parte mutata, allontanandosi dall'originaria esperienza pilota milanese sotto più di un aspetto. Oltre alla giurisdizionalizzazione della destinazio-

118 Si noti che la presenza consentita dall'art. 21-ter o.p. «è motivata sul piano affettivo e spesso solo su questo piano» poiché, se si considera il profilo della responsabilità genitoriale, le decisioni in ambito sanitario concernenti il figlio potrebbero risultare sottratte al genitore: Cesaris e), 2015, p. 299. V. *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*, § 3.

119 Quanto all'esperienza dell'ICAM milanese, si dà conto di due madri «che hanno ottenuto l'autorizzazione [...] ad accompagnare i propri bambini negli asili nido con l'applicazione della norma di cui all'art. 21-bis ord. penit.»: Manzelli, 2018, p. 223.

120 V. Tomaselli, 2014, p. 179, là dove, alla luce della Carta dei figli dei genitori detenuti, osserva come la convivenza del bambino con il genitore all'interno di un istituto penitenziario possa essere «accettabile solo nella misura in cui» consenta lo sviluppo delle capacità genitoriali ed un percorso congiunto di crescita.

ne a tale tipologia di custodia, sulla quale si tornerà nel prosieguo (§ 13), si è registrato innanzitutto l'ampliamento della platea dei potenziali ospiti delle strutture in oggetto attraverso una duplice innovazione. In primo luogo si è prevista l'accoglienza anche di donne in gravidanza e madri con bambini più grandi di quelli che possono essere ospitati nelle ordinarie sezioni-nido (v. Manzelli, 2018, p. 217); inoltre, a dispetto del nome, in talune circostanze si è consentito di accedervi ai padri, com'è espressamente previsto per la sede cautelare dall'art. 285-*bis* c.p.p.¹²¹. Si è già detto che attualmente, di regola, lo *status* di genitore (innanzitutto madre) è espressamente riconosciuto dalla legge come fattore condizionante la vicenda cautelare fino ai sei anni del figlio e l'esecuzione della pena sino ai dieci: la soluzione privilegiata dall'ordinamento è in questi casi la sottrazione dell'adulto al circuito carcerario, così da preservarne la convivenza con la prole in un ambiente idoneo. È nelle medesime fasce d'età dei figli che la riforma del 2011 ha collocato anche il ricorso agli Istituti a custodia attenuata per detenute madri, in sede cautelare o di esecuzione della pena. Dunque, tali istituti si configurano essenzialmente come possibile alternativa al carcere ordinario in presenza delle situazioni che non consentono di applicare una misura extramuraria al genitore. Potenzialmente possono entrarvi non soltanto bambini sottratti alle sezioni-nido tradizionali (com'era invece nell'originaria esperienza milanese), ma anche minori oltre i tre anni d'età, che in precedenza non avrebbero potuto seguire la madre all'interno dell'istituto penitenziario (v. Manzelli, 2018, p. 217 s.).

Sintomatico dei mutamenti scaturiti dalla riforma del 2011 fu l'intervento del decreto ministeriale del 2 settembre 2014 (*Bollettino Ufficiale del Ministero della Giustizia*, 31.10.2014, n. 20, p. 1), che trasformò l'originaria struttura milanese in «Istituto a Custodia Attenuata per detenute Madri (ICAM), Sezione distaccata della Casa circondariale di Milano San Vittore», così determinando l'aggiornamento della sua fisionomia alla luce della novella del 2011, in particolare sotto il profilo della platea dei potenziali fruitori (v. Manzelli, 2018, p. 213 s.).

All'ICAM lombardo se ne sono aggiunti progressivamente altri, fino agli attuali cinque (v. *supra*, *Quale genere di detenzione?*, § 6; *infra*, § 13). Tuttavia l'ampliamento normativo del bacino d'utenza dovrebbe abbinarsi alla reale capacità di ricevere tutte le tipologie di possibili ospiti da parte delle strutture esistenti (v. *infra*, § 13). In effetti, quando si considera la fascia d'età dei bambini che possono fare ingresso in un Istituto a custodia attenuata, il limite fissato dal legislatore deve confrontarsi con la realtà delle risorse effettivamente presenti sul territorio. Il dato normativo che eleva l'età dei potenziali piccoli ospiti al di là del terzo compleanno presuppone l'allestimento di luoghi attrezzati per l'acco-

121 Tra i possibili ospiti dell'ICAM milanese, i padri sono citati soltanto là dove destinatari di un provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 285-*bis* c.p.p., come testimonia Manzelli, 2018, p. 214.

glienza di bambini oltre la prima infanzia (v. Manzelli, 2018, p. 217 ss.; analogamente esige spazi ed organizzazione adeguati l'apertura ai padri, altrimenti destinata a rimanere lettera morta). Nemmeno si può dimenticare che, alla formale compatibilità dell'età del minore con il collocamento in un ICAM, non corrisponde necessariamente il concreto interesse a risiedervi. Anche sotto questo profilo si manifesta il carattere imprescindibile di un raccordo vero e costante fra la magistratura di sorveglianza, l'amministrazione penitenziaria, gli organi giudiziari specificamente incaricati della tutela minorile, i servizi sociali territoriali nel solco delle sollecitazioni contenute anche nella recente Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (2018)⁵ (v. già Monetini, 2012, p. 131; *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*): dovrebbero poter agevolare la cooperazione nell'interesse del minore le comunicazioni al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni ora previste dall'art. 11-*bis* o.p.. In ogni caso «va detto» – come ha rilevato il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (2017, p. 62) – che «gli ICAM non sono la vera soluzione, soprattutto quando sono posizionati in zone distanti o mal collegate o ospitano solo poche donne con bambini», determinando il rischio dell'isolamento della coppia madre-figlio¹²².

Come si legge nel medesimo documento (p. 62), «il problema dei bambini negli Istituti di pena rappresenta ancora una criticità che chiede soluzioni». Dal canto suo, lo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario, approvato il 22 dicembre 2017 in attuazione della delega contenuta nella legge n. 103 dello stesso anno, si proponeva d'intervenire nuovamente sulla fascia d'età dei bambini che possono essere alloggiati all'interno di un Istituto a custodia attenuata, applicando il limite costituito dal sesto compleanno anche alla fase dell'esecuzione della pena inflitta al genitore¹²³. L'innovazione veniva confermata nello schema approvato in secondo esame preliminare dal Consiglio dei Ministri il 16 marzo successivo per poi essere tuttavia abbandonata dal nuovo esecutivo.

11. Il bilanciamento dell'interesse del minore a ricevere le cure genitoriali in un ambiente idoneo con le esigenze sottese alla carcerazione della madre.

La Corte costituzionale ha chiarito le regole della competizione fra le istan-

122 Si pensi al caso dell'ICAM inaugurato nel 2014 a Senorbì, 48 chilometri da Cagliari.

123 In tal modo s'intendeva «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» (Relazione illustrativa, p. 39 s.).

ze in conflitto quando la giustizia penale degli adulti, rivolgendosi ad un genitore, riverbera i suoi effetti anche sui figli: «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, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale»; tuttavia, «affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze» confliggenti, «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» (C. cost., 239/2014).

Dunque, la soccombenza dell'interesse del minore alla sottrazione della madre al carcere in funzione di un adeguato accudimento può essere determinata in concreto dal giudice, ma non stabilita *a priori* dal legislatore: non sono ammesse, cioè, presunzioni ostative al soddisfacimento di quel superiore interesse. La Corte costituzionale ha già smantellato qualche automatismo posto a presidio delle esigenze di difesa sociale sottese all'esecuzione della pena detentiva (anche) nei confronti delle madri (v. C. cost., 239/2014; C. cost., 76/2017; C. cost., 174/2018) e la via intrapresa appare suscettibile di ulteriori sviluppi (v. *infra*, § 11.2.).

Fuori dall'area delle presunzioni destinate – ove non rimosse dal legislatore – alla bonifica costituzionale, i termini del bilanciamento affidato alla discrezionalità giudiziale meritano una riflessione sul piano delle scelte di politica criminale. Se si guarda ai benefici penitenziari, ci si avvede che anche la fruizione di quelli dedicati alla tutela del rapporto fra madre e figlio richiede, nella maggioranza dei casi, la verifica dell'insussistenza di un concreto pericolo dell'ulteriore commissione di delitti (v. *infra*, § 11.3.). Proprio qui l'obiettivo di un radicale abbattimento del fenomeno della carcerazione delle madri, suscettibile di condivisione con i bambini, trova uno degli ostacoli più significativi, in un contesto peraltro troppo spesso carente di strutture che accolgano le donne prive di un domicilio idoneo con i loro figli (Del Grosso, 2018, p. 203; Di Rosa, 2009, p. 4901 s.; Fiorentin a), 2011, p. 2618; Petrangeli, 2012, p. 9). Infatti quel criterio di bilanciamento tende fatalmente ad escludere determinate categorie della popolazione detenuta femminile – le più disagiate – dall'accesso ai benefici penitenziari. È (anche) così che in carcere restano madri «provenienti da ceti sociali molto modesti o inseriti in una cultura di microcriminalità, di norma prive di riferimenti abitativi esterni [...] e straniere»; *rebus sic stantibus*, la salvaguardia della convivenza fra genitore e figlio è affidata all'allestimento di strutture penitenziarie ed alla pratica di forme di custodia tali da contenere nella misura massima possibile l'impatto negativo sullo sviluppo psico-fisico del minore che accompagna la madre all'interno dell'istituto (CSM, Risoluzione

27.7.2006¹²⁴). Ad oggi è questa la funzione svolta dagli ICAM. Entro tale quadro, tuttavia, essi dovrebbero perlomeno rappresentare la collocazione ordinaria per le donne in carcere con figli al seguito, donde la necessità di una regolamentazione dell'accesso chiaramente orientata in tal senso e di un'adeguata distribuzione territoriale di tali istituti o sezioni (v. *infra*, § 13).

Ma l'obiettivo ben può essere più ambizioso, ossia il drastico abbattimento del fenomeno della convivenza di madri e bambini negli istituti penitenziari, anche a custodia attenuata. A tal fine si potrebbe immaginare, come regola generale, di riconoscere efficacia ostativa alla decarcerazione delle madri esclusivamente alla sussistenza di un concreto pericolo di commissione di delitti di particolare gravità (salva comunque la preclusione dei benefici in presenza del rischio che la donna torni a commettere reati in danno del figlio che dovrebbe accudire, sussistendo in tal caso un interesse contrario del minore, bisognoso piuttosto di essere protetto nei confronti della genitrice). Naturalmente non meno decisiva rispetto all'obiettivo è – come si diceva – l'effettiva diffusione sul territorio di strutture che possano ospitare madri con bambini, là dove sprovviste di un riferimento abitativo idoneo all'esecuzione della detenzione in regime extramurario.

Alla legislazione vigente non è estranea una tutela dei minori desensibilizzata nei confronti delle istanze di difesa sociale fondate sul concreto rischio di nuovi comportamenti delinquenziali da parte della madre sottratta al carcere. Il rimedio, anzi, è radicale poiché esclude *a priori* la detenzione intramuraria dall'arco delle soluzioni a disposizione del giudice, a prescindere dalla rilevanza del profilo di pericolosità della donna coinvolta. Rimedio radicale sì, ma di limitata applicabilità. Si tratta, infatti, del rinvio obbligatorio (art. 146 c.p.): si è già visto che esso ha per oggetto esclusivamente l'esecuzione della pena detentiva e come destinatarie soltanto le donne in gravidanza o madri di infante di età inferiore all'anno (v. *supra*, § 4). Attualmente, pertanto, nelle carceri italiane, di regola, persone in tali ultime condizioni possono essere presenti soltanto a titolo cautelare (v. CSM, Risoluzione 27.7.2006). In fase esecutiva, invece, per i bambini in tenerissima età sono sempre scongiurati sia la condivisione dell'istituto penitenziario con la genitrice sia il distacco dalla stessa. La sottrazione della madre al carcere, infatti, prescinde dal suo profilo di pericolosità. Le conseguenze della

124 “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”. In dottrina v. Scomparin (2011, p. 601), la quale, a dieci anni di distanza dalla “legge Finocchiaro”, rilevava che «la tassonomia dell'attuale popolazione penitenziaria femminile dimostra [...] che anche con tale provvedimento si era contribuito a radicare quel fenomeno di doppio binario penitenziario incentrato sul binomio italiani-stranieri che i mutamenti sociali degli ultimi anni hanno reso sempre più rilevante».

carezza di strutture che accolgano donne sprovviste di adeguati riferimenti abitativi e figli, affinché la pena sia espiata in regime extramurario, in tal caso non gravano sul soggetto più debole (l'infante). Al contrario i costi di una politica d'investimenti insoddisfacente sono di fatto a carico della collettività poiché, mancando un domicilio idoneo, la condannata non potrà che beneficiare del rinvio dell'esecuzione, risultando indisponibile l'alternativa della detenzione extramuraria offerta dall'art. 47-ter co. 1-ter o.p.

Come si vedrà subito, la prevalenza dell'interesse del minore a ricevere le cure materne in un ambiente adeguato, stabilita con assolutezza dal legislatore nell'art. 146 c.p., ha superato il *test* condotto sulla base del canone della ragionevolezza, cui spesso gli automatismi legislativi sono sottoposti di fronte alla Corte costituzionale.

11.1. Una competizione dall'esito prestabilito: il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva blinda l'interesse del minore alle cure materne.

Qualora la pena detentiva debba essere eseguita nei confronti di una donna incinta o di una madre d'infante di età inferiore all'anno, l'espiazione in carcere è sempre esclusa (a meno che non sussista alcuna convivenza da tutelare perché il bambino è affidato ad altri o comunque sia in concreto presente uno degli indici di carezza dell'interesse del minore alla costante presenza materna codificati nel secondo comma dell'art. 146 c.p.).

Gli artt. 146 c.p. e 684 c.p.p. prevedono che l'esecuzione debba essere rinviata nel suo inizio o sospesa nel suo corso, a prescindere dalla pericolosità sociale della condannata. Nel caso di un nuovo comportamento criminoso da parte di quest'ultima, l'interrogativo circa la possibilità di una revoca del differimento è stato risolto in senso negativo (Canepa e Merlo, 2010, p. 227)¹²⁵, fermo restando che una restrizione della libertà personale in via cautelare potrebbe eventualmente scaturire dal procedimento per il nuovo reato.

Quando la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di una donna in gravidanza o di una madre di un bambino di età inferiore all'anno, le esigenze sottese all'attuazione della pretesa sanzionatoria possono tutt'al più consentire che l'espiazione si svolga immediatamente in forma extramuraria invece che essere rinviata (art. 47-ter co. 1-ter o.p.; v. *supra*, § 5). Al giudice non è però consentito negare la sottrazione della condannata al carcere solo perché egli abbia ragione di ritenere che la detenzione domiciliare non sia sufficiente a

¹²⁵ In giurisprudenza cfr., seppure con riguardo ad un'ipotesi di differimento obbligatorio accordato per motivi di salute, Cass., Sez. I, 5.4.1994, n. 1504, secondo cui, «disposto il rinvio, ogni ulteriore comportamento dell'interessato produttore di eventuali illeciti penali non assume alcun rilievo giuridicamente valutabile ai fini di un'eventuale revoca del beneficio»; in dottrina v. Fiorentin b), 2012, p. 441.

contenere la pericolosità sociale dell'interessata. In difetto di un luogo idoneo all'esecuzione della misura extramuraria, l'espiazione dovrà necessariamente essere differita e la donna fruirà temporaneamente di una condizione di piena libertà (v. Canepa e Merlo, 2010, p. 316, nota 90). Analogamente l'esecuzione della pena in regime carcerario non dovrebbe poter scaturire nemmeno da un comportamento incompatibile con la misura domestica¹²⁶.

La regola di esclusione dell'espiazione intramuraria per le donne in gravidanza o con prole d'età inferiore all'anno è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale con l'obiettivo di consentire al giudice il diniego del rinvio a favore della carcerazione della condannata (susceptibile – lo ricordiamo – di condivisione con il figlioletto) ove l'esecuzione in forma extramuraria non sia in concreto praticabile (v. Comucci, 2009, p. 59 ss.). Gli argomenti portati a sostegno delle censure rivolte all'art. 146 co. 1 nn. 1) e 2) c.p. proponevano le ragioni che tradizionalmente fondano le rivendicazioni della discrezionalità giudiziale contro le presunzioni assolute (sul tema v., ampiamente, Tesauro, 2012, p. 4909 ss.). Dunque: gli automatismi legislativi sottopongono allo stesso trattamento situazioni diverse, in violazione del principio di uguaglianza. L'omologazione che ne deriva sfocia nel privilegio accordato «in modo categorico e incondizionato [*ad*] uno solo degli interessi in causa». Esso prevale invariabilmente sugli altri, giovandosi dell'insensibilità della regola a «differenze potenzialmente rilevanti» ai fini di un'equa composizione del conflitto nel caso concreto. Parallelamente le esigenze contrapposte sono costrette alla soccombenza, a prescindere dalle ragioni che in concreto militino a loro favore nonché dal vantaggio che l'interesse privilegiato effettivamente tragga dal loro sacrificio (Tesauro, 2012, p. 4911 ss.).

Per quanto specificamente riguarda l'obbligatorietà del rinvio dell'esecuzione della pena detentiva (quale unica soluzione consentita ove la situa-

126 Si ricordi che, «in sede di revoca della detenzione domiciliare concessa quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della pena per motivi di salute, devono essere valutate comparativamente le esigenze di tutela della collettività con quelle del rispetto del principio della umanità della pena, sotto il profilo della sua abnorme afflittività nel caso di accertata grave infermità fisica» (Cass., Sez. F., 21.8.2008, n. 34286; analogamente, Cass., Sez. I, 9.12.2010, n. 44579). La medesima comparazione è tuttavia sottratta al giudice in presenza di donne in gravidanza o madri d'infante di età inferiore all'anno poiché l'incompatibilità con il carcere è per loro oggetto di una presunzione assoluta (che ha superato il vaglio della Corte costituzionale, come si rammenta nel testo). D'altra parte, nel caso d'impossibile prosecuzione dell'esecuzione nella forma domestica, nei confronti della condannata non sembra poter subentrare altro che la sua sospensione, in quanto non evitabile se non sostituibile ai sensi dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p.: sui «problemi interpretativi che si pongono nella ipotesi di violazione della detenzione domiciliare» applicata in luogo del rinvio, cfr., specificamente, Cass., Sez. I, 19.3.2001, n. 20480.

zione non si presti all'applicazione della misura domiciliare), essa inibisce la carcerazione della donna incinta o madre di prole d'età inferiore all'anno in ogni caso: il beneficio prescinde dal grado di pericolosità sociale e dalle possibilità di reinserimento della condannata così come dalla verifica circa l'effettivo pregiudizio derivante alla gravidanza o al benessere del minore dal diniego del differimento.

Le rivendicazioni della discrezionalità giudiziale mosse contro l'art. 146 co. 1 nn. 1) e 2) c.p. non hanno trovato accoglimento da parte della Corte costituzionale (C. cost., 145/2009, seguita da C. cost., 260/2009). Il Giudice delle leggi ha infatti concluso che «non irragionevolmente il legislatore [...] ha ritenuto, con riferimento al periodo della gravidanza e al primo anno del bambino, che la protezione del rapporto madre-figlio in un ambiente idoneo debba prevalere sull'interesse statale all'esecuzione immediata della pena»¹²⁷. Non può essere «la eventuale lacunosità» degli «strumenti preventivi volti ad impedire che la condannata, posta in libertà, commetta nuovi reati» a indurre lo smantellamento della «presunzione assoluta di incompatibilità con il carcere per la donna incinta o che abbia partorito da meno di un anno». Né, a far capitolare il divieto categorico dell'espiazione intramuraria, può essere il confronto con la diversa disciplina stabilita per la fase cautelare, che non esclude inderogabilmente la carcerazione della donna incinta o con prole in tenerissima età (art. 275 co. 4 c.p.p.). Infatti «vengono in rilievo, al riguardo, le diverse funzioni della pena e della custodia cautelare in carcere: soltanto le funzioni della pena possono subire una compressione, ed anche essere rimodulate, a seguito di una esecuzione procrastinata, tanto più che già la minaccia della pena irrogata con la sentenza divenuta irrevocabile svolge una funzione di contropinta e di inibizione al reato». Una mera posticipazione del momento esecutivo, infatti, «non esclude che la pena irrogata possa svolgere alcuna funzione di intimidazione e dissuasione e non ne vanifica pertanto il profilo retributivo-afflittivo» (come accadrebbe invece in presenza di una «rinuncia *sine die*» all'esecuzione della sanzione). Infine l'argomentare della Corte costituzionale rammenta come l'art. 146 c.p. non azzeri le differenze che, da una situazione all'altra, possono riscontrarsi nella relazione tra madre e figlio. Esse trovano spazio nel secondo comma, ove

127 Si noti che, quando dichiarò «priva di adeguato fondamento» l'allora vigente presunzione assoluta d'incompatibilità con il carcere per i malati di AIDS conclamata e per le persone colpite da una grave deficienza immunitaria secondo parametri fissati con decreto ministeriale, la sentenza 438/1995 rimarcò la differenza rispetto all'analogha presunzione al tempo stabilita per le donne in gravidanza o che avessero partorito da meno di sei mesi: in quest'ultimo caso – osservò già all'epoca la Corte costituzionale – «le concorrenti esigenze di tutela del nascituro e del neonato possono razionalmente giustificare» l'automatismo legislativo, censurabile ove riferito invece alla menzionata categoria di malati.

sono selezionate le circostanze che fanno venir meno le ragioni del rinvio dell'esecuzione della pena nel caso concreto, impedendone la concessione o il mantenimento (nonostante l'esistenza in vita del bambino): la dichiarazione di decadenza della madre dalla responsabilità genitoriale sul figlio pronunciata ai sensi dell'art. 330 c.c., l'abbandono o l'affidamento ad altri dell'infante. L'attribuzione di rilevanza a tali circostanze garantisce adeguatamente l'effettiva giustificazione del beneficio «in chiave funzionalistica», evitandone la strumentalizzazione da parte della condannata che non assolva i «suoi doveri di assistenza morale e materiale verso il figlio» (C. cost., 145/2009).

Dunque, nei casi in cui la detenzione extramuraria non sia in concreto praticabile (in particolare per l'assenza di un domicilio idoneo), il rinvio dell'esecuzione s'impone in forza della prevalenza che il legislatore accorda, non irragionevolmente, alla tutela del rapporto madre-figlio nella prima infanzia rispetto all'immediata realizzazione della pretesa punitiva¹²⁸. Se invece la misura alternativa è un'opzione effettivamente disponibile, la sua applicazione in luogo del differimento (anche d'ufficio) consente di non pretermettere le esigenze sottese ad una pronta esecuzione della pena, che è funzionale, «anche nell'immediato, [a/]le istanze di difesa sociale», come evidenzia la già citata ordinanza 145/2009 della Corte costituzionale.

La restrizione nella forma domiciliare rappresenta il limite oltre il quale il dispiegarsi della funzione special-preventiva non può spingersi quando la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di una donna incinta o di una madre di un bambino di età inferiore all'anno. Per entrambe le categorie di condannate vige infatti una presunzione assoluta d'incompatibilità con il carcere. La conformità dell'esecuzione domestica alle esigenze della donna e del minore coinvolto, invece, deve essere valutata in concreto: sussistendo i presupposti del rinvio, la detenzione domiciliare non può essere preferita qualora ne derivi un pregiudizio per la gravidanza o per l'infante (Cass., Sez. I, 3.3.2015, n. 12565; Cass., Sez. I, 20.5.2004, n. 25691; Cass., Sez. I, 19.3.2001, n. 20480; v. anche C. cost., 145/2009).

Sull'effettiva capacità della misura alternativa di soddisfare le esigenze dei soggetti tutelati incidono assai significativamente le modalità di svolgimento fissate dal giudice (si pensi, in particolare, agli spazi di libertà lasciati alla condannata). Se la detenzione domiciliare applicata in luogo del differimento si rivela inadeguata sotto tale profilo, si dovrà procedere alla mo-

128 Abbinata alla surrogabilità ai sensi dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p., l'obbligatorietà del rinvio dell'esecuzione della pena nei casi di cui all'art. 146 c.p. si traduce nel diritto, per la condannata, non di ottenere il differimento, bensì «*di non espiare la pena in carcere [...], anche se non dispone di sistemazione adeguata alla misura alternativa*»: Canepa e Merlo, 2010, p. 315 s.

difica delle prescrizioni o alla sospensione dell'esecuzione stessa. Il rinvio all'art. 284 c.p.p. (contenuto nell'art. 47-ter co. 4 o.p.) appare in verità poco funzionale ad una configurazione della misura pienamente conforme al fine della protezione del benessere del minore, figlio della condannata, donde l'opportunità di un aggiornamento della disciplina sulla falsariga del regime previsto per la detenzione domiciliare speciale (v. *supra*, § 5.3.3.).

Ferma restando la necessaria soddisfazione delle esigenze psico-fisiche dei soggetti protetti, non sono soltanto le istanze di difesa sociale a poter legittimamente indirizzare il giudice verso l'applicazione della detenzione domiciliare in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena. Infatti l'opzione per la misura extramuraria può trovare una giustificazione nella tutela della collettività, ma anche della condannata stessa. L'interesse di quest'ultima in ordine all'accesso al beneficio previsto dal codice penale oppure alla detenzione domiciliare dev'essere oggetto di una valutazione che spazia al di là della scelta manifestata dalla donna nelle sue richieste. L'apprezzamento giudiziale deve infatti svolgersi «oggettivamente e complessivamente nella più ampia prospettiva della ineludibilità della esecuzione della pena» (Cass., Sez. I, 3.3.2015, n. 12565). Sotto tale profilo rileva il fatto che, ove sia applicata la misura domestica, la condannata sconta «la pena in regime domiciliare senza doverla interamente espiare una volta cessato il differimento» (Cass., Sez. I, 20.5.2004, n. 25691; v. anche Cass., Sez. I, 19.3.2001, n. 20480).

A quest'ultimo riguardo è significativa la notizia di un documento redatto in occasione dei lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale e proveniente da donne detenute nella Casa di reclusione femminile della Giudecca appartenenti alla popolazione Rom o Sinti¹²⁹. Se ne ricava la denuncia, da parte delle interessate, della strumentalizzazione di un beneficio pensato per tutelare la maternità e l'infanzia, ma di fatto utilizzabile a fini criminosi dagli uomini della comunità a scapito delle compagne. Attraverso successivi rinvii dell'esecuzione connessi a ripetute gravidanze, infatti, le donne rischiano prima lo sfruttamento come appetibile manodopera per attività illecite e poi, quando non sono più in grado di procreare, la sottoposizione a lunghi periodi di carcerazione.

Ecco allora che, nella prospettiva non soltanto della considerazione delle istanze di difesa sociale, ma anche della tutela delle condannate, sembrerebbe opportuno privilegiare la detenzione domiciliare in luogo del differimento, salvo il caso di esigenze particolari della donna in gravidanza o del minore che non possano essere in concreto fronteggiate attraverso un'adeguata modulazione del regime domiciliare¹³⁰.

129 La notizia è reperibile in www.ilpost.it/2016/09/19/donne-giudecca/ (accesso eseguito in data 8.6.2017).

130 Nel senso dell'ordinaria preminenza della detenzione domiciliare rispetto al rinvio

11.2. Il divieto di presunzioni ostative alla tutela dell'interesse del minore alle cure materne ...

Il legislatore non ha introdotto categorie di condannate di per sé escluse dalla fruizione del rinvio dell'esecuzione della pena (obbligatorio o "facoltativo"), che oggi tutela la gravidanza ed il benessere psico-fisico dei bambini di età inferiore a tre anni. Né ha inserito tale beneficio fra quelli che subiscono limiti e condizioni all'accesso se il reato commesso rientra tra le fattispecie elencate nell'art. 4-*bis* o.p. (Caraceni e Cesari, 2015, p. 55).

Invece, quando si tratta di benefici penitenziari fruibili anche oltre la prima infanzia della prole (di norma fino al decimo compleanno), l'esenzione legislativa da ipotesi di prevalenza delle esigenze contrapposte fondata su indici presuntivi si affievolisce. Di regola, l'applicabilità della detenzione domiciliare rivolta alla tutela della maternità e dell'infanzia non risulta comunque esclusa *ex lege* in modo assoluto a causa della mera appartenenza del reato commesso dalla condannata al novero di quelli elencati nell'art. 4-*bis* o.p. Quest'ultima preclusione – com'è noto – opera per la detenzione domiciliare "generica" (art. 47-*ter* co. 1-*bis* o.p.) e per ultrasessantenni (art. 47-*ter* co. 01 o.p.). Diversamente – per quanto rileva nella presente sede – essa è inapplicabile non soltanto alla detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio dell'esecuzione della pena (art. 47-*ter* co. 1-*ter* o.p.)¹³¹, ma anche alla misura domestica ordinaria, fruibile nel caso di reclusione non superiore a quattro anni o di arresto (art. 47-*ter* co. 1 o.p.). Quando poi consenti l'accesso alla restrizione domiciliare ("speciale") anche per l'espiazione di

dell'esecuzione della pena («meramente residuale»), Dova, 2015, p. 2061; secondo Romano e Grasso b), 2012, p. 421, invece, nelle ipotesi previste dall'art. 146 c.p., bisogna «valutare (e motivare) il singolo caso», senza che «la previsione della possibilità della detenzione domiciliare valga a far ritenere il rinvio come mera eccezione». Cesaris f), 2015, p. 566, si riferisce al «favore [...] accordato dal legislatore alla detenzione domiciliare», là dove Canepa e Merlo, 2010, p. 237, sostengono l'opportunità di una chiara enunciazione della «prevalenza della misura alternativa».

131 Si riconosce che, se la temporanea rinuncia all'attuazione della pretesa punitiva «non è esclusa *a priori* per i condannati a determinati delitti, a maggior ragione si è inteso consentire che nelle ipotesi circoscritte indicate dall'art. 47-*ter* co. 1-*ter* sia disposta nei loro confronti la detenzione domiciliare [...], di contenuto meno ampio rispetto al differimento dell'esecuzione» (Cass., Sez. I, 19.2.2001, n. 17208). Sembra invero «corretto ritenere che l'opzione supplementare offerta» dalla detenzione domiciliare sostitutiva dell'espiazione posticipata «debba affatto prescindere sia dal divieto di applicazione della misura per i reati ostativi indicati dall'art. 47-*ter*, co. 1-*bis* [...], sia dal divieto di concessione al condannato nei cui confronti sia stata revocata analoga misura alternativa *ex art.* 58-*quater*, co. 2, o.p.» (Cass., Sez. I, 13.2.2008, n. 8993). V. altresì Cass., Sez. I, 5.4.2013, n. 18439. In dottrina, v. Cesaris f), 2015, p. 566; Comucci, 1999, p. 199; Degl'Innocenti e Faldi, 2014, p. 228; Fiorentin b), 2012, p. 450 ss.

periodi detentivi più lunghi, la “legge Finocchiaro” impose invariabilmente la previa consumazione di una quota di pena predeterminata, quale che fosse il reato perpetrato (art. 47-*quinqüies* co. 1 o.p.; v. Mastrototaro, 2018, p. 113). Dieci anni dopo l’espiazione nella propria abitazione o in altro luogo assimilato diventò possibile anche nel primo segmento della pena, a prescindere dalla specie e dall’entità della stessa, subordinatamente alla verifica, caso per caso, dell’insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga» (art. 47-*quinqüies* co. 1-*bis* o.p.). A questo punto divenne però discriminante la tipologia del reato commesso. Infatti il “vecchio” regime della fruibilità necessariamente posticipata del beneficio “speciale” fu mantenuto «nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell’articolo 4-*bis*» o.p.: costoro, pendente l’espiazione della prima quota di pena, restarono *a priori* escluse dall’esecuzione nella forma domestica e pure dalla custodia attenuata (Pavarin, 2012, p. 250).

Ove si passi a considerare se la tipologia del reato commesso produca effetti «relativamente ostativi» alla fruibilità del beneficio (v. Della Casa c), 2010, p. 827), si rileva che né la concessione della detenzione domiciliare ordinaria né l’applicazione di quella speciale (pur dopo l’espiazione della prima quota di pena)¹³² sono state sottratte dal legislatore alle condizioni ed ai limiti stabiliti dall’art. 4-*bis* o.p. per i reati ivi compresi. Com’è noto, in forza del regime contemplato da quest’ultimo articolo, il titolo di reato per il quale il condannato sconta la pena non vieta inderogabilmente la concessione del beneficio, ma ha una portata «*relativamente ostativa* [...], operante cioè nei modi e nei limiti previsti dallo stesso art. 4-*bis*» (Pavarin, 2012, p. 250). Non applicabili alla detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio dell’esecuzione della pena (Caraceni e Cesari, 2015, p. 55), tali vincoli sono rimasti invece intatti per le altre ipotesi di restrizione domestica dedicate alla tutela della maternità e dell’infanzia¹³³. Sino a quando non è intervenuta la Corte costituzionale.

Il Giudice delle leggi, infatti, ha espunto la detenzione domiciliare speciale e in via consequenziale pure quella ordinaria, là dove anch’essa rivolta alla persona condannata in quanto genitore, dal novero dei benefici penitenziari oggetto di un divieto di concessione sorgente dalla tipologia del reato commesso e superabile soltanto tramite la collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-*ter* o.p. (salve le situazioni “equipollenti” codificate nell’art. 4-*bis*

132 Nel senso della perdurante operatività, nei confronti della detenzione domiciliare speciale disciplinata dall’art. 47-*quinqüies* co. 1 o.p., del divieto (relativo) di concessione stabilito dal primo comma dell’art. 4-*bis* o.p. anche dopo la riforma realizzata dalla legge 62/2011, v. Cass., Sez. I, 26.11.2013, n. 49366. In precedenza, Cass., Sez. I, 13.2.2004, n. 25664.

133 Criticamente v. la Risoluzione del 27 luglio 2006 dedicata dal CSM alla disciplina delle esigenze della tutela della maternità e dei figli minori dei detenuti.

co. 1-*bis* o.p.)¹³⁴. Ciò accadeva con la sentenza 239/2014¹³⁵, vertente soltanto sull'interdizione dell'accesso alla misura domestica speciale posteriormente all'espiazione di almeno un terzo della pena o quindici anni nel caso dell'ergastolo, ricavabile dal primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. e radicata nella mancanza di collaborazione con la giustizia. Il divieto assoluto ancorato alla tipologia del reato e vigente nella prima fase dell'esecuzione, invece, ha dovuto attendere, per essere a sua volta rimosso, la sentenza 76/2017¹³⁶.

Nella prima occasione, nel comma iniziale dell'art. 4-*bis* o.p. è stato ravvisato «il carattere della sovrainclusività», generatore di «una contraddizione tra la regolamentazione normativa e la sua *ratio*», donde l'emergere del vizio della «c.d. contraddittorietà intrinseca» (Pace, 2014, p. 3949). Infatti la detenzione domiciliare speciale è stata riconosciuta quale fattispecie che il legislatore avrebbe dovuto escludere dal divieto di concessione nei confronti delle persone detenute per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* co. 1 o.p. che non collaborino con la giustizia ai sensi del successivo art. 58-*ter* (né si trovino in una delle condizioni descritte nel co. 1-*bis* del medesimo art. 4-*bis*). Madri (e padri), cioè, secondo la Corte costituzionale non possono essere invariabilmente ritenuti incompatibili con la misura *de qua* sulla base della natura del reato commesso e dell'assenza di collaborazione. E ciò non in forza di un *test*, condotto secondo il canone della ragionevolezza, intorno al fondamento di siffatti indici presuntivi della perdurante pericolosità sociale del genitore che deve accudire la prole. A far capitolare il divieto sottoposto allo scrutinio di legittimità costituzionale è stata piuttosto l'intrinseca irrazionalità dell'applicazione di un regime restrittivo, ispirato al contrasto della criminalità organizzata e alla “meritevolezza” del beneficio in chiave rieducativa, ad «una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto [*dal reo*] 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» (C. cost., 239/2014). Sebbene non *a priori* prevalente sulle contrapposte esigenze¹³⁷,

134 La sentenza 239/2014 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 abbinate 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 Siracusano (2014, p. 3948); sul punto cfr., altresì, Leo, 2017, p. 5. Del resto, la Corte costituzionale stessa, nella successiva sentenza 76/2017, 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».

135 C. cost., 239/2014, è commentata, fra gli altri, da Capitta, 2014; Pace, 2014; Schirò, 2015; Siracusano, 2014; Tabasco, 2015; Zingales, 2015.

136 C. cost., 76/2017, è commentata da Leo, 2017.

137 Cfr. Siracusano, 2014, p. 3947, là dove osserva che «apparirebbe del tutto irragio-

pure dotate di rilievo costituzionale, il superiore interesse del minore – ammonisce la Corte – non può soccombere se non in esito ad un bilanciamento che deve rinnovarsi caso per caso alla luce delle singole situazioni.

La detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*quinquies* o.p. condivide le proprie finalità con quella ordinaria, là dove anch'essa s'indirizza a madri (e padri), che però, grazie all'entità contenuta della pena espianda, non debbono ricorrere al beneficio speciale. Pertanto la dichiarazione d'incostituzionalità è stata estesa, in via consequenziale, anche al divieto di concedere la misura ordinaria a genitori detenuti per taluno dei delitti indicati nel primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. che non collaborino con la giustizia (né versino in una delle situazioni "equipollenti")¹³⁸. Nel compiere tale operazione, la Corte costituzionale si è riallacciata ad una precedente declaratoria d'incostituzionalità, concernente il regime ordinario della detenzione domiciliare materna, a sua volta maturata nel segno della convergenza verso la stessa finalità – l'accudimento della prole – perseguita dalla restrizione domestica speciale di più recente introduzione (v. Siracusano, 2014, p. 3946). Già in quell'occasione il dispositivo della sentenza 177/2009 aveva esplicitamente integrato l'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» pure nel quadro dei presupposti per la concessione alle madri della detenzione domiciliare nella sua forma ordinaria, quale necessario *pendant* di un allineamento al più favorevole regime stabilito per l'allontanamento dal domicilio nel corso della misura speciale (v. *supra*, § 5.3.4.). Il dispositivo della sentenza 239/2014 ribadisce che, caduto il divieto alimentato da indici presuntivi, resta fermo lo *standard* di bilanciamento già evocato nel 2009¹³⁹ (cfr. Tesauro, 2012, p. 4913)¹⁴⁰.

nevole [...] sostituire un automatismo legale preclusivo con altro automatismo di segno inverso»; v., altresì, Zingales, 2015, p. 193.

138 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. Cesaris f), 2015, p. 565.

139 Leo (2017, p. 5) fa notare come, nella motivazione della sentenza 239/2014, la Corte costituzionale riconosca la verifica dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti quale «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 C. cost., 177/2009). Nel senso che la sentenza 239/2014 circoscriverebbe la necessità della citata verifica al caso delle «madri condannate per determinati delitti ricollegabili all'area della delinquenza organizzata», v. Capitta, 2014, p. 10.

140 Criticamente Capitta, 2014, p. 10 ss., secondo la quale «la Corte avrebbe invece potuto, una volta eliminata la presunzione assoluta prevista dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., lasciare totalmente all'apprezzamento discrezionale del giudice l'operazione di bilancia-

Come si diceva, il percorso di superamento degli automatismi legislativi che si oppongono al soddisfacimento dell'interesse filiale alle cure materne è proseguito con la sentenza 76/2017. Questa volta la condanna per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* o.p. ha perduto la valenza assolutamente ostativa, a prescindere dall'eventuale collaborazione con la giustizia, all'espiazione della quota iniziale di una pena detentiva medio-lunga o dell'ergastolo presso un Istituto a custodia attenuata per madri o – previa verifica dell'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga» – nella propria abitazione o altro luogo assimilato¹⁴¹. La Corte non ha trascurato di sottolineare che l'art. 4-*bis* o.p. contiene «un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità». Ma non è stato questo il punto dirimente: nella preclusione *de qua* la sentenza 76/2017 riconosce piuttosto «un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore» in violazione dell'art. 31 co. 2 Cost., sebbene si ammetta che «non è in principio vietato alla legge differenziare il trattamento penitenziario delle madri condannate, a seconda della gravità del delitto commesso».

Dunque, quando sulla scena irrompe l'interesse del minore, quale primario oggetto di protezione, la natura del reato commesso dal genitore non può rappresentare una condanna senza appello per le esigenze di accudimento del figlio fino a quando la madre non collabori con la giustizia né può “congelare” la possibilità di soddisfarle sino alla consumazione di una quota di pena rigidamente predeterminata dal legislatore. Nel settore dei benefici penitenziari, infatti, il superiore interesse del minore è un fattore differenziale rilevante. Esso inibisce la dipendenza degli istituti dedicati ai genitori dalla posizione del condannato rispetto alla collaborazione con la giustizia: «la subordinazione dell'accesso alle misure alternative ad un indice legale del “ravvedimento” del condannato – la condotta collaborativa, 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) – può risultare giustificabile quando si discuta di misure che hanno di mira, in via esclusiva, la risocializzazione dell'autore della condotta illecita», ma «cessa, invece, di esserlo quando al centro della tutela si collochi un interesse “esterno” ed eterogeneo» qual è l'interesse del minore alle cure genitoriali (C. cost., 239/2014). Inoltre, i benefici protettivi della prole non tollerano soglie temporali rigide che ne differiscano necessariamente la fruibilità, veicolando una «sorta di esemplarità della sanzione» per cui «la madre deve inevitabilmente espiare in carcere la prima frazione

mento tra gli opposti interessi in gioco».

141 Sull'impatto di C. cost., 76/2017, quale fonte di una ripristinata armonia del sistema, v. Mastrototaro, 2018, p. 118.

di pena» (C. cost., 76/2017). Ora bisognerebbe espungere dall'ordinamento anche il requisito rappresentato dalla previa espiazione di quote di pena mutate dalla semilibertà, attualmente necessario per la proroga della misura domestica speciale oltre il decimo compleanno della prole¹⁴² (v. *supra*, § 7).

Il cammino del Giudice delle leggi è proseguito con la sentenza 174/2018 (v. Schirò, 2018, p. 105 ss.). In tal caso oggetto di denuncia era il condizionamento esercitato dalla collaborazione con la giustizia sulla possibilità di accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori, derivante dal rinvio alle condizioni per ottenere il lavoro extramurario operato dall'art. 21-*bis* o.p. Com'è noto, alla luce del combinato disposto degli artt. 21, 4-*bis* e 58-*ter* o.p., nei confronti delle persone condannate per uno dei delitti elencati nei commi 1-*ter* ("seconda fascia") oppure 1-*quater* ("terza fascia") dell'art. 4-*bis*, la mancanza di un'attiva collaborazione con la giustizia osta all'assegnazione al lavoro all'esterno per un periodo pari all'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, non superiore a cinque anni. L'impedimento si protrae anche oltre nei riguardi dei condannati per i delitti di "prima fascia" (individuati dall'art. 4-*bis* co. 1) se essi scelgono di non collaborare (per questa categoria, infatti, la consumazione della prima quota di pena si limita a rendere "spendibili" le ipotesi di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante codificate nell'art. 4-*bis* co. 1-*bis*).

In forza della sentenza 174/2018 il regime descritto non è più applicabile all'assistenza all'esterno dei figli minori: esso, infatti, «qualunque sia la scelta della madre detenuta in punto di collaborazione con la giustizia, [...] esibisce un contenuto normativo in contrasto con l'art. 31, secondo comma, Cost.». In quest'occasione la Corte è stata quanto mai esplicita nell'escludere che «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 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».

La specificità dei benefici penitenziari prioritariamente indirizzati alla tutela della prole è alla base di un'ulteriore questione di legittimità costituzionale recentemente sollevata nei confronti della preclusione stabilita nel

142 In prospettiva di riforma, v. 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 nello schema di articolato normativo dedicato alla "Riforma della disciplina per l'accesso alle misure alternative alla detenzione: profili sostanziali e processuali" (reperibile in www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_12.page?previousPage=mg_2_19_1: accesso eseguito in data 3.12.2017).

secondo comma dell'art. 58-*quater* o.p.¹⁴³ (v. Caraceni, 2018, p. 257 ss.). Se ne denuncia il contrasto con gli artt. 3 co. 1, 29 co. 1, 30 co. 1 e 31 co. 2 Cost., nella parte in cui essa impedisce, per tre anni, la concessione della misura domestica speciale alla persona condannata che abbia subito la revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 co. 11 o.p.), della detenzione domiciliare (art. 47-*ter* co. 6 o.p.) o della semilibertà (art. 51 co. 1 o.p.)¹⁴⁴. La lesione non potrebbe ritenersi scongiurata – puntualizza la Corte rimettente – soltanto perché l'art. 58-*quater* co. 3 o.p. limita la soccombenza *ex lege* dell'esigenza di protezione dell'infanzia ad un periodo di tre anni, che costituisce «un tempo assai significativo nel processo di crescita del minore di tenera età» (Cass., Sez. I, 10.7.2018, n. 32331). Il giudice *a quo* auspica una declaratoria d'illegittimità estesa, in via consequenziale, all'analoga preclusione avente per oggetto la misura domestica ordinaria, là dove rivolta a madri e padri, secondo quanto già accaduto con la sentenza 239/2014 (si aggiunga che lo “sbarramento” denunciato risulta applicabile anche all'assegnazione all'assistenza extramuraria dei figli minori, in virtù del rinvio alla disciplina del lavoro all'esterno).

In virtù del riconosciuto carattere differenziale dei benefici finalizzati in primo luogo alla tutela della prole minorenni della persona condannata, nell'occasione odierna non sembrerebbero riproponibili gli argomenti spesi dall'ordinanza 87/2004 per dichiarare manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale vertente sulla medesima preclusione

143 In attuazione della delega penitenziaria contenuta nella legge 103/2017 (v., nello specifico, l'art. 1 co. 85 lett. e)), l'abrogazione, fra l'altro, dei primi tre commi dell'art. 58-*quater* o.p. era prevista dall'art. 11 dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario risalente al 22 dicembre 2017. La soppressione era stata poi confermata dallo schema approvato in secondo esame preliminare il 16 marzo 2018, ma successivamente il nuovo Consiglio dei Ministri l'ha definitivamente abbandonata, manifestando la «scelta di mancata attuazione della delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi [...]» (così la Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato il 2 agosto 2018, p. 1).

144 Nel caso di specie ad aspirare alla detenzione domiciliare speciale, tuttavia preclusa ai sensi dell'art. 58-*quater* co. 2 o.p. a causa della precedente revoca della semilibertà, è un padre (art. 47-*quinquies* co. 1 e 7 o.p.). 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* [o.p.], 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», o.p., v. Cass., Sez. I, 1.7.2002, n. 28712 (diversamente stanno le cose per la detenzione domiciliare concedibile in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena: Cass., Sez. I, 13.2.2008, n. 8993); criticamente, Fiorentin c), 2012, p. 617 s.

triennale stabilita dal secondo comma dell'art. 58-*quater* o.p., ma formulata ad ampio spettro e riferita agli artt. 3 e 27 co. 1 e 3 Cost.¹⁴⁵.

Se si sposta l'attenzione verso la sede cautelare, la resistenza del superiore interesse del minore contro ipotesi di prevalenza *ex lege* delle istanze contrapposte è affidata al quarto comma dell'art. 275 c.p.p. È quest'ultimo, infatti, ad impedire che la sussistenza di esigenze cautelari d'intensità tale da richiedere la custodia in carcere possa essere oggetto di una presunzione legislativa. Anzi, proprio la "neutralizzazione" di automatismi di questo genere rappresenta il risvolto più significativo della norma (Marzaduri, 1994, p. 74). In particolare, l'ostracismo dell'art. 275 co. 4 c.p.p. nei confronti della custodia in carcere, salvo positivo accertamento della concreta sussistenza di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza», deve considerarsi prevalente sulle presunzioni stabilite nel comma precedente, che, al contrario, sono dirette ad agevolare l'applicazione (ed il mantenimento) della misura più gravosa ogniqualvolta i gravi indizi di colpevolezza si riferiscano a certi reati (fra le altre, Cass., Sez. II, 16.3.2012, n. 11714)¹⁴⁶. Si concorda nel ritenere che le ragioni di tale prevalenza non debbano essere ricercate tanto sul piano empirico quanto su quello assiologico. Infatti «la persona [...] in stato di gravidanza o impegnata nella assistenza alla prole ben può essere – ovvero presumersi – pericolosa dal punto di vista criminologico». È piuttosto un «giudizio di valore» ad impedire che le esigenze della maternità e dell'infanzia possano essere sacrificate dalla carcerazione cautelare senza che il giudice dia conto dell'accertata assoluta necessità di farne uso nel caso di specie, a prescindere dalle ragioni di allarme di per sé insite nel titolo del reato (Cass., Sez. I, 16.1.2008, n. 5840; v. Adorno, 2018, p. 66).

145 All'epoca la questione non trovò accoglimento poiché – secondo 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 [...]» (C. cost., 87/2004).

146 Desta qualche perplessità Cass., Sez. III, 12.2.2014, n. 10260, secondo la quale «la trasgressione delle prescrizioni imposte con gli arresti domiciliari giustifica, anche nei confronti dei soggetti di cui all'art. 275 comma quarto cod. proc. pen., la sostituzione della misura in atto con quella della custodia cautelare in carcere, senza necessità di verificare la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» (in applicazione dell'art. 276 co. 1-*ter* c.p.p., nella versione precedente la modifica apportata dalla legge 16.4.2015 n. 47): v. già *supra*, § 5.3.4.

11.3. ... e i termini del bilanciamento in concreto.

Esclusa la possibilità di stabilire ipotesi di incompatibilità presunta della madre con i benefici penitenziari prioritariamente finalizzati alla cura della prole, non ne deriva che l'interesse del figlio entro il decimo anno di vita al costante accudimento materno in un ambiente domestico sottragga automaticamente la condannata al carcere. Si è visto che soltanto nei confronti delle donne in gravidanza o con bambini d'età inferiore all'anno l'espiazione intramuraria è obbligatoriamente bandita, a prescindere dalla pericolosità sociale dell'interessata (art. 146 c.p. e art. 47-ter co. 1-ter o.p.). Oltre quel primo compleanno, invece, la concessione dei benefici utili alla tutela della prole è discrezionale: da questo momento, nel rapporto fra la protezione dell'infanzia e le contrapposte esigenze di difesa sociale, molto dipende dallo *standard* di bilanciamento eventualmente consegnato al giudice¹⁴⁷.

Se restiamo nella fascia dei “piccoli” minori, vediamo che, qualora il figlio sia d'età inferiore a tre anni, ma non ad uno, la natura c.d. “facoltativa” del differimento non soltanto rende più agevole praticarne ordinariamente la sostituzione con la detenzione domiciliare *ex* art. 47-ter co. 1-ter o.p. (Romano e Grasso b), 2012, p. 421). In tal caso è altresì possibile l'espiazione in carcere, che comporta la convivenza di madre e bambino nell'istituto penitenziario o il distacco dell'uno dall'altra (Romano e Grasso b), 2012, p. 428). Nel quarto comma dell'art. 147 c.p., per effetto della legge 40/2001, «il concreto pericolo della commissione di delitti» è stato codificato quale elemento discriminante nelle singole situazioni: la sua sussistenza osta tanto alla concessione quanto alla prosecuzione del differimento dell'esecuzione della pena (cosicché la realizzazione di un nuovo comportamento criminoso in pendenza del rinvio sarà valutabile ai fini della revoca del beneficio, diversamente da quanto accade se la persona gode della piena libertà ai sensi dell'art. 146 c.p.: Fiorentin b), 2012, p. 442; v. *supra*, § 11.1.). La pericolosità sociale della madre può quindi giustificare la carcerazione nonostante la tenera età del figlio. Essa deve essere accertata in concreto, avendo il legislatore evitato preclusioni *a priori* ancorate alla tipologia del reato commesso o all'entità della pena spianda (v. Canevelli, 2001, p. 808). Costituisce una

147 Nel senso dell'abrogazione, in seno al regime del rinvio “facoltativo” dell'esecuzione della pena nonché della detenzione domiciliare speciale, dello *standard* di bilanciamento che individua il concreto pericolo di commissione di delitti quale fattore determinante, nel caso di specie, la prevalenza delle esigenze di difesa sociale sull'interesse del minore a fruire delle cure materne in un ambiente idoneo (e dunque extracarcerario), v. la proposta di legge A.C. 1934 (“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e al testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, per favorire i rapporti tra detenute madri e figli minori e l'esercizio della responsabilità genitoriale dei detenuti, nonché in materia di istituzione delle case-famiglia protette”), presentata il 9 gennaio 2014.

risorsa per ridurre lo spazio dell'espiazione in carcere la detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio dell'esecuzione, applicabile anche al di là dei limiti ordinari. L'effetto limitativo dei casi di carcerazione si produce se si accede ad una duplice valutazione in ordine alla sussistenza del concreto pericolo che la condannata commetta nuovi delitti, evocato dal quarto comma dell'art. 147 c.p.: presente nella condizione di piena libertà, esso potrebbe non esserlo sotto il giogo della detenzione domiciliare. *Rebus sic stantibus*, precluso il rinvio dell'esecuzione della pena, si possono tuttavia riconoscere i presupposti per applicare la misura domestica ai sensi dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p. (v. C. cost., 255/2005)¹⁴⁸. Alla luce di tale lettura, la previsione della detenzione domiciliare sostitutiva del differimento manifesta una portata estensiva della tutela del rapporto fra madri e figli. Infatti la misura alternativa può subentrare anche là dove altrimenti tornerebbe ad espandersi l'espiazione in carcere, che resta invece circoscritta ai soli casi di sussistenza di un concreto pericolo di nuovi comportamenti delittuosi non fronteggiabile con i vincoli della detenzione domiciliare¹⁴⁹, eventualmente assistita da forme di controllo elettronico¹⁵⁰ ex art. 58-quinquies o.p. (v. Ruaro, 2015, p. 752 s.).

Introducendo la misura domestica speciale, dedicata alle madri di prole d'età non superiore a dieci anni che debbono scontare pene detentive medio-lunghe se non l'ergastolo, la legge 40/2001 ne ha espressamente subordinato la concessione alla verifica dell'insussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» (la cui necessità è stata poi ribadita per l'accesso precoce all'espiazione nella propria abitazione o altro luogo assimilato, consentito dalla legge 62/2011): una prognosi infausta rende soccombente il bisogno di cura ed assistenza dei figli infradecenni all'interno di un ambiente domestico (v. Cass., Sez. I, 7.3.2013, n. 38731; Cass., Sez. I, 20.10.2006, n. 40736). Nemmeno in tal caso vi sono state indicazioni – da

148 Cfr., ampiamente, Trib. Sorv. Torino, 18.7.2007 (con commento di Amelia, 2009, p. 194 ss.): 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».

149 Cesaris b), 2002, p. 552, sottolinea come si riferiscano «all'idoneità della misura alternativa a fronteggiare il pericolo di recidiva» le formule utilizzate negli artt. 47 e 47-ter co. 1-bis o.p. a fini di tutela delle istanze di difesa sociale.

150 V. la Raccomandazione (2014)4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla sorveglianza elettronica adottata il 19 febbraio 2014.

parte del legislatore – circa i fattori rilevanti ai fini della valutazione giudiziale in ordine al pericolo concretamente ostativo al beneficio (Cesaris b), 2002, p. 553). Qualora si discuta dell'accesso alla misura domestica (e non alla piena libertà), è comunque ragionevole concludere che sia concreto soltanto il pericolo non neutralizzabile tramite i vincoli che la misura stessa impone¹⁵¹. Tuttavia tali vincoli 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 della madre 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, 20.10.2006, n. 40736). Anche questa tipologia di restrizione domestica può essere accompagnata dal c.d. “braccialetto elettronico” (Ruario, 2015, p. 753), ma possono esservi controindicazioni e difficoltà di fatto ostativa alla sua concreta operatività nei confronti delle madri (v. già Aprile, 2001, p. 456, 458), mentre si rivela particolarmente delicato il rapporto tra il requisito del consenso dell'adulto all'adozione dello strumento di controllo e le ricadute di un eventuale diniego sul figlio minore¹⁵².

Diversamente dalla disciplina della detenzione domiciliare speciale, il primo comma dell'art. 47-ter o.p., dedicato alla preesistente restrizione do-

151 Cfr. Cesaris b), 2002, p. 553 s., là dove ipotizza che «il tribunale di sorveglianza possa tenere conto [...] dell'effetto “contenitivo” derivante dalle modalità di attuazione» della misura domestica. Ove riferita alla pericolosità del soggetto in presenza dei vincoli della detenzione domiciliare, la valutazione richiesta dall'art. 47-quinquies o.p. appare sostanzialmente assimilabile all'apprezzamento circa l'idoneità della misura «ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati» richiesto per la detenzione domiciliare generica (art. 47-ter co. 1-bis o.p.): «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, 17.3.2009, n. 14962).

152 In generale, sulla relazione tra necessità del consenso all'uso del dispositivo di monitoraggio ed esigenze umanitarie ed assistenziali della misura domiciliare, v. già Aprile, 2001, p. 457. Il tema dell'impatto delle scelte materne sui figli minori veniva espressamente affrontato con riguardo al collocamento della condannata all'interno di un Istituto a custodia attenuata per madri (invece che in una sezione tradizionale) dallo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017 in attuazione della delega contenuta nella legge n. 103 dello stesso anno (nonché dallo schema approvato in secondo esame preliminare il 16 marzo 2018): si prevedeva (art. 15 co. 1 lett. b) n. 2) che, in mancanza del consenso materno all'assegnazione presso un ICAM, la direzione dell'istituto penitenziario dovesse rimettere la questione al tribunale di sorveglianza, in tal modo chiamato a valutare l'interesse del minore. In ogni caso si tratta di una parte del recente progetto riformistico infine tramontata.

mestica ordinaria, non contiene alcun riferimento espresso alla pericolosità sociale del soggetto. Tuttavia neppure in tal caso l'applicazione della misura alternativa è automatica. Ben si può concludere, allora, che, anche in questa ipotesi, l'interesse del minore al costante accudimento materno in ambiente domestico può risultare recessivo di fronte ad esigenze contrapposte in concreto prevalenti¹⁵³. E del resto – come si è rilevato – il limite all'accesso ancorato alla pena espanda, che distingue la detenzione domiciliare ordinaria da quella speciale, non è tuttavia capace di escludere «soggetti ad indice anche alto di pericolosità sociale» dal novero dei possibili beneficiari (Cesaris f), 2015, p. 560)¹⁵⁴. Quanto allo *standard* di bilanciamento, si è già visto come, appoggiandosi al dato giurisprudenziale, la Corte costituzionale abbia integrato lo stesso accertamento esplicitamente previsto per la concessione della misura domestica speciale anche nel quadro dei presupposti di quella ordinaria destinata alla tutela della maternità e dell'infanzia (C. cost., 177/2009, e poi C. cost., 239/2014; criticamente, Capitta, 2014)¹⁵⁵.

Introdotta dalla legge 40/2001, al pari della detenzione domiciliare speciale, ma fonte di una sottrazione al carcere parziale, l'istituto dell'assistenza all'esterno dei figli minori tutela le istanze di difesa sociale attraverso un accesso subordinato ad una valutazione discrezionale per la quale l'art. 48 reg. o.p. fornisce i parametri, condivisi con il lavoro extramurario. Se ne ricava che il magistrato di sorveglianza chiamato ad approvare l'ammissione del ge-

153 Cfr. Cass., Sez. I, 7.3.2013, n. 38731; Cass., Sez. I, 10.7.2002, n. 31364; Cass., Sez. I, 24.10.1996, n. 5523; Cass., Sez. I, 4.11.1992, n. 4520; Cass., Sez. VI, 25.8.1992, n. 3086. In dottrina v. Pavarin, 2012, p. 247.

154 Si consideri, peraltro, che, ove fosse possibile una prognosi sufficientemente rassicurante per concedere l'affidamento in prova al servizio sociale (ora accessibile – alle condizioni di cui all'art. 47 co. 3-*bis* o.p. – anche per pene, pure se residue, non superiori a quattro anni di detenzione), dovrebbe essere questa la misura privilegiata (cfr. Cesaris f), 2015, p. 563).

155 Il dispositivo della sentenza 239/2014 fu ripreso dallo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato dal Consiglio dei Ministri in secondo esame preliminare il 16 marzo 2018 (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”»), che in ciò si distingueva da quello risalente al 22 dicembre 2017 (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”»). Infine, il complessivo abbandono delle linee di riforma indirizzate all'ampliamento del ricorso alle misure alternative al carcere, consumatosi con l'avvento del nuovo Governo, ha “travolto” anche le modifiche precedentemente ipotizzate per recepire nel dettato normativo le pronunce della Corte costituzionale in tema di benefici penitenziari a tutela del rapporto fra madri detenute e figli minori.

nitore condannato o internato all'assistenza all'esterno dei figli, disposta dalla direzione dell'istituto penitenziario, «deve tenere conto del tipo di reato, della durata [...] della misura privativa della libertà e della residua parte di essa, nonché dell'esigenza di prevenire il pericolo che l'ammesso [...] commetta altri reati» (sul punto v. Canevelli, 2001, p. 809). Non dissimili sono i parametri previsti per la valutazione del tribunale di sorveglianza in ordine all'eventuale ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori successiva alla fruizione della detenzione domiciliare speciale: «comportamento dell'interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal servizio sociale, [...] nonché [...] durata della misura e [...] entità della pena residua» (art. 47-*quinquies* co. 8 lett. b) o.p.; v. Cesaris b), 2002, p. 560).

Quando ha eliminato presunzioni ostative alla concessione dei benefici penitenziari prioritariamente dedicati alla salvaguardia della prole, la Corte costituzionale si è costantemente premurata di rimarcare che ciò non significa privare di tutela le esigenze contrapposte, bensì restituire alla magistratura il prudente apprezzamento della singola situazione¹⁵⁶. Così, rimuovendo limiti all'accesso all'assistenza extramuraria dei figli minori stabiliti *a priori*, la sentenza 174/2018 richiama la valutazione che il magistrato di sorveglianza deve compiere, sulla base dei parametri di cui all'art. 48 co. 4 reg. o.p., in sede di approvazione del provvedimento di ammissione disposto dall'amministrazione penitenziaria. L'anno precedente la Corte costituzionale aveva eliminato l'esclusione automatica delle «matri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*» o.p. dalla *chance* di un accesso alla custodia attenuata o alla detenzione nella forma domiciliare già nella prima parte dell'espiazione di una pena detentiva medio-lunga o dell'ergastolo. Anche in tal caso, nell'espungere la preclusione, la sentenza 76/2017 ricorda i termini del subentrante apprezzamento in concreto, ricavabili dall'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p.: se la prognosi in ordine all'astensione da ulteriori delitti (non selezionati) nonché dalla fuga non è favorevole, la madre non può abbandonare il circuito penitenziario per dedicarsi alla cura della prole in un ambiente domestico (*rebus sic stantibus*, nemmeno il collocamento presso un istituto a custodia attenuata, ove materialmente disponibile, risulta automatico: v. *infra*, § 13). Non soltanto: nei confronti delle matri condannate per uno dei reati indicati nell'art. 4-*bis* o.p. – ricorda ulteriormente la sentenza 76/2017 – «resta pur sempre applicabile il complesso ed articolato regime previsto da tale disposizione per la concessione dei benefici penitenziari», sebbene al netto della valenza ostativa della mancata collaborazione con la giustizia, già riconosciuta incompatibi-

156 Cfr. Giostra, 2013, p. 58 s., là dove risponde all'obiezione, sempre serpeggiante, che, nella rimozione delle presunzioni assolute, individua la fonte di un automatico oblio delle ragioni sottese alla carcerazione: non è così, «semplicemente bisogna vagliare, e vaglierà il magistrato caso per caso, se ci sono i presupposti per evitare il carcere, semplicemente questo».

le con la detenzione domiciliare finalizzata alla cura dei figli dalla sentenza 239/2014¹⁵⁷. Quest'ultima pronuncia, a sua volta, a fronte del silenzio serbato sul punto dalla disciplina della restrizione domestica ordinaria (art. 47-ter co. 1 o.p.), nel dispositivo evoca espressamente l'«insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» da parte del genitore quale presupposto (negativo) della misura, così assicurandosi che ad esso sia affidata la protezione delle esigenze di difesa sociale sottese al divieto di concessione, contestualmente caducato, stabilito nel primo comma dell'art. 4-bis o.p..

Nella sede cautelare – come si è visto (v. *supra*, § 9) – la categoria protetta comprende donne in gravidanza e madri di prole convivente d'età non superiore a sei anni. Nei loro confronti la custodia in carcere può essere disposta e mantenuta soltanto se sussistono «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» (art. 275 co. 4 c.p.p.)¹⁵⁸. Piuttosto chiara appare la volontà del legislatore di «accentuar[e] l'onere di motivazione sulle esigenze cautelari», anche se, «in un contesto che già “normalmente” configura come un'*extrema ratio* il ricorso alla custodia carceraria, viene ad essere non molto facile ricondurre a parametri oggettivi questa regola di particolare rigore garantistico» (Chiavario, 1990, p. 70). 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, 8.6.2010, n. 32472; inoltre, Cass., Sez. V, 5.12.2005, n. 2240; Cass., Sez. V, 4.2.1999, n. 599; recentemente, in dottrina, v. Adorno, 2018, p. 62)¹⁵⁹. Così determinata, la soglia di pericolosità che consente il ricorso alla custodia cautelare in carcere si presta ad essere raggiunta anche nell'ambito di quella fascia di persone che

157 Per una puntuale sintesi dello stato odierno della normativa, dopo il duplice intervento della Corte costituzionale, v. Leo, 2017, p. 5.

158 Nel senso che «l'applicazione della custodia cautelare in carcere nelle ipotesi in cui ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza [...] non è condizionata alla specifica indicazione delle stesse da parte del P.M., in quanto oggetto di valutazione demandata al giudice», v. Cass., Sez. VI, 13.2.2013, n. 15016. Recentemente, in dottrina, Bellantoni, 2015, p. 133 s.

159 Cass., Sez. VI, 10.10.2003, n. 39763, esclude che «il concreto pericolo di fuga possa esser graduato, fino ad attingere quel grado di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, comma 4, in base al grado di rischio che l'imputato si sottragga alla pena».

più soffrono condizioni di marginalità sociale, sebbene al di fuori dei circuiti criminali più temibili. Il “beneficio” ricavabile dall’art. 275 co. 4 c.p.p. può risultare particolarmente significativo per le donne colpite da gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti ritenuti più allarmanti: nei loro confronti, infatti, per ricorrere alla cautela più gravosa il giudice è tenuto a dar conto della concreta sussistenza di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» senza potersi avvalere di un accertamento presuntivo nei termini previsti dal terzo comma dell’art. 275 c.p.p. (v. *supra*, § 11.2.).

All’eventualità che la custodia cautelare in carcere risulti in concreto inevitabile a causa della mancanza di un domicilio idoneo a fronteggiare il pericolo potrebbero rimediare le case famiglia protette. Oggi esse sono espressamente menzionate fra i possibili luoghi ove eseguire gli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.), ma non può dirsi che la norma sia diventata realtà (sul punto v. *infra*, *Le case famiglia protette*). Un’ulteriore risorsa per consentire di arginare il *periculum libertatis* al di fuori del carcere dovrebbe essere costituita dagli arresti domiciliari sotto controllo elettronico (art. 275-*bis* c.p.p.). Tale strumento può ben essere utilizzato pure nei confronti delle categorie tutelate dall’art. 275 co. 4 c.p.p., potenzialmente riducendone gli ingressi in carcere in presenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza (nel significato poco sopra illustrato) che «possano [comunque] essere adeguatamente fronteggiate mediante il ricorso al monitoraggio elettronico» (Cesaris d), 2015, p. 1109). Anche per questa risorsa, però, bisogna fare i conti con l’eventualità della sua materiale carenza¹⁶⁰. Infine, nelle ipotesi in cui la misura più gravosa non sia evitabile, il raggiungimento di un’adeguata diffusione territoriale degli ICAM potrebbe quantomeno scongiurare (almeno nella maggior parte dei casi) la carcerazione cautelare ordinaria a favore di una forma custodiale più rispettosa delle esigenze della maternità e dell’infanzia (art. 285-*bis* c.p.p.). Tuttavia, non soltanto restano ancora zone del Paese sfornite, ma non si è neppure mancato di rilevare che proprio la presenza di questa “nuova” alternativa potrebbe infine andare a scapito degli arresti domiciliari (Fiorio, 2011, p. 935).

12. L’accesso ai benefici penitenziari: la tutela di madri e figli contro l’ingresso in carcere ...

Il tema dell’accesso ai benefici penitenziari dei quali l’adulto può godere in quanto genitore è centrale rispetto ad una verifica circa l’effettività della

160 In generale, sulle conseguenze dell’indisponibilità del c.d. “braccialetto elettronico”, v. Cass., Sez. Un., 28.4.2016, n. 20769, commentata da Guerini, 2016; sulla questione cfr., inoltre, Valentini, 2016.

tutela offerta ai figli minorenni di madri (e padri) condannati ad una pena detentiva. Esso coinvolge i presupposti ed i limiti dell'azione della magistratura di sorveglianza, sui quali ora ci soffermeremo, non senza aver prima ricordato – ancora una volta – gli altri attori chiamati a svolgere un ruolo imprescindibile nel fronteggiare la particolare vulnerabilità dei bambini e degli adolescenti che hanno genitori coinvolti nel circuito penitenziario. Oggi, ad evocarli è l'articolo stesso del codice di procedura penale specificamente dedicato all'esecuzione delle pene detentive, stabilendo che l'ordine di esecuzione rivolto ad una madre di prole di minore età deve essere «comunicato al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di esecuzione della sentenza» (art. 656 co. 3-*bis*).

Ove si discuta di accesso ai benefici penitenziari, una constatazione preliminare s'impone: nei confronti di ogni persona condannata ad una pena detentiva la possibilità di far valere il possesso dei requisiti per essere sottratta all'ordinaria esecuzione all'interno dell'istituto penitenziario senza dovervi entrare costituisce un'importante forma di tutela contro gli effetti di un passaggio (più o meno breve) in carcere. Offerta alle madri, essa ne protegge innanzitutto i figli: impedisce che il trauma del distacco o dell'ingresso congiunto nel circuito penitenziario rappresenti una tappa obbligata del percorso verso la sottrazione materna al carcere finalizzata al loro accudimento.

La forma di tutela della quale si discute è riconosciuta alle madri di prole convivente d'età inferiore a dieci anni (oltre che alle donne in gravidanza) le quali debbano espriare una pena detentiva non superiore a quattro anni¹⁶¹: se sono libere nel momento in cui la sentenza diventa definitiva, infatti, esse possono accedere alla detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-*ter* co. 1 o.p.) direttamente dallo stato di libertà, sfruttando la sospensione dell'esecuzione che il pubblico ministero è tenuto a disporre nei loro confronti (art. 656 co. 5 c.p.p.)¹⁶². Per effetto di una recente sentenza della Corte costituzionale risulta ormai venuto meno l'ostacolo alla fruizione concreta di quest'opportunità fino ad ora rappresentato dall'eventuale mancata conoscenza, da parte del pubblico ministero, della condizione di madre (o dello stato di gravidanza)

161 Si noti che, secondo i dati diffusi dall'Associazione Antigone (2017), «la durata della pena inflitta [*alle donne*] si attesta più frequentemente tra i 3 e 4 anni, seguita poi da pene ricomprese tra i 2 e 3 anni. E in generale, sono le pene fino a 5 anni quelle che vengono più spesso inflitte» (v. *supra*, *Quale genere di detenzione?*, § 5).

162 Peraltro, se si concorda con chi ritiene che l'elenco delle misure menzionate nell'art. 656 co. 5 c.p.p. non costituisca un «*numerus clausus*» (Della Casa a), 1998, p. 783), nulla impedisce che la sospensione possa essere sfruttata dall'interessata per chiedere il rinvio dell'esecuzione a norma degli artt. 146 e 147 c.p. al tribunale di sorveglianza, che dovrebbe peraltro essere «preallertato» dallo stesso pubblico ministero competente per l'esecuzione ai sensi dell'art. 108 reg. o.p.

della condannata. Si trattava – com'è noto – di un limite insito nella fisionomia del meccanismo sospensivo regolato dal quinto comma dell'art. 656 c.p.p., così come risultante dalla riforma del 2013 (d.l. 1.7.2013 n. 78, conv., con modif., nella legge 9.8.2013 n. 94): a fronte di una pena detentiva contenuta nei quattro anni, ma superiore a tre, infatti, la sospensione dell'esecuzione era subordinata al particolare *status* della persona interessata, donde il rischio che non riuscissero a goderne i soggetti meno attrezzati per un rapido trasferimento d'informazioni al pubblico ministero (Lavarini, 2015, p. 34 s.). Tale rischio è naturalmente destinato a venire meno nel momento in cui la sospensione dell'esecuzione diventi la regola per le pene detentive non superiori a quattro anni a prescindere da ogni altro requisito. In tal senso si muovevano la legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario (art. 1 co. 85 lett. c) legge 103/2017) e lo schema di decreto legislativo approvato il 22 dicembre 2017, poi abbandonato. Nel frattempo a determinare l'innalzamento sino a quattro anni del limite di pena generale per la sospensione automatica dell'esecuzione è comunque intervenuta la Corte costituzionale, che – con la sentenza 41/2018 – ha accolto una questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 656 co. 5 c.p.p. ed originata dall'inserimento del co. 3-*bis* nell'art. 47 o.p. (G.i.p. Trib. Lecce, 13.3.2017)¹⁶³.

Ma l'accesso delle madri alla detenzione domiciliare ordinaria direttamente dalla libertà incontra anche limiti di natura diversa. Per alcune la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, pur contenuta nei quattro anni, è in ogni caso rigidamente preclusa *ex lege* in forza del tipo di reato commesso. Una volta entrate in carcere, al fine di far valere al più presto il possesso dei requisiti per la fruizione del beneficio domestico e far cessare uno stato detentivo gravemente dannoso, esse potranno rivolgersi al magistrato di sorveglianza, che può provvisoriamente applicare la misura extramuraria (art. 47-*ter* co. 1-*quater* o.p.: *infra*, § 12.1). Tale è la situazione delle condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* o.p. oppure singolarmente individuati dall'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p. Fra questi ultimi compare anche il furto in abitazione (art. 624-*bis* c.p.)¹⁶⁴, reato tipico di quella fascia di criminalità, espressione di marginalità sociale, alla quale per lo più appartiene la popolazione detenuta femminile (v. Associazione Antigone, 2017; *supra*, *Quale genere di detenzione?*, § 5).

Com'è noto, fu la “legge Simeone” ad introdurre il meccanismo della so-

163 Per un approdo in via interpretativa ad analoga estensione del meccanismo sospensivo *ex art.* 656 co. 5 c.p.p. v. Cass., Sez. I, 31.5.2016, n. 51864, Cass., Sez. I, 4.3.2016, n. 37848; in senso contrario, C. App. Bologna, 5.9.2017, commentata da Mentasti, 2017.

164 C. cost., 125/2016, 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».

sospensione automatica nel campo dell'esecuzione delle pene detentive brevi, nel contempo escludendolo (altrettanto invariabilmente) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. (ancora oggi tutti ostativi alla sospensione), soggetti al «potere-dovere [*del pubblico ministero*] di emettere direttamente l'ordine di carcerazione» (Della Casa a), 1998, p. 773). Ebbene, sin dal varo della riforma, venne denunciato il carattere «sovradimensionat[o]» della preclusione rispetto all'incidenza del mero titolo del reato sulla «probabilità del condannato di ottenere la concessione di una misura extramuraria» (Della Casa a), 1998, p. 774), donde il rischio di costringere all'ingresso in istituto persone pur seriamente candidabili *ab initio* all'esecuzione in forma alternativa alla carcerazione ordinaria. Per quanto riguarda specificamente le madri (e, in via residuale, i padri) che possono aspirare alla detenzione domiciliare ordinaria, allo stato attuale ulteriori motivi di perplessità avanzano nei confronti del divieto di sospendere l'esecuzione delle pene detentive, pur contenute nei quattro anni, in forza della mera tipologia del reato commesso. Infatti, nei loro confronti, la Corte costituzionale ha già da tempo cancellato la portata ostativa all'accesso alla misura domestica abbinata *ex lege* ai reati elencati nel primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. (in assenza della collaborazione con la giustizia o delle situazioni codificate come «equipollenti»)¹⁶⁵; e lo ha fatto in ossequio al superiore interesse del minore, figlio della persona condannata (C. cost., 239/2014: v. *supra*, § 11.2.). Al riguardo non è forse del tutto fuori luogo nemmeno richiamare la censura che la sentenza 76/2017 ha rivolto all'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p., così come introdotto dalla legge 62/2011, poiché capace di escludere «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,

165 Si noti che C. cost., 41/2018, non esclude, in linea di principio, che il legislatore possa «prendere atto che l'accesso alla misura alternativa è soggetto a condizioni così stringenti da rendere questa eventualità meramente residuale, sicché appare tollerabile che venga incarcerato chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione». E questo appunto – prosegue la Corte costituzionale – «è quanto (oltre che per la gravità dei reati) accade per i delitti elencati dall'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975, che l'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. esclude dal beneficio della sospensione dell'ordine di esecuzione». Abbiamo già visto, tuttavia, l'allentamento che ha interessato – per intervento del Giudice delle leggi stesso – il rigore delle condizioni di accesso alla detenzione domiciliare nei confronti delle madri condannate per i delitti di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* o.p.

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.

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 la Corte costituzionale concluse 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 contrast[*a*] con gli *artt. 27 e 31 Cost.*» (C. cost., 90/2017, commentata da Manfredini, 2017; ora l'esecuzione delle pene detentive «nei confronti di persona che non abbia compiuto i venticinque anni di età [...] per reati commessi da minorenne» è disciplinata dall'*art. 11 d.lgs. 2.10.2018 n. 121*). Il Giudice delle leggi bandì in tal modo 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» (così, ancora, C. cost. 90/2017, richiamando le argomentazioni del giudice rimettente). 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.

Il pubblico ministero non può comunque sospendere l'esecuzione delle pene detentive brevi nei confronti delle madri che, nel momento in cui la sentenza diventa definitiva, siano cautelatamente ristrette in carcere (non escluso l'ICAM)¹⁶⁶ in relazione al fatto oggetto della condanna da eseguire (*art. 656 co. 9 lett. b) c.p.p.*). L'ordine di esecuzione verrà loro notificato ai sensi dell'*art. 656 co. 2 c.p.p.* (Caprioli a), 2011, p. 155).

Nelle intenzioni del legislatore dovrebbe ormai trattarsi di un numero cir-

166 Nel senso che, nei casi di restrizione all'interno di un ICAM, devono applicarsi «tutte le disposizioni codicistiche espressamente dettate per il soggetto sottoposto a custodia cautelare in carcere», v. Spagnolo, 2017, p. 159. Infatti, «la nuova misura *ex art. 285-bis [...]* non deve essere considerata misura diversa dalla custodia inframuraria, bensì una sua forma alternativa» (Giuliani, 2017, p. 337).

coscritto di casi. Non soltanto grazie alla preclusione generale (non esente da limiti, fra i quali la mancanza di un luogo dove eseguire gli arresti domiciliari) ostativa all'applicazione della custodia cautelare in carcere «se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni» (ossia al “tetto” ordinariamente applicabile per la sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 656 co. 5 c.p.p. fino al recente intervento della Corte costituzionale: art. 275 co. 2-*bis* c.p.p.; v. Della Casa d), 2015, p. 1100 s.). Inoltre, per quanto riguarda specificamente le donne in gravidanza e le madri (in via residuale anche i padri) di prole convivente d'età non superiore a sei anni, la misura carceraria è esclusa a prescindere dall'entità della pena irroganda pronosticabile, salvo (indipendentemente dalla tipologia del reato in oggetto) l'accertamento in concreto di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» (art. 275 co. 4 c.p.p.: v. *supra*, § 9). All'arretrare della custodia in carcere dovrebbe corrispondere l'avanzare della meno gravosa misura degli arresti domiciliari.

Se, nel momento in cui diventa definitiva la sentenza di condanna ad una pena detentiva contenuta entro i quattro anni, è quest'ultima la restrizione in atto nei confronti di colei che potenzialmente può fruire della detenzione domestica ordinaria, «il pubblico ministero sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione», purché a ciò non osti il titolo del reato (Della Casa d), 2015, p. 1110), che ancora oggi può costringere la donna all'ingresso in carcere dagli arresti domiciliari trascorsi presso un luogo condiviso con i figli. Ove la sospensione operi, il pubblico ministero deve altresì trasmettere senza ritardo gli atti al tribunale di sorveglianza affinché esso eventualmente applichi una misura alternativa alla condannata, che nel frattempo «permane nello stato detentivo nel quale si trova», ossia ristretta presso il domicilio, mentre «il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti» (art. 656 co. 10 c.p.p.).

Non del tutto chiaro appare invece il destino delle potenziali candidate alla detenzione domestica ordinaria che, nel momento in cui la sentenza diventa definitiva, si trovino in un ICAM. In assenza di una regolamentazione espressa, l'ambiguità in ordine alla possibilità di mantenere tale collocazione, in luogo di quella in una sezione ordinaria, trae origine dal fatto che la legge 62/2011 ha iscritto l'espiazione della pena detentiva all'interno di un Istituto a custodia attenuata per madri nel quadro delle alternative al carcere tradizionale accessibili alle condannate sulla base di una valutazione discrezionale del tribunale di sorveglianza (art. 47-*quinqües* co. 1-*bis* o.p.: v. *infra*, § 13).

Qualora la pena espianda non consenta la detenzione domiciliare a norma dell'art. 47-*ter* co. 1 o.p., ai genitori (madri innanzitutto) di prole d'età non superiore a dieci anni è data una possibilità ulteriore per evitare il carcere, almeno nella sua forma ordinaria. Per loro subentra infatti la *chance* “speciale” offerta dal successivo art. 47-*quinqües*, «concedibile quale che

sia l'entità e la specie della pena inflitta» (Della Casa c), 2010, p. 847). In seguito all'innesto del co. 1-*bis*, la sua fruibilità non è più necessariamente subordinata alla previa espiazione di una parte predeterminata della pena (v. *supra*, § 5.2). Resta però che all'accesso direttamente dalla libertà osta pur sempre la non operatività della sospensione automatica dell'esecuzione, invero concepita per le pene detentive brevi.

Soltanto nell'area di applicabilità del rinvio (obbligatorio o "facoltativo") dell'esecuzione della pena, i "piccoli" minori possono essere preservati dall'ingresso in carcere della madre grazie allo strumento fornito dall'art. 684 co. 2 c.p.p., a prescindere dalla gravità della sanzione inflitta alla condannata. Infatti, «quando vi è fondato motivo per ritenere che sussistono i presupposti perché il tribunale disponga il rinvio», il magistrato di sorveglianza può intervenire in via cautelare anche nei confronti del soggetto ancora libero in attesa dell'esecuzione¹⁶⁷ (Caprioli b), 2011, p. 400). Tuttavia, in assenza della sospensione automatica da parte del pubblico ministero, «si ripropone per l'interessato il delicato problema della tempestività della sua iniziativa» (v. già Della Casa a), 1998, p. 771). Tale aspetto appare particolarmente delicato nei confronti delle donne in gravidanza e delle madri d'infante d'età inferiore all'anno, che la legge vuole obbligatoriamente sottratte al carcere tramite il rinvio dell'esecuzione, tutt'al più sostituito dalla detenzione domiciliare. A loro vantaggio opera comunque l'art. 108 reg. o.p., che vincola (tra gli altri) lo stesso pubblico ministero competente per l'esecuzione ad informare «senza ritardo» il tribunale, nonché il magistrato, di sorveglianza circa la sussistenza delle condizioni per il rinvio dell'esecuzione (non soltanto obbligatorio) che pervenga alla sua conoscenza¹⁶⁸.

Naturalmente il tema della protezione del minore contro l'ingresso in carcere della madre, traumatico anche se temporaneo, può porsi pure allo scadere del termine di durata del rinvio dell'esecuzione della pena disposto ai sensi degli artt. 146 o 147 c.p. In tal caso bisogna chiarire che, se la sanzione espia è breve, la tutela della prole non trova un ostacolo nel settimo com-

167 «Nel caso di persona ancora in stato di libertà» l'impatto gravemente dannoso dell'ingresso in carcere (*periculum in mora*) «è presunto dalla legge»: Canepa e Merlo, 2010, p. 230.

168 Secondo il "nuovo" art. 678 co. 1-*bis* c.p.p., al rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti di donna incinta o di madre d'infante d'età inferiore all'anno il tribunale di sorveglianza deve procedere a norma dell'art. 667 co. 4 c.p.p.: in questi casi, infatti, «il provvedimento è [...] obbligato» in presenza di «presupposti verificabili [...] per il semplice tramite della documentazione medica e, rispettivamente, di quella anagrafica» (Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato il 2 agosto 2018, p. 7). In dottrina cfr. già Cesaris o), 2017, p. 68: «potrebbe meglio rispondere alla tutela delle situazioni ricordate l'attribuzione della competenza al magistrato di sorveglianza mediante il procedimento *de plano* di cui all'art. 667 comma 4» c.p.p.

ma dell'art. 656 c.p.p., il quale impedisce di sospendere l'esecuzione per la stessa condanna più di una volta. Infatti si è riconosciuto che il divieto di tornare a "congelare" temporaneamente l'attuazione della medesima pretesa sanzionatoria, ivi stabilito, non sorge in seguito alla mera fruizione di un rinvio disposto alla luce delle previsioni del codice penale (v. Cass., Sez. I, 4.7.2003, n. 32747; in dottrina v. Fiorentin b), 2012, p. 440)¹⁶⁹.

12.1. ... e contro una protrazione dello stato detentivo gravemente pregiudizievole.

Nel corso dell'esecuzione della pena detentiva, è il potere cautelare del magistrato di sorveglianza a servire l'esigenza di una tutela tempestiva della maternità e dell'infanzia contro gli effetti deleteri della carcerazione delle donne in gravidanza e delle madri che debbono accudire i figli (v. Caprioli b), 2011, p. 394 ss.; Ruaro, 2009, p. 183 ss.). Una decisione interlocutoria del giudice monocratico, adottata senza particolari formalità, è espressamente prevista là dove vi sia «fondato motivo per ritenere che sussistono i presupposti perché il tribunale disponga il rinvio»¹⁷⁰. In tal caso, «se la pro-

169 Tuttavia, qualora non vi siano i presupposti affinché possa operare il meccanismo sospensivo previsto dall'art. 656 c.p.p., giunto a scadenza il termine di durata del rinvio, il pubblico ministero (a meno che sia già intervenuta un'ulteriore concessione del beneficio da parte del tribunale di sorveglianza) dovrà «senz'altro emettere l'ordine di esecuzione della pena in forma detentiva». In tal caso, là dove sussistano le condizioni per l'applicazione di un nuovo rinvio («nella pratica chiamata *proroga*»), la tutela contro la carcerazione risulta affidata al potere cautelare del magistrato di sorveglianza, esercitabile ai sensi dell'art. 684 c.p.p. (Canepa e Merlo, 2010, p. 223). Per quanto interessa in questa sede, si pensi specificamente alla possibilità di una "transizione" dal rinvio "obbligatorio" a quello "facoltativo" dopo il compimento dell'anno di età da parte del figlio della condannata, in seguito alla valutazione, in primo luogo, della pericolosità sociale di quest'ultima. In termini generali, Fiorentin b), 2012, p. 440, rileva che, «alla scadenza del termine stabilito» per il rinvio previsto dal codice penale, «nella prassi, non è infrequente che il P.M. incaricato dell'esecuzione emetta [...] un ordine di esecuzione che contiene la sospensione della pena nell'attesa della decisione del Tribunale di sorveglianza in ordine all'eventuale proroga (*rectius*: nuova concessione) del differimento»: trattasi «di una prassi *extra legem* adottata per motivi di opportunità, che tuttavia non appare l'unico strumento in grado di evitare il reingresso temporaneo in carcere del condannato nelle more della decisione del Tribunale di sorveglianza, laddove è attivabile, in tali casi, il potere cautelare del magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 684 c.p.p.».

170 Nella presente sede l'istituto del rinvio dell'esecuzione viene in rilievo come strumento di sottrazione al carcere della donna (incinta o madre) condannata a pena detentiva. In ogni caso, «non pare dubbia la applicabilità» del beneficio «anche alle pene eseguite nelle forme alternative dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domicilia-

trazione della detenzione può cagionare grave pregiudizio» alla condannata, il magistrato di sorveglianza può ordinare la sua liberazione; «il provvedimento conserva effetto fino alla decisione del tribunale, al quale il magistrato di sorveglianza trasmette immediatamente gli atti» (art. 684 co. 2 c.p.p.). Non sembra che l'opportunità di accedere a tale provvisoria liberazione in via cautelare possa ritenersi preclusa ai sensi del settimo comma dell'art. 656 c.p.p. se, per la stessa condanna, prima di entrare in carcere l'interessata abbia fruito del meccanismo sospensivo stabilito per le pene detentive brevi (in tal senso Della Casa d), 2015, p. 1096).

Il magistrato di sorveglianza può attivarsi anche d'ufficio. Il d.P.R. 230/2000 prevede appositi canali di alimentazione della sua iniziativa, i quali dovrebbero evitare che la tutela offerta alla salute, alla maternità ed all'infanzia dagli artt. 146 e 147 c.p. possa essere pregiudicata da eventuali ritardi nell'iniziativa del diretto interessato. Operano in tal senso gli artt. 23 co. 2 e 108 (v. Caprioli b), 2011, p. 400). Specificamente riferito al momento dell'ingresso in carcere, il primo parrebbe adoperarsi con particolare determinazione per accelerare la liberazione di chi sia entrato nell'istituto penitenziario nonostante la sussistenza delle condizioni (di salute o familiari) per il rinvio dell'esecuzione della pena. In tal caso, infatti, «la direzione dell'istituto trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza per i provvedimenti di rispettiva competenza» (art. 23 co. 2 reg. o.p.). Per quanto riguarda le madri, il presupposto è una tempestiva raccolta d'informazioni che riguardi anche i figli che non accompagnano la condannata all'interno dell'istituto penitenziario. Attività, quest'ultima, alla quale le stesse Regole di Bangkok (n. 3) attribuiscono un ruolo centrale nel sistema di protezione del superiore interesse dei minori, figli di donne in conflitto con la giustizia penale, così come la recente Raccomandazione dedicata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ai figli minorenni di persone detenute (CM/Rec(2018)5, § 5).

Innanzitutto con riguardo alla prole (che abbia seguito la condannata in carcere o ne abbia subito l'allontanamento) il magistrato di sorveglianza dovrà valutare la sussistenza del pericolo di un danno grave derivante dal protrarsi della carcerazione materna¹⁷¹. Peraltro, se la condannata ha un figlio entro l'anno di vita (o è incinta), il carattere altamente pregiudizievole della sua permanenza in carcere dovrebbe ritenersi *in re ipsa*. Infatti il legislatore stesso ha stabilito che, in tali circostanze, l'esecuzione della pena detentiva debba essere obbligatoriamente differita (o, tutt'al più, svolta nella forma domiciliare) sulla base di una presunzione assoluta d'incompatibilità con la carcerazione

re, ovvero nella forma ibrida della semilibertà» (Marcheselli, 2012, p. 878).

171 Fiorentin b), 2012, p. 435, si riferisce ad «un pericolo grave e imminente [...] per le relazioni familiari».

(v. *supra*, § 11.1.).

Anche il giudice monocratico può applicare (naturalmente in via provvisoria) la detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio (qui propriamente della sospensione) dell'esecuzione della pena (v. Cesaris f), 2015, p. 567 s., 581 s.). Infatti, nella sua formulazione attuale, l'art. 47-ter co. 1-*quater* o.p. comprende espressamente anche la misura domestica surrogatoria del beneficio previsto dal codice penale tra le forme di detenzione domiciliare accessibili in via cautelare mediante l'intervento del magistrato di sorveglianza¹⁷². Essa vi compare, per quanto rileva nella presente sede, al pari della detenzione domiciliare ordinaria, alla quale possono aspirare le donne in gravidanza e le madri (in via residuale pure i padri) di prole convivente d'età inferiore a dieci anni che debbono scontare la pena (anche residua) della reclusione non superiore a quattro anni o la pena dell'arresto.

Questi ultimi sono casi nei quali la sospensione automatica dell'esecuzione prevista dall'art. 656 c.p.p. consente l'accesso alla misura domestica direttamente dalla libertà (v. *supra*, § 12). Tuttavia può capitare che qualche cosa, di fatto, non funzioni oppure possono sussistere fattori che inibiscono *ex lege* la sospensione, come la natura ostativa del reato commesso. *Rebus sic stantibus*, la condannata entrerà in carcere anche se deve scontare una pena della reclusione non superiore a quattro anni o la pena dell'arresto. In secondo luogo, la sanzione espiaanda può scendere entro il limite massimo dei quattro anni soltanto nel corso dell'espiazione intramuraria. In tutti questi casi la protezione contro il pericolo di un grave danno derivante dal protrarsi della carcerazione è affidata all'intervento cautelare del magistrato di sorveglianza, il quale può disporre l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare (art. 47-ter co. 1-*quater* o.p.; v. Cesaris f), 2015, p. 582 s.).

Il giudice monocratico può attivarsi d'ufficio, senza che una conclusione opposta possa fondarsi sul richiamo all'«istanza» a lui rivolta contenuto nella norma (Cesaris f), 2015, p. 582). Quanto ai canali suscettibili di alimentare l'iniziativa, l'art. 100 co. 3 reg. o.p. evoca espressamente la «segnalazione della direzione dell'istituto» volta a portare a conoscenza del tribunale di sorveglianza la sussistenza delle condizioni che rendono il condannato un potenziale fruitore della detenzione domiciliare ordinaria. Nulla impedisce che la segnalazione solleciti un intervento cautelare da parte del giudice monocratico (v. Caprioli b), 2011, p. 398, nota 487), prospettando essa stessa il grave danno che potrebbe derivare dal protrarsi della carcerazione (v., *mutatis mutandis*, Della Casa b), 1998, p. 806, nota 17).

172 L'innesto si deve al d.l. 78/2013, conv., con modif., nella legge 94/2013 (v. Renzetti, 2015, p. 192 ss.). C. cost., 255/2005, aveva comunque escluso la manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà della precedente scelta legislativa di riservare al solo giudice collegiale l'applicazione della detenzione domiciliare in sostituzione del rinvio dell'esecuzione della pena.

Se deve essere eseguita una sentenza di condanna alla reclusione superiore a quattro anni (o all'ergastolo), la condizione di madre di prole d'età non superiore a dieci anni non innesca il meccanismo sospensivo dell'esecuzione previsto dall'art. 656 c.p.p., dedicato alle pene detentive brevi. Si concorda con chi ritiene che alla condannata non sia altresì preclusa la possibilità di una tempestiva sottrazione cautelare al carcere, funzionale al benessere del minore, tramite il ricorso provvisorio alla risorsa "speciale" offerta dall'art. 47-*quinquies* o.p. da parte del magistrato di sorveglianza (Caprioli b), 2011, p. 398, nota 488; Cesaris h), 2015, p. 605). D'altronde madre e figlio rischierebbero altrimenti di dover attendere i tempi del tribunale anche soltanto per poter essere eventualmente collocati in un ICAM (v. Del Grosso, 2015-2016, p. 5; v. *infra*, § 13). È vero però che il mancato coordinamento dell'art. 47-*quinquies* con la disciplina dettata sul punto dall'art. 47-*ter* co. 1-*quater* o.p. rappresenta un ostacolo per l'intervento cautelare del giudice monocratico in materia di detenzione domiciliare speciale (Canepa e Merlo, 2010, p. 323; Della Casa c), 2010, p. 847; Pavarin, 2012, p. 282, nota 122)¹⁷³. Tuttavia l'esclusione della risorsa in oggetto per le madri di prole d'età non superiore a dieci anni che debbono scontare una pena superiore al limite fissato nell'art. 47-*ter* co. 1 o.p. risulterebbe oggi decisamente eccentrica. Infatti, tra le forme di espiazione domestica provvisoriamente applicabili dal magistrato di sorveglianza, ormai compaiono anche la misura destinata agli ultrasessantenni e soprattutto quella sostitutiva del rinvio dell'esecuzione, sebbene la loro concessione prescinda dall'entità della pena espianda (in precedenza v. Della Casa c), 2010, p. 845, nota 180).

13. L'esigenza di una collocazione adeguata della coppia madre-figlio nel contesto penitenziario: le modalità di accesso alla convivenza in regime di custodia attenuata.

Gli Istituti (o sezioni) a custodia attenuata sono nati per rendere accettabile la vita dei bambini all'interno del circuito penitenziario. Eppure non è detto che le donne con prole al seguito siano con essa collocate in un ICAM tutte le volte in cui non sussistano le condizioni per la detenzione extramuraria. Permane, al contrario, la soluzione della sistemazione della coppia madre-figlio infratreenne all'interno di una sezione-nido ordinaria, alla quale si riferisce con preoccupazione anche l'ultima Relazione (2018) del Garante

¹⁷³ Tende a risolvere il difetto di coordinamento la proposta di inserire nell'art. 47-*quinquies* o.p. un rinvio, «per quanto non diversamente stabilito», alle «disposizioni di cui all'articolo 47-*ter*» (Fiorentin f), 2017, p. 323).

nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

L'impatto effettivo degli Istituti a custodia attenuata sulla condizione di madri e figli è condizionato sia dal dato normativo che da quello fattuale. Dal primo punto di vista, occorre rilevare il significativo mutamento intervenuto nel passaggio dall'esperienza sperimentale lombarda, avviata tra il 2006 ed il 2007, alla disciplina introdotta dalla legge 62/2011 (v. *supra*, § 10). La prima sezione a custodia attenuata dedicata alle donne con figli al seguito nacque a Milano per sostituire la tradizionale sezione-nido della Casa circondariale di "San Vittore" ed offrire una sistemazione adeguata alle coppie madre-bambino ivi presenti. All'epoca era rimesso all'amministrazione penitenziaria l'inserimento nell'innovativa sezione a custodia attenuata, concepita come luogo di ordinaria collocazione per le donne (soggette all'esecuzione della pena o sottoposte alla custodia cautelare in carcere) accompagnate in istituto da figli minori di tre anni, fatte salve eccezionali controindicazioni per ragioni sanitarie o di sicurezza. Con la legge 62/2011 l'approccio è cambiato (Monetini, 2012, p. 92 s.; Petrangeli, 2012, p. 7). Nella sede cautelare, ai sensi dell'art. 285-*bis* c.p.p., il potere di «disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri» è stato espressamente attribuito al giudice, chiamato ad una valutazione in ordine alla compatibilità di tale soluzione restrittiva con «le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza», già concretamente ostative agli arresti domiciliari (Vergine, 2018, p. 96 s.). Meno chiaro appare il comma 1-*bis* dell'art. 47-*quinqüies* o.p., concernente l'inserimento presso un ICAM nella fase dell'esecuzione delle pene detentive. Esso ne fa una modalità di espiazione fruibile sulla base di una valutazione discrezionale, nei casi in cui l'assenza dei requisiti per l'accesso alla detenzione extramuraria costringa madre e figlio all'interno del circuito penitenziario. Pure in questo caso si è indotti a concludere che il potere di ammettere la persona in un Istituto (o in una sezione) a custodia attenuata spetta alla magistratura (Petrangeli, 2012, p. 7), nella specie al tribunale di sorveglianza (Cesaris h), 2015, p. 601). In tal senso si è pronunciato lo stesso Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, escludendo che debbano essere i provveditori regionali «a valutare la eventuale destinazione all'I.C.A.M.» (DAP, 2014). Anch'essa, infatti, sarebbe una manifestazione del potere discrezionale di concessione della detenzione domiciliare speciale, al pari dell'assegnazione presso l'abitazione o altro luogo affine, alla quale l'inserimento in un Istituto a custodia attenuata per detenute madri s'affianca nell'art. 47-*quinqüies* co. 1-*bis* o.p. In verità non sfugge il divario fra l'espiazione presso il domicilio e la permanenza in un circuito penitenziario a custodia attenuata, pur caratterizzato da un elevato grado di differenziazione (riscontrabile soprattutto se la struttura che accoglie le madri con figli al seguito è esterna e nettamente distinta dall'istituto carcerario tradizionale).

Tuttavia il comma 1-*bis* stesso, così come inserito nell'art. 47-*quinquies* o.p. nel 2011, parrebbe rivelare la scelta di ridurre l'una e l'altra ad un comune denominatore, individuato in una modalità esecutiva meno afflittiva, la cui applicazione è rimessa ad una valutazione discrezionale¹⁷⁴ (v. Cesaris h), 2015, p. 600). Se a tale assimilazione corrispondesse la consegna all'amministrazione penitenziaria di un ventaglio di soluzioni che spazia dall'espiazione domiciliare alla custodia attenuata alla carcerazione ordinaria, ne deriverebbero serie obiezioni in nome dei principi costituzionali che tutelano la libertà personale e reggono l'esecuzione della pena¹⁷⁵. È giocoforza, allora, che le opzioni congiuntamente menzionate nell'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p. appartengano al dominio della giurisdizione (Cesaris h), 2015, p. 601).

Ai sensi dell'art. 285-*bis* c.p.p., il giudice della cautela «può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano». Nella fase dell'esecuzione della pena, in assenza delle condizioni per l'accesso alla detenzione nella forma domestica, l'espiazione presso un ICAM (invece che in una sezione ordinaria) si configura quale opzione affidata ad un giudizio discrezionale caso per caso (v. Cesaris h), 2015, p. 600), senza che l'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p. fornisca criteri per orientare la scelta (Fiorentin a), 2011, p. 2627). Per la salvaguardia dei minori non è stata seguita la falsariga di una norma posta a tutela della salute, qual è l'art. 47-*quater* co. 7 o.p., che concerne le persone affette da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria. Per loro, se esclude l'alternativa extramuraria, il giudice deve ordinare la detenzione «presso un istituto carcerario dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie»: come se – si è osservato – il legislatore del 1999 volesse allora «rivolgere all'amministrazione penitenziaria un invito a dotare il maggior numero possibile di istituti penitenziari di “reparti” riservati a tali soggetti, essendo all'epoca solo quattro i centri attrezzati allo scopo» (Cesaris g), 2015, p. 594). La riforma del 2011 non ha introdotto un analogo vincolo alla destinazione presso un Istituto (o una sezione) a custodia attenuata nei confronti delle madri che debbono accudire la prole, ma non hanno i requisiti per accedere all'espiazione extramuraria. E nemmeno ha selezionato espressamente l'ICAM quale opzione privilegiata così da assicurare il collocamento della carcerazione ordinaria nell'alveo dell'eccezione. È vero che, al tempo del-

174 L'originaria preclusione *a priori* per le condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* o.p. è ormai venuta meno per effetto di C. cost., 76/2017: v. *supra*, § 11.2.

175 Fiorentin a), 2011, p. 2627, pur ritenendo «obbligata la conclusione che sarà la stessa amministrazione penitenziaria a disporre» le modalità esecutive della pena previste nell'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis* o.p., ne rileva l'attrito con il quadro costituzionale di riferimento; analogamente Pavarin, 2012, p. 285.

la riforma, l'unica sezione a custodia attenuata per madri materialmente esistente era quella milanese. Ma non è soltanto questo il punto. Nella posizione assegnata dal legislatore del 2011 agli ICAM si coglie comunque una scelta: quella di non archiviare le sezioni-nido ordinarie, non solo nella sede cautelare, ma neppure nella fase dell'esecuzione della pena (cfr. Petrangeli, 2012, p. 7). Non è privo di significato, in proposito, l'allestimento di una sezione-nido ordinaria nell'ambito di un territorio già ospitante un Istituto a custodia attenuata per madri, come avvenne nel caso della II Casa di Reclusione di Milano-Bollate (v. *supra*, § 10).

Si aggiunga il fatto che l'assenza di autonomia in capo all'amministrazione penitenziaria in ordine alla collocazione di una donna con prole al seguito presso un ICAM, invece che in una sezione ordinaria, può causare problemi pratici non indifferenti, fonte di potenziale danno per il minore. Ciò può accadere nel caso delle donne che non sono state già destinate alla custodia attenuata per madri dal giudice, ma hanno con sé i figli nel momento della privazione della libertà personale. Condotte in un istituto ordinario, dotato di sezione-nido, non sembra possano essere autonomamente indirizzate dall'amministrazione penitenziaria alla più consona sistemazione in un ICAM, seppure materialmente disponibile, nemmeno ove accompagnate da prole che, per età, soltanto lì potrebbe essere ospitata, come hanno messo in luce i lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale (Del Grosso, 2015-2016). L'ostacolo è tanto più evidente quanto più è pronunciato il grado di separazione e differenziazione dell'ICAM rispetto alla struttura penitenziaria tradizionale, così come accade a Milano, dove la sezione a custodia attenuata è ospitata in una palazzina a suo tempo messa a disposizione dalla Provincia, situata in un quartiere residenziale e completamente esterna alla Casa circondariale di "San Vittore". Situazioni di maggiore contiguità al contesto penitenziario tradizionale sono sicuramente meno indicate per donne e bambini. Tuttavia, sotto il profilo qui specificamente considerato, esse possono più facilmente prestarsi a consentire soluzioni pratiche in grado di offrire tutela alle coppie madre-figlio in assenza di un provvedimento giurisdizionale di assegnazione all'ICAM.

Il disegno riformistico contenuto nello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario approvato il 22 dicembre 2017 dal Consiglio dei Ministri in attuazione della legge delega 103/2017, ma successivamente abbandonato, si proponeva di intervenire sul punto, radicando espressamente nell'amministrazione penitenziaria l'assegnazione agli Istituti a custodia attenuata delle donne condannate con prole d'età inferiore a sei anni¹⁷⁶. In tal modo, nella fase dell'esecuzione della pena, si sarebbe

176 Lo schema di decreto legislativo prevedeva che, nei confronti delle condannate, il provvedimento di assegnazione ad un ICAM fosse adottato dall'amministrazione peniten-

determinato un parziale ritorno al tempo della sperimentazione lombarda, precedente la “giurisdizionalizzazione” del circuito a custodia attenuata dedicato alle coppie madre-figlio realizzata dal legislatore del 2011: all’epoca l’innovativa sezione a custodia attenuata milanese era la destinazione “naturale” per mamme (anche in custodia cautelare in carcere) e bambini (v. *supra*, § 10).

In ogni caso, nel passaggio dalla norma alla realtà, gli ICAM non possono che avere il fiato corto se distribuiti sul suolo nazionale in modo disomogeneo¹⁷⁷. Affinché l’impatto sulla condizione di madri e figli sia effettivo, non basta che vengano approntate strutture sufficienti, come numero di posti, per ricevere tutte le persone in possesso dei requisiti per esservi alloggiate. È altresì fondamentale che esse coprano tutte le aree del Paese (Vergine, 2018, p. 97). Il principio di territorialità dell’esecuzione penale, infatti, non può essere oltremodo sacrificato per le madri con prole al seguito (cfr. Petrangeli, 2012, p. 8), sebbene i piccoli numeri in gioco ne rendano inevitabile un ridimensionamento (v. Scomparin, 2011, p. 603), peraltro già in parte sofferto dalla popolazione detenuta femminile in generale (v. *supra*, *Il diritto all’affettività*, § 1). Trattandosi di donne accompagnate dai figli, è appena il caso di sottolineare che lo sradicamento territoriale della madre coinvolge anche il bambino che l’accompagna, inasprendo la separazione dal padre. *Rebus sic stantibus*, già nel 2012 l’amministrazione penitenziaria volle dare «impulso alla realizzazione in ogni regione di tali sezioni detentive» a custodia

ziaria previo consenso dell’interessata. Com’è reso palese dalla Relazione illustrativa (p. 39), l’accordo della donna era 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). In mancanza del consenso dell’interessata, si disponeva l’intervento del tribunale di sorveglianza, chiamato ad una decisione fondata sull’apprezzamento del superiore interesse del minore, «anche eventualmente contro il parere della donna detenuta», ed adottata con procedimento *de plano* (Relazione illustrativa, p. 39). Attraverso tale meccanismo il nuovo comma 1-*bis* dell’art. 47-*quinquies* o.p. avrebbe voluto assicurare, per i casi in cui non è possibile la sottrazione al carcere della madre condannata ad una pena detentiva, l’adeguatezza della decisione sulla sua collocazione al superiore interesse del figlio minore (d’età inferiore a sei anni) che ella deve accudire. È chiaro che, per essere efficiente rispetto all’obiettivo, tale meccanismo si sarebbe dovuto accompagnare ad un’effettiva collaborazione fra l’amministrazione penitenziaria, la magistratura di sorveglianza e gli organi e servizi specificamente preposti alla protezione minorile.

177 Il problema di una distribuzione disomogenea degli istituti penitenziari in grado di accogliere le madri con figli al seguito non nasce con gli ICAM, ma riguarda già le ordinarie sezioni-nido, allestite soltanto presso alcuni luoghi della detenzione femminile: Monetini, 2012, p. 90 s.

attenuata per madri, quale «espressione della differenziazione di circuiti e istituti, prefigurata all'art. 115, 3° comma», reg. o.p. (Monetini, 2012, p. 94).

Gli Istituti a custodia attenuata per detenute madri¹⁷⁸ attualmente esistenti sono quelli di Torino “Lorusso e Cutugno”, Milano “San Vittore”, Venezia “Giudecca”, Cagliari (di fatto non in funzione) e Lauro (v. *supra*, *Quale genere di detenzione?*, § 6): secondo i dati pubblicati dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, al 31 ottobre 2018 essi ospitavano 31 dei 50 bambini al seguito delle madri negli istituti penitenziari italiani. I tradizionali asili-nido, al 31 dicembre 2017, risultavano essere 14, 13 funzionanti¹⁷⁹ ed uno non funzionante¹⁸⁰. Alla stessa data in Emilia Romagna e nelle Marche si notava la presenza di un bambino in istituto, nonostante l'assenza, nelle due regioni, sia di ICAM sia di asili-nido¹⁸¹. Resta comunque il fatto – recentemente testimoniato dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (2018, p. 184) – che sul territorio nazionale esistono sezioni-nido che invero sono tali soltanto di nome poiché in realtà madri e figli risultano collocati in «un reparto detentivo classico, talvolta anche in cattive condizioni materiali con carenza persino di un lettino adatto a un bimbo [...], dove i bambini vivono non solo con le loro madri ma anche in promiscuità con le altre donne detenute».

Non si può tralasciare, infine, la contraddizione che la dimensione limitata del fenomeno delle donne presenti all'interno del circuito penitenziario con figli al seguito rischia di generare (v. *supra*, *Quale genere di detenzione?*, § 6). È vero che il moltiplicarsi di Istituti a custodia attenuata riservati alle coppie madre-bambino consente di rafforzare i rapporti con il resto della famiglia, evitando una eccessiva lontananza, ma in talune realtà potrebbe nel contempo condannare mamma e figlio, di fatto, ad una sorta di isolamento all'interno di strutture sotto-popolate. Un antidoto può venire da una distribuzione territoriale degli ICAM oculata, ossia pianificata sulla base di un attento studio del fabbisogno potenziale (v. Monetini, 2012, p. 95; in generale, Vessella, 2016, p. 227 ss.). Di sicuro interesse è anche la prospettiva di un inserimento delle (fortunatamente poche) madri con figli al seguito all'interno di un più ampio

178 Per quanto riguarda i figli dei genitori (madri innanzitutto) detenuti negli istituti minorili, l'esigenza di «evitare il paradosso di una loro minore tutela rispetto ai bambini di detenute adulte che hanno accesso» agli ICAM è rappresentata nel Documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016, p. 43.

179 Gli asili-nido funzionanti al 31 dicembre 2017 risultano distribuiti nelle seguenti regioni: Abruzzo, Calabria, Campania, Lazio, Liguria, Lombardia, Puglia, Sardegna, Sicilia, Umbria.

180 Al 31 dicembre 2017 risulta presente un asilo-nido non funzionante in Trentino.

181 Tutti i dati citati nel testo sono forniti dal DAP e pubblicati nel sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it: accesso eseguito in data 19.9.2018).

circuito a custodia attenuata appositamente concepito per la popolazione detenuta femminile¹⁸², in un fluire della «considerazione legislativa [...] dalla donna detenuta in quanto madre alla donna detenuta in quanto donna» (Gonnella, 2015; cfr., altresì, Manconi e altri, 2015, p. 29).

14. Considerazioni conclusive.

È fuor di dubbio che ad oggi l'ordinamento italiano conosca una ricca rete di istituti indirizzati alla sottrazione delle madri al carcere in funzione di tutela del rapporto con i figli minori. Permangono, tuttavia, fattori capaci di limitarne in misura significativa l'impatto concreto. Il XIV Rapporto dell'Associazione Antigone sulle condizioni detentive (2018) rileva addirittura un recente incremento del numero di madri presenti negli istituti penitenziari italiani con i propri bambini. Gli aspetti critici ancora oggi ravvisabili, nonostante i progressi indubbiamente raggiunti nel tempo, si sono già manifestati nel corso della trattazione che precede. Alcuni saranno ora brevemente richiamati con lo sguardo rivolto alle prospettive future.

In primo luogo, ci sono ostacoli che si oppongono all'avanzata della decarcerazione delle madri radicati nelle scelte legislative che presiedono alla composizione delle istanze in gioco. Si è visto (*supra*, § 11.2.) che è d'obbligo – alla luce della nostra Costituzione – accantonare presunzioni ostative alla tutela del superiore interesse del minore alle cure materne: il Giudice delle leggi è già più volte intervenuto e continuerà a farlo se il legislatore resterà inerte. Il bilanciamento giudiziale, però, è per lo più vincolato ad uno *standard* piuttosto oneroso per la coppia madre-figlio, salvo il caso delle donne condannate con bambini d'età inferiore all'anno (oppure in gravidanza). Si è constatato (*supra*, § 11 e § 11.3.), infatti, che il giudice è tenuto a decretare la soccombenza dell'interesse della prole alla convivenza domestica ogniqualvolta la sottrazione al carcere della condannata comporti il concreto pericolo della commissione di delitti. Non c'è dunque spazio per una comparazione, nel caso concreto, fra l'entità del danno che l'allontanamento dalla madre o la condivisione dell'istituto penitenziario sono destinati ad arrecare al benessere psico-fisico del bambino e la gravità dei delitti che la donna potrebbe commettere in un contesto extramurario. Nella sede cautelare, poi, nemmeno la subordinazione della misura carceraria all'accertamento dell'effettiva sussistenza di *pericula* eccezionalmente rilevanti, stabilita per proteggere la maternità e l'infanzia, riesce a costringere la custodia intramu-

182 Particolarmente interessanti appaiono i principi ispiratori della *Grand Valley Institution for Women* dell'Ontario: Vessella, 2016, p. 184 ss.

riaria nell'alveo del contrasto alla temuta commissione di una serie di reati più ristretta di quella ordinariamente rilevante ai sensi dell'art. 274 co. 1 lett. c) c.p.p. (v. *supra*, § 11.3.). Neppure ci sono, nel settore cautelare, tutele particolari per i più piccoli, che possiamo trovare alloggiati negli istituti penitenziari con le mamme anche durante il primo anno di vita (esortava ad intervenire sul punto la delega penitenziaria contenuta nella legge 103/2017).

È ormai tempo – si ritiene – di ripensare i termini del bilanciamento fra le istanze in competizione (cfr. Manconi e altri, 2015, p. 95 s.). Quando è a rischio il benessere psico-fisico di un minore, bisogna abbassare l'asticella delle rassicurazioni che si pretendono sul piano della difesa sociale nei confronti del genitore in conflitto con la giustizia penale. Si tratta, in primo luogo, di rendere meno angusto il passaggio che conduce le madri fuori dal circuito penitenziario. Per le poche che non possono uscirne, poi, la presenza di un bambino al seguito esige un regime custodiale *ad hoc*, secondo l'originaria filosofia dell'Istituto a custodia attenuata per madri di Milano, nato in via sperimentale per sostituire – e non semplicemente per affiancare – la convivenza all'interno di un'ordinaria sezione-nido (v. *supra*, § 10 e § 13).

Ma oggi, sulla strada che porta le madri fuori dal carcere, non s'incontrano soltanto ostacoli che hanno la loro origine nelle scelte normative in punto di bilanciamento fra le esigenze di difesa sociale ed il superiore interesse del minore. C'è anche il disimpegno sul terreno delle politiche d'investimento. Le case famiglia protette potrebbero essere una risorsa formidabile, se solo fossero promosse e sostenute come luoghi di supporto alla genitorialità ed al reinserimento sociale delle madri adeguatamente diffusi sul territorio nazionale. Al momento si contano invece appena due strutture istituite formalmente con tale veste, peraltro espressione di esperienze piuttosto diverse l'una dall'altra. L'impegno a favore delle case famiglia protette funziona come cartina di tornasole per appurare la serietà di ogni dichiarazione d'intenti a sostegno delle mamme detenute e dei loro bambini: si tratta di procedere alla creazione di una rete di strutture capace di accogliere le donne che non hanno una casa, così come quelle che soltanto lontano dalla loro possono sperare di sottrarsi (con i figli) ad un ambiente criminogeno. Insieme al benessere dei minori, figli di donne in conflitto con la giustizia penale, per questa via potrebbero recuperare terreno anche le istanze di difesa sociale, finalmente "orfane" di un carcere troppo spesso nemico di un autentico recupero di chi vi è costretto. Affinché le case famiglia protette diventino una realtà diffusa servono risorse, materiali ed umane, ed un progetto ampiamente condiviso. Le case famiglia protette, infatti, non sono separate dal resto della comunità, ma ne fanno parte a pieno titolo (sui profili qui soltanto accennati v., ampiamente, *infra*, *Le case famiglia protette*).

Le ultime considerazioni introducono un tema non a caso centrale nel

tessuto delle “Regole di Bangkok”, specificamente dedicate dalle Nazioni Unite al trattamento delle donne in conflitto con la giustizia penale. Esse si chiudono con l’esortazione alla diffusione della conoscenza ed alla promozione della consapevolezza intorno al fenomeno della criminalità femminile ed alla condizione delle donne coinvolte nel circuito penale e dei loro figli. La sensibilizzazione dell’opinione pubblica, anche attraverso i *media*, è presupposto fondamentale per lo sviluppo di politiche progressiste che possano giovare del solido supporto di un consenso diffuso. Un’informazione adeguata deve raggiungere gli organi deputati a stabilire le linee della politica penale e penitenziaria così come quelli chiamati a garantirne l’attuazione e ad assicurare il rispetto delle regole. In Italia esistono Istituti a custodia attenuata per madri e case famiglia protette. Si è già accennato al problema materiale della loro scarsa diffusione, soprattutto per quanto riguarda le seconde. Ma c’è pure il rischio che, a limitarne la piena operatività, possa concorrere, di fatto, anche l’assenza di un’adeguata conoscenza, in capo all’autorità giudiziaria stessa, di queste “nuove” realtà, rivolte ad un “piccolo” universo di persone ristrette (cfr. la Relazione del 2018 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, p.184).

In conformità all’imperativo per il quale ogni decisione che coinvolge un minore deve dare preminente rilievo al suo interesse¹⁸³, alla magistratura di sorveglianza ed al giudice della cautela è richiesto – secondo le condizioni ed i limiti analizzati nei paragrafi che precedono – di tenere conto del ruolo genitoriale della condannata oppure dell’imputata (o indagata). Tuttavia la necessaria considerazione del superiore interesse del minore non implica esclusivamente che la giustizia penale degli adulti debba farsi carico (anche) dell’esigenza di salvaguardia del rapporto madre-figlio messo a rischio dalla carcerazione¹⁸⁴. Non debbono neppure essere ignorati eventuali indici

183 Si richiama qui l’art. 3 § 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza del 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27.5.1991 n. 176): «*in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*». Secondo l’interpretazione avallata dal 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; per un approfondimento v. Millar e Dandurand, 2017, § 3.1).

184 Quanto all’impatto della carcerazione dei genitori sui figli, v., fra gli altri, Robertson, 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

sintomatici di un pericolo per il benessere psico-fisico del figlio emergenti dalla vicenda giudiziaria che coinvolge la madre (indici che ben possono essere ravvisabili sebbene il minore non appaia in veste di vittima del reato). Si tratta – in altri termini – di collaudare un’efficiente collaborazione fra gli organi che amministrano la giustizia penale degli adulti e gli organi ed i servizi specificamente preposti alla protezione minorile (v. *supra*, *Essere madre dietro le sbarre*). In tempi recenti la questione è stata affrontata apertamente con specifico riguardo ai c.d. “figli di mafia” dal Consiglio Superiore della Magistratura. La “Risoluzione in materia di tutela dei minori nel quadro della lotta alla criminalità organizzata”, approvata con delibera del 31 ottobre 2017, infatti, contiene un richiamo espresso all’«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.

La maggior parte delle criticità ora brevemente richiamate risuonano in un recente comunicato stampa del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale: «la responsabilità è responsabilità collettiva: della carenza di strutture di case famiglia protette, che esistono in numero limitatissimo e che dovrebbero costituire la soluzione prioritaria; delle comunità locali che spesso non gradiscono le presenze delle detenute madri nel loro territorio; della pretesa volontà di anteporre le necessarie esigenze di giustizia a quelle due tutele a cui si faceva riferimento prima [*la difesa del diritto alla relazione materna e l’assoluta priorità dell’esigenza di positive capacità evolutive e cognitive di un bambino nei suoi primi anni di vita*]; di un’opinione pubblica che volge il suo sguardo al carcere solo in occasione di tragedie e non anche ai molti aspetti di cura e tutela che vi si svolgono ogni giorno»¹⁸⁵. La responsabilità collettiva della quale parla il Garante è la responsabilità nella determinazione del contesto nel quale è maturato il drammatico gesto di una madre detenuta a titolo cautelare nella sezione-nido della Casa circondariale di Rebibbia femminile: la donna ha gettato giù per le scale, l’uno dopo l’altro, i figli che teneva con sé, una bam-

e familiare, nonché la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 novembre 2014 sul 25° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia; v. anche la Raccomandazione 1469 (2000) che l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa ha dedicato alla detenzione delle madri con figli, richiamata dalla Risoluzione 1663(2009) relativa alle donne detenute, nonché la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa concernente i figli minorenni di persone detenute (CM/Rec(2018)5).

185 Il testo integrale del comunicato stampa è reperibile in www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/c61cbaa919701ab8f95b87a43a02c3a2.pdf (accesso eseguito in data 22.9.2018).

bina di pochi mesi ed il fratellino poco più grande, entrambi deceduti.

Il dramma si è consumato il 18 settembre 2018 a Roma. Anni addietro il mondo delle donne ristrette fu teatro della tragedia di Antonia Bernardini. La donna bruciò viva nella sezione “Agitate e coercite” del manicomio giudiziario femminile di Pozzuoli. Era il mese di dicembre del 1974. Michele Miravalle, ripercorrendo la vicenda, ricorda l’impulso che ne derivò alla riforma in tema di salute mentale (*infra, Dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza*, § 3). Il dramma di Antonia Bernardini fu una storia individuale che contribuì a cambiare la storia dell’istituzione totale manicomiale. Lo stesso potrebbe accadere ora¹⁸⁶. Il dramma di Alice Sebesta e dei suoi figli può cambiare la storia della carcerazione delle madri e dei loro bambini: secondo le parole che chiudono il comunicato stampa rilasciato dal Garante nazionale, si attende ora «con speranza che dal male di tale tragedia possa sorgere il bene di una riflessione collettiva su come la società troppo spesso affidi i propri drammi a un impossibile vaso di Pandora».

Riferimenti bibliografici

Adorno R., *La vicenda cautelare: presupposti e criteri di scelta delle misure de libertate*, in Pajardi D., Adorno R., Lendaro C.M. e Romano C.A. (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 3 ss.

Amelia M., *Brevi note in tema di rapporti tra detenzione domiciliare e rinvio dell’esecuzione della pena*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, n. 1, p. 194 ss.

Aprile E., *Commento agli artt. 17, 18 e 19 d.l. 24.II.2000 n. 341, conv., con modif., in legge 19.I.2001, n. 4*, in *La legislazione penale*, 2001, n. 1/2, p. 453 ss.

Aprile E., *Artt. 146 – 147 c.p.*, in Lattanzi G. e Lupo E. (a cura di), *Codice*

¹⁸⁶ Gli obblighi di comunicazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, introdotti nel tessuto della giustizia penale degli adulti in sede di conversione del d.l. 113/2018 (v. gli artt. 11-*bis* o.p., 293 co. 4-*bis*, 387-*bis* e 656 co. 3-*bis* c.p.p.), debbono sicuramente essere accolti positivamente, fermo restando che non bisogna smettere di coltivare con convinzione il percorso diretto a porre le condizioni affinché madri e figli possano restare *insieme* fuori dal circuito penitenziario.

- penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2015, p. 416 ss.
- Associazione Antigone (a cura di), *XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2017, reperibile in www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/ (accesso eseguito in data 24.2.2018)
- Associazione Antigone (a cura di), *XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2018, reperibile in www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/numeri-e-sovrappollamento/ (accesso eseguito in data 21.9.2018)
- Bassetti R., *Moll Flanders dopo Beslan. Una nuova politica criminale per le detenute madri*, in *Minori Giustizia*, 2003, n. 4, p. 79 ss.
- Bellantoni G., *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, n. 1, p. 121 ss.
- Borrelli P., *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3.6.2015
- Canepa M. e Merlo S. (con la collaborazione di Marcheselli A.), *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, Giuffrè, 2010⁹
- Canevelli P., *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Diritto penale e processo*, 2001, n. 7, p. 807 ss.
- Capitta A.M., *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 *Archivio Penale*, 2014, n. 3
- Caprioli F. a), *L'esecuzione delle sentenze di condanna a pena detentiva*, in Caprioli F. e Vicoli D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011², p. 151 ss.
- Caprioli F. b), *Procedure*, in Caprioli F. e Vicoli D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011², p. 317 ss.
- Caraceni L. e Cesari C., *Art. 4-bis o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 42 ss.
- Caraceni L., *Preclusioni assolute ex art. 58-quater ord. pen. e detenzione domiciliare speciale: verso una nuova declaratoria di incostituzionalità?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, fasc. 10, p. 257 ss.
- Casaroli G., *La semilibertà*, in Flora G. (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, n. 663*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 235 ss.

- Cesaris L. a), *La detenzione domiciliare come modalità alternativa dell'esecuzione penitenziaria*, in Grevi V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, p. 341 ss.
- Cesaris L. b), *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001, n. 40)*, in *La legislazione penale*, 2002, n. 3, p. 547 ss.
- Cesaris L. c), *Art. 275 c.p.p.*, in Conso G. e Illuminati G. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2015², Padova, Cedam, p. 1089 ss.
- Cesaris L. d), *Art. 275-bis c.p.p.*, in Conso G. e Illuminati G. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2015², Padova, Cedam, p. 1108 ss.
- Cesaris L. e), *Art. 21-ter o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 297 ss.
- Cesaris L. f), *Art. 47-ter o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 551 ss.
- Cesaris L. g), *Art. 47-quater o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 585 ss.
- Cesaris L. h), *Art. 47-quinquies o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 597 ss.
- Cesaris L. i), *Art. 47-sexies o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 608 ss.
- Cesaris L. l), *Art. 684 c.p.p.*, in Conso G. e Illuminati G. (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2015², p. 3042 ss.
- Cesaris L. m), *L'art. 21-ter o.p. all'esame della Corte di cassazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2015, n. 1, p. 281 ss.
- Cesaris L. n), *Profili affettività – Allegato 3 alla Relazione del Tavolo 3 – Donne e carcere – degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale 2015-2016*, reperibile in www.giustizia.it (accesso eseguito in data 18.3.2018)
- Cesaris L. o), *Per una più pronta applicazione dell'art. 684 c.p.p.*, in Giostra G. e Bronzo P. (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15.7.2017, p. 68
- Cesaris L. p), *Per una più efficace tutela del rapporto genitoriale: la proroga della detenzione domiciliare comune*, in Giostra G. e Bronzo P. (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15.7.2017, p. 319

- Chiavario M., *Art. 275*, in Chiavario M. (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Torino, Utet, 1990, p. 61 ss.
- Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (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 [hudoc.cpt.coe.int/eng#{"CPTSectionID":\["p-ita-20160408-en-28"\]}](http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{) (accesso eseguito in data 23.2.2018)
- Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), *Factsheet on women in prison*, 2018, reperibile in www.coe.int/en/web/cpt/-/cpt-factsheet-on-women-in-prison (accesso eseguito in data 23.2.2018)
- Comucci P., *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare*, in Presutti A. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165)*, Padova, Cedam, 1999, p. 183 ss.
- Comucci P., *Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte costituzionale*, in *Corriere del merito*, 2009, n. 1, p. 59 ss.
- Daga L., *Semilibertà*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, p. 1121 ss.
- Degl'Innocenti L. e Faldi F., *I benefici penitenziari*, Milano, Giuffrè, 2014
- Del Grosso I., *Icam e case famiglia protette (legge 62 del 2011)* – Allegato 2 alla Relazione del Tavolo 3 – Donne e carcere – degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale 2015-2016, reperibile in www.giustizia.it (accesso eseguito in data 24.2.2018)
- Del Grosso I., *Realtà e peculiarità degli istituti femminili*, in Pajardi D., Adorno R., Lendaro C.M. e Romano C.A. (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 195 ss.
- Della Casa F. a), *Commento all'art. 1 della legge 27.5.1998, n. 165*, in *La legislazione penale*, 1998, n. 4, p. 764 ss.
- Della Casa F. b), *Commento all'art. 2 della legge 27.5.1998, n. 165*, in *La legislazione penale*, 1998, n. 4, p. 798 ss.
- Della Casa F. c), *Misure alternative alla detenzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 816 ss.
- Della Casa F. d), *Art. 656 c.p.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 1081 ss.
- Della Casa F. e), *Femmes en prison en Italie*, in van Kempen P.H. e Krabbe M.

- (a cura di), *Women in prison. The Bangkok Rules and Beyond*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2017, p. 513 ss.
- Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) – Ufficio del Capo del Dipartimento, *Parere sulla detenzione domiciliare speciale detenute madri*, 2014, reperibile in www.giustizia.it (accesso eseguito in data 24.2.2018)
- Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione Statistica, *Detenute madri con figli al seguito – 31 ottobre 2018*, in www.giustizia.it (accesso eseguito in data 21.11.2018)
- Di Rosa G., *La detenzione delle donne con figli minori e l'Istituto a custodia attenuata per madri (I.C.A.M.) di Milano*, in *Cassazione penale*, 2009, n. 12, p. 4899 ss.
- Dova M., *Art. 146 c.p.*, in Dolcini E. e Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, tomo I, Assago, Wolters Kluwer, 2015⁴, p. 2058 ss.
- Ferrando G., *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 2015²
- Filippi L., *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, fasc. 6, p. 3643 ss.
- Fiorentin F. a), *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, n. 11, p. 2616 ss.
- Fiorentin F. b), *Differimento della pena*, in Fiorentin F. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 383 ss.
- Fiorentin F. c), *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in Fiorentin F. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 553 ss.
- Fiorentin F. d), *Art. 30 o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 343 ss.
- Fiorentin F. e), *Art. 30-ter o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 357 ss.
- Fiorentin F. f), *Modifica all'art. 47-quinquies ord. penit.*, in Giostra G. e Bronzo P. (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15.7.2017, p. 323 s.
- Fiorio C., *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 3, p. 1986 ss.
- Fiorio C., *Madri detenute e figli minori. Legge 21 aprile 2011, n. 62*, in *Diritto penale e processo*, 2011, n. 8, p. 932 ss.
- Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della

- libertà personale, *Relazione al Parlamento 2017*, reperibile in www.garantenazionaleprivatiliberta.it (accesso eseguito in data 18.3.2018)
- Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2018*, reperibile in www.garantenazionaleprivatiliberta.it (accesso eseguito in data 20.11.2018)
- Giostra G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, n. 1, p. 55 ss.
- Girelli F., *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, n. 12, p. 2240 ss.
- Giuliani S., *Art. 285-bis*, in Lattanzi G. e Lupo E. (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2017, p. 335 ss.
- Gonnella P., *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, fasc. 2
- Gruppo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza (Gruppo CRC), *6° Rapporto di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia*, 2012-2013, in www.gruppocrc.net/IMG/pdf/6_rapporto_CRC.pdf (accesso eseguito in data 24.8.2018)
- Gruppo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza (Gruppo CRC), *3° Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia*, novembre 2017, in www.gruppocrc.net/IMG/pdf/rapportocrc-x2017.pdf (accesso eseguito in data 24.8.2018)
- Guerini I., *Più braccialetti (ma non necessariamente) meno carcere: le Sezioni Unite e la portata applicativa degli arresti domiciliari con la procedura di controllo del braccialetto elettronico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24.6.2016
- Kalb L. e Daraio G. a), *Modifica dell'art. 47-ter ord. penit.*, in Giostra G. e Bronzo P. (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15.7.2017, p. 113 s.
- Kalb L. e Daraio G. b), *Modifica dell'art. 47-quinquies ord. penit.*, in Giostra G. e Bronzo P. (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15.7.2017, p. 115 s.
- Krabbe M. e van Kempen P.H., *Women in prison: a transnational perspective*, in van Kempen P.H. e Krabbe M. (a cura di), *Women in prison. The Bangkok Rules and Beyond*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia,

- 2017, p. 3 ss.
- Larizza S., *Pene accessorie*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. III, Torino, Utet, 2014, p. 91 ss.
- Lavarini B., *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in Caprioli F. e Scomparin L. (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 31 ss.
- Lenti L. e Long J., *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014
- Lenzini C., *Applicazione della misura della custodia cautelare in carcere alla donna incinta*, in *Il merito*, 2006, n. 4, p. 64 ss.
- Leo G., *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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 8.5.2017
- Longo G. e Muschitiello A., *L'accoglienza dei bambini negli Istituti Penitenziari della Lombardia – l'esperienza pilota dell'ICAM di Milano*, in *Quaderni ISSP*, 2015, n. 13, p. 129 ss.
- Manconi L., Anastasia S., Calderone V. e Resta F., *Abolire il carcere*, Bergamo, Chiarelettere editore, 2015
- Manfredini F., *Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, fasc. 7-8, p. 216 ss.
- Mantovani M., *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, n. 1, p. 377 ss.
- Manzelli G., *La prima esperienza degli Istituti a custodia attenuata per detenute madri*, in Pajardi D., Adorno R., Lendaro C.M. e Romano C.A. (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 211 ss.
- Marcheselli A., *Art. 146 c.p.*, in Ronco M. e Romano B. (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, Utet Giuridica, 2012⁴, p. 877 ss.
- Marchetti M.R., *Art. 21-bis o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 293 ss.
- Marcolini S., *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5.5.2011
- Marzaduri E., *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 59 ss.

- Marzaduri E., *Art. 275 c.p.p.*, in Chiavario M. (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, agg. III, Torino, Utet, 1998, p. 163 ss.
- Mastropasqua G., *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza. I legami affettivi alla prova del carcere*, Bari, Cacucci Editore, 2007
- Mastrototaro R., *La detenzione domiciliare*, in Pajardi D., Adorno R., Lendaro C.M. e Romano C.A. (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 103 ss.
- Menghini A., *Report sulla disciplina relativa alle detenute madri. Sollecitazioni sovranazionali e cenni sulla normativa di altri ordinamenti (Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016 – Tavolo 14)*, in www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato7.pdf (accesso eseguito in data 12.1.2018)
- Mentasti G., *Disallineamenti e allineamenti forzati: ultime novità in tema di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e affidamento in prova "allargato"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, fasc. 10, p. 321 ss.
- Millar H. e Dandurand Y., *The best interests of the child and the sentencing of offenders with parental responsibilities*, in *Criminal Law Forum*, Published online: 27.11.2017
- Mone D., *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in Cavaliere A., Hellmann U., Lucarelli A. e Parizot R. (a cura di), *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la prison*, Padova, Cedam, 2018, p. 201 ss.
- Monetini S., *I bambini ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute. Il ruolo dell'amministrazione penitenziaria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, fasc. 3, p. 79 ss.
- Moro A.C., *Manuale di diritto minorile* (a cura di Dossetti M., Moretti C., Moretti M. e Vittorini Giuliano S.), Bologna, Zanichelli, 2014⁵
- Pace L., *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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, fasc. 5, p. 3948 ss.
- Palazzo F., *Commento all'art. 5 legge 7.2.1990 n. 19*, in *La legislazione penale*, 1990, n. 1/2, p. 73 ss.
- Palazzo F., *La disciplina della semilibertà: evoluzione normativa e ampiezza funzionale di un «buon» istituto*, in Grevi V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, p. 387 ss.
- Pavarin G.M., *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in Fiorentin F. (a cura di),

- Misure alternative alla detenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 241 ss.
- Petrangeli F., *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, n. 4, p. 1 ss.
- Pilla E., *I criteri di scelta*, in Bene T. (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 27 ss.
- Presutti A., *Commento all'art. 13 legge 10.10.1986, n. 663*, in *Legislazione penale*, 1987, n. 1, p. 162 ss.
- Presutti A., *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in Presutti A. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165)*, Padova, Cedam, 1999, p. 27 ss.
- Presutti A., *Art. 50*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 616 ss.
- Pulvirenti A., *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 *Cassazione penale*, 2010, n. 2, p. 470 ss.
- Renzetti S., *Il procedimento di sorveglianza e i poteri del giudice*, in Caprioli F. e Scomparin L. (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 169 ss.
- Robertson O., *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
- Romano C.A. e Ravagnani L., *La detenzione femminile in prospettiva sovranazionale*, in Pajardi D., Adorno R., Lendaro C.M. e Romano C.A. (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 267 ss.
- Romano M. a), *Art. 32 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1995², p. 246 s.
- Romano M. b), *Art. 34 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1995², p. 261 ss.
- Romano M. e Grasso G. a), *Art. 139 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2012⁴, p. 404 s.
- Romano M. e Grasso G. b), *Artt. 146 e 147 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2012⁴, p. 416 ss.

- Ruaro M., *La magistratura di sorveglianza*, in Ubertis G. e Voena G.P. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2009
- Ruaro M., *Detenzione domiciliare speciale per detenute madri: la concessione ad Annamaria Franzoni passerà attraverso una perizia psicomcriminologica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22.1.2014
- Ruaro M., *Art. 58-quinquies o.p.*, in Della Casa F. e Giostra G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015⁵, p. 750 ss.
- Schirò D.M., *La “carcerazione degli infanti” nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 2015, n. 3, p. 1067 ss.
- Schirò D.M., *L’interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile “normale” con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, fasc. 11, p. 105 ss.
- Scomparin L., *Una “piccola” riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell’infanzia*, in *La legislazione penale*, 2011, n. 3/4, p. 597 ss.
- Siracusanò F., *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell’infanzia: primi passi verso l’erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, fasc. 5, p. 3940 ss.
- Spagnolo P., *Le misure custodiali*, in Bronzo P., La Regina K. e Spagnolo P., *Il pluralismo delle misure cautelari personali. Tra tipicità e adeguatezza*, Padova, Cedam, 2017, p. 133 ss.
- Stati generali dell’esecuzione penale 2015-2016, *Documento finale*, in www.giustizia.it (accesso eseguito in data 24.2.2018)
- Tabasco G., *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 3
- Tesauro A., *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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, n. 6, p. 4909 ss.
- Tirelli M., *La tutela della dignità del detenuto nelle Regole Penitenziarie europee*, in Bellantoni G. e Vigoni D. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, Piacenza, CELT, 2010, p. 99 ss.
- Tomaselli E., *La Carta dei figli dei genitori detenuti*, in *Minorigiustizia*, 2014, n. 3, p. 175 ss.
- Valentini E., *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27.4.2016
- Van Kempen P.H. e Krabbe M. (a cura di), *Women in prison. The Bangkok*

- Rules and Beyond*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2017
- Vergine C., *La vicenda cautelare: le modalità esecutive delle misure custodiali*, in Pajardi D., Adorno R., Lendaro C.M. e Romano C.A. (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 75 ss.
- Vessella L., *L'architettura del carcere a custodia attenuata. Criteri di progettazione per un nuovo modello di struttura penitenziaria*, Milano, FrancoAngeli, 2016
- Zagnoni Bonilini P., *I riflessi della «responsabilità genitoriale» sul sistema penale*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A. e Papa M. (a cura di), *Trattato di diritto penale – Parte generale e speciale – Riforme 2008-2015*, Torino, Utet Giuridica, 2015, p. 3 ss.
- Zingales U., *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 *Minorigiustizia*, 2015, n. 2, p. 186 ss.

Riferimenti giurisprudenziali

- C. cost., 22.11.2018, n. 211
- C. cost., 23.7.2018, n. 174
- C. cost., 2.3.2018, n. 41
- C. cost., 12.7.2017, n. 167 (ord.)
- C. cost., 28.4.2017, n. 90
- C. cost., 12.4.2017, n. 76
- C. cost., 24.1.2017, n. 17
- C. cost., 1.6.2016, n. 125
- C. cost., 5.6.2015, n. 104 (ord.)
- C. cost., 22.10.2014, n. 239
- C. cost., 22.11.2013, n. 279
- C. cost., 23.1.2013, n. 7
- C. cost., 23.2.2012, n. 31
- C. cost., 27.7.2011, n. 250 (ord.)

- C. cost., 22.7.2011, n. 239 (ord.)
 C. cost., 19.10.2009, n. 260 (ord.)
 C. cost., 12.6.2009, n. 177
 C. cost., 8.5.2009, n. 145 (ord.)
 C. cost., 1.7.2005, n. 255 (ord.)
 C. cost., 9.3.2004, n. 87 (ord.)
 C. cost., 5.12.2003, n. 350
 C. cost., 6.3.2002, n. 40 (ord.)
 C. cost., 18.10.1995, n. 438
 C. cost., 6.6.1989, n. 327 (ord.)
 C. cost., 23.6.1988, n. 723 (ord.)
 C. cost., 25.5.1979, n. 25
- Cass., Sez. I, 10.7.2018, n. 32331, in *www.cortedicassazione.it*
 Cass., Sez. I, 28.11.2017, n. 56733, in *www.cortedicassazione.it*
 Cass., Sez. I, 10.10.2017, n. 53426, in *www.cortedicassazione.it*
 Cass., Sez. V, 20.6.2017, n. 48371, in *Diritto & Giustizia*, 23.10.2017
 Cass., Sez. I, 31.5.2016, n. 51864, in *www.cortedicassazione.it*
 Cass., Sez. Un., 28.4.2016, n. 20769, in *Diritto Penale Contemporaneo*,
 24.6.2016
 Cass., Sez. II, 30.3.2016, n. 16964, in *C.E.D. Cass.*, n. 266553
 Cass., Sez. I, 4.3.2016, n. 37848, in *www.cortedicassazione.it*
 Cass., Sez. Un., 25.2.2016, n. 13681, in *Diritto Penale Contemporaneo*,
 29.4.2016
 Cass., Sez. I, 10.12.2015, n. 39729, in *C.E.D. Cass.*, n. 267996
 Cass., Sez. VI, 26.11.2015, n. 50014, in *C.E.D. Cass.*, n. 265432
 Cass., Sez. VI, 5.11.2015, n. 47274, in *C.E.D. Cass.*, n. 265352
 Cass., Sez. I, 18.9.2015, n. 41190, in *C.E.D. Cass.*, n. 264980
 Cass., Sez. VII, 17.6.2015, n. 9641, in *C.E.D. Cass.*, n. 266212
 Cass., Sez. VI, 9.6.2015, n. 28118, in *C.E.D. Cass.*, n. 263977
 Cass., Sez. I, 29.4.2015, n. 25841, in *C.E.D. Cass.*, n. 263971
 Cass., Sez. I, 3.3.2015, n. 12565, in *C.E.D. Cass.*, n. 262301
 Cass., Sez. I, 11.2.2015, n. 8860, in *C.E.D. Cass.*, n. 262556 – 262557
 Cass., Sez. I, 29.9.2014, n. 52551, in *C.E.D. Cass.*, n. 262196