

L'art. 21 bis o.p. al vaglio della Consulta: illegittime le condizioni ostative previste per le condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4bis o.p.

di **Natalia Rombi**

CORTE COSTITUZIONALE, 23 LUGLIO 2018 (UD. 4 LUGLIO 2018), N. 174
PRESIDENTE LATTANZI, RELATORE ZANON

1. Ancora una volta la Corte costituzionale interviene a tutela del rapporto madre figlio. In questo caso per dichiarare illegittimo l'art. 21bis o.p. nella parte in cui, attraverso il rinvio all'art. 21 o.p., fissa una preclusione rigida all'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori per le condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4bis, commi 1, 1 *ter* e 1 *quater* o.p.

Si tratta di una pronuncia attesa dopo che, con un precedente intervento¹, la Consulta aveva emendato dal medesimo vizio la disciplina della detenzione domiciliare speciale (art. 47 *quinquies* comma 1 o.p.) e della detenzione domiciliare ordinaria (art. 47 *ter* o.p.).

Nello specifico in quella occasione la Corte aveva dichiarato illegittimo l'art. 4 bis comma 1 o.p., in relazione agli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost. nella parte in cui «non esclude[va] dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare speciale», la quale differisce dalle altre misure, essendo volta unicamente a ripristinare la convivenza tra madre e figlio e priva di contenuti risocializzanti. La *ratio* di tale misura (così come di quella ordinaria, nelle ipotesi corrispondenti) è preminentemente quella di tutelare l'interesse del minore a ricevere le cure parentali e a vivere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, interesse che trova copertura costituzionale negli artt. 29, 30 e 31 della Carta fondamentale.

La Corte affermava, muovendo da tali considerazioni, che non vi è spazio per preclusioni automatiche legate ad indici di pericolosità che privano il giudice di ogni

¹Ci si riferisce a Corte cost., 22 ottobre 2014, (ud. 24 settembre 2014), n. 239, Pres. Tesauro, Rel. Frigo, con commento di L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario*, nonché di F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2014, p. 3922 ss. Si vedano, altresì, A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4 bis, co 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Archivio penale*, 3/2014; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Archivio penale*, 3/2015.

marginale di apprezzamento, dovendo, al contrario, le altre esigenze di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, essere temperate attraverso una valutazione in concreto².

Successivamente la Corte³ ritornava sulla questione in ragione della parziale connessione tra la misura della detenzione domiciliare 'speciale'⁴ e la preclusione per i reati inseriti nel comma 4bis o.p., in forza del testo non manipolato del comma 1 bis dell'art. 47 *quinquies* o. p.

Nello specifico, censurava tale norma nella parte in cui impediva l'accesso 'speciale' alla forma alternativa di esecuzione alle madri condannate per taluno dei delitti

²A ben vedere si tratta di argomenti ricorrenti nella giurisprudenza della Corte in tema di automatismi preclusivi non solo ove applicati ai benefici penitenziari (si veda, relativamente alla detenzione domiciliare speciale, Corte cost., 8 marzo 2017, (dep. 12 aprile 2017), n. 76, pres. Grossi, Rel. Zanon), ma anche in tema di pene accessorie (cfr. Corte cost., 23 gennaio 2013, (c.c. 5 dicembre 2012), n. 7, Pres. Quaranta, Rel. Grossi, con nota di M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2013, p. 176; Corte cost., 23 febbraio 2012, (ud. 8 novembre 2011), n. 31, Pres. Quaranta, Rel. Criscuolo), e in materia cautelare (si pensi alle decisioni con cui la Consulta ha demolito le regole di applicazione obbligatoria della custodia in carcere, v. Corte cost., 21 luglio 2010, (ud. 25 maggio 2010), n. 265, Pres. Amirante, Rel. Frigo; Corte Cost. 12 maggio 2011, (ud. 19 aprile 2011), n. 164, Pres. Maddalena, Rel. Frigo; Corte cost., 11 ottobre 2011, (dep. 22 luglio 2011), n. 231, Pres. Maddalena, Rel. Frigo; Corte cost., 3 maggio 2012, (c.c. 21 marzo 2012) n. 110, Pres. Quaranta, Rel. Lattanzi; Corte cost., 29 marzo 2013, (ud. 12 febbraio 2013), n. 57, Pres. Gallo, Rel. Lattanzi; Corte cost., 18 luglio 2013, (c.c. 19 giugno 2013), n. 213, Pres. Gallo, Rel. Frigo; Corte cost., 23 luglio 2013, (c.c. 3 luglio 2013), n. 232, Pres. Gallo, rel. Lattanzi). In tali pronunce la Corte ha avuto modo di chiarire che gli automatismi preclusivi, pur non essendo vietati dall'art. 3 della Costituzione, richiedono una 'base empirica' di grandissima affidabilità, tale da ridurre al minimo la possibilità che si dia un caso concreto nel quale non ricorrano le condizioni necessarie per la ragionevole applicazione della disciplina.

³Ci si riferisce a Corte cost., 8 marzo 2017, n. 76, cit. con nota di G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, Riv. Trim., 2017, 5, p. 321.

⁴Il comma 1 bis dell'art. 47 *quinquies* o.p., introdotto dalla l. 21 aprile 2011, n. 62, stabilisce che l'espiazione della quota di pena prevista, quale preconditione per l'accesso alla detenzione domiciliare (almeno un terzo della pena o almeno quindici anni, nel caso di condanna all'ergastolo), possa avvenire presso un I.C.A.M. ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora o, ancora, in luogo di cura, assistenza o accoglienza al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiazione la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espia nella casa famiglia protette, ove istituite. Chiara la *ratio* della previsione: evitare anche alla condannata ad una pena elevata che non può accedere alla detenzione domiciliare speciale (art. 47 *quinquies*, comma 1, o.p.) e non possiede i requisiti per accedere alla detenzione domiciliare ordinaria (art. 47 *ter* o.p.) l'ingresso in carcere fin dall'inizio dell'esecuzione, ingresso in carcere che, ove la condannata sia madre di prole di età non superiore ai dieci anni, comporta la recisione del legame parentale e dunque la lesione dell'interesse del minore ad instaurare e conservare un rapporto quanto più possibile 'normale' con la madre. Tale misura consente alla condannata di accudire senza soluzione di continuità la prole in vista dell'ammissione alla detenzione domiciliare prima e alla semilibertà poi.

indicati nell'articolo 4 *bis* o.p., non perché sia vietato alla legge differenziare il trattamento penitenziario di tali detenute, a seconda della gravità del delitto commesso, ma in ragione della natura assoluta della preclusione che è certamente lesiva dell'interesse del minore, così come tutelato dall'art. 31, comma 2 Cost.

Sulla base di analoghe argomentazioni, nel caso di specie, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 21 *bis* o.p., rimettendo al giudice ogni valutazione sulla sussistenza dei presupposti di merito per l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori.

2. La sentenza in esame fornisce l'occasione per soffermarsi brevemente sugli istituti che presidiano il rapporto genitore figlio quando la madre (o il padre) è a vario titolo destinatario di un provvedimento limitativo della libertà, sia esso una misura cautelare o una condanna evitando, ove possibile, la carcerizzazione degli infanti.

Tali istituti trovano disciplina non solo nelle norme dell'ordinamento penitenziario, ma anche nel codice penale e in quello processuale penale⁵.

Quando il processo è in corso la tutela del rapporto madre-figlio è affidato alla previsione dell'art. 275 comma 4 c.p.p., che esclude la possibilità di applicare la custodia cautelare in carcere, salvo sussistano esigenze di eccezionale rilevanza, quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore ai sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole⁶. In altri termini, in presenza di queste situazioni soggettive si presume che le normali esigenze cautelari possano essere soddisfatte, al più, mediante l'applicazione degli arresti domiciliari. Originariamente tale previsione si applicava solo al genitore di prole di età non superiore ai tre anni. L'innalzamento del limite di età, realizzato dalla l. 21 aprile 2011, n. 62⁷, protrae

⁵ Sul punto v. D.M. SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto disciplina penalistica*, Agg., vol. IX, Torino, 2016, p. 242.

⁶ L'estensione della presunzione *in bonam partem* al padre si deve alla l. 8 agosto 1995, n. 332 che ha recepito l'insegnamento della Consulta (Corte cost., 13 aprile 1990, (c.c. 4 aprile 1990), n. 215, Pres. Saja, Rel. Gallo E.).

⁷ Tale scelta normativa ha sollevato non poche perplessità di ordine costituzionale poichè la fissazione di un limite d'età in via normativa impedisce di estendere la tutela in presenza di situazioni soggettive altrettanto meritevoli di tutela ma scollegate dalla condizione anagrafica, quali quelle determinate da una malattia totalmente invalidante (però Corte cost., 24 gennaio 2017, (c.c. 7 dicembre 2016), n. 17, Pres. Grossi, Rel. Zanon, ha affermato che affidare alla discrezionalità del giudice l'apprezzamento caso per caso della particolare condizione del minore di qualsiasi età «restituirebbe l'incoerente condizione di un giudice penale chiamato ad applicare una misura nei confronti di un imputato, sulla base di valutazioni relative non già a quest'ultimo, ma ad un soggetto terzo – il minore – estraneo al processo»). A tale legge si deve anche l'inserimento dell'art. 21 *ter* o.p. (poi modificato dalla l. 16 aprile 2015, n. 47 che ha inserito il riferimento al figlio affetto da handicap grave) il quale stabilisce che la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni, possa, previa autorizzazione, visitare il figlio minore anche non convivente in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute o il figlio affetto da handicap in situazione di gravità. La medesima disposizione prevede poi che la madre (o il padre) nelle condizioni sopra descritte, possa essere autorizzata ad assistere il minore di anni

sensibilmente il periodo di tempo durante il quale la madre (o il padre, se questa è deceduta o impossibilitata) non dovrebbe, salvo esigenze eccezionali, essere destinataria della misura della custodia in carcere.

Sempre a tale intervento riformatore si deve l'introduzione di nuove forme di esecuzione delle misure cautelari già esistenti. Ed invero, la legge in esame prevede che gli arresti domiciliari possano essere eseguiti, oltre che nell'abitazione dell'imputato o in altro luogo di privata dimora e luogo pubblico di cura o di assistenza, in una «*casa famiglia protetta*»⁸, ove istituita; prevede, altresì, che il giudice possa disporre l'esecuzione della custodia cautelare presso «*un istituto a custodia attenuata per detenute-madri*» cosiddetto I.C.A.M. (art. 285-bis c.p.p.)⁹. Si tratta di una particolare modalità esecutiva applicabile nei casi in cui, pur in presenza di figli di età non superiore a sei anni, esigenze cautelari eccezionali impediscano di ricorrere a misure più tenui. La sua concreta applicazione è oggetto di una facoltà e non di un obbligo da parte del giudice, il

dieci o il figlio affetto da handicap grave durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute. Per un commento della legge v. L. SCOMPARIN, *Una 'piccola' riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Legislazione penale*, 2011, p. 597.

⁸ Si veda art. 284 c.p.p. come riformato dalla l. 21 aprile 2011, n. 62. Ad usufruire di questo tipo di strutture dovrebbero essere coloro che non dispongono di un luogo adeguato ove possa essere eseguita la misura cautelare, e in particolare donne senza dimora, rom, straniere o in condizione di marginalità. La legge istitutiva, però, non prevede finanziamenti specifici per tali istituti che, a differenza degli I.C.A.M. non sono sottoposti al Dipartimento di amministrazione penitenziaria e devono essere gestiti dagli enti locali. All'articolo 4 della Legge n. 62 del 2011, infatti, è previsto che il ministero della Giustizia possa «*stipulare convenzioni con enti locali per l'individuazione delle case famiglia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*», spostando sostanzialmente i costi su Regioni e Comuni.

⁹ Gli I.C.A.M. sono strutture dotate di un modello organizzativo analogo a quello, già sperimentato, degli istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti (c.d. «I.C.A.T.T.») di cui all'art. 95 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Si tratta, nello specifico, di istituti esterni alle carceri, costituenti unità di piccole dimensioni chiuse o semi chiuse, caratterizzati da un'organizzazione di tipo comunitario, in cui si tenta di ricreare un ambiente che appaia al minore il più familiare possibile. Un simile scopo è perseguito anche eliminando ogni riferimento all'edilizia carceraria, utilizzando sistemi di sicurezza che non risultino riconoscibili dai bambini, nonché, tra l'altro, prevedendo che gli stessi agenti di polizia penitenziaria operino senza divisa. Si prevede, altresì, l'intervento educativo di operatori specializzati con il compito di prendersi cura dei minori, di assicurare loro regolari uscite all'esterno e, soprattutto, di supportare le detenute nella costruzione di un rapporto madre-figlio sano, oltre che predisponendo un percorso individualizzato con opportunità scolastiche, di mediazione linguistica e culturale. Chiaro è come attraverso il ricorso all'istituto a custodia attenuata, il legislatore vorrebbe ridurre al minimo il rischio d'insorgenza di problemi nella crescita del minore legati allo sviluppo della sfera emotiva e relazionale. Dal punto di vista pratico, tali istituti sollevano non poche problematiche. Secondo la Relazione al Parlamento del Garante dei detenuti, spesso tali strutture sono posizionate in zone distanti o mal collegate dai servizi e dalle città. Il rischio, in questo caso, è che il prezzo che tali persone devono scontare per stare insieme, sia l'isolamento e la separazione dal resto della famiglia, oltre al difficile inserimento dei bambini in un contesto con altri coetanei e nella società stessa.

quale ne valuterà la compatibilità con le esigenze cautelari di natura eccezionale volta per volta emergenti.

I destinatari di tale disciplina, sono da un lato, le donne sottoposte ad un provvedimento cautelare per le quali il giudice non ha ravvisato le condizioni per una misura di carattere domiciliare, ma che presentano un profilo di pericolosità sociale, non tanto grave da giustificare la custodia cautelare in un istituto ordinario. Dall'altro, vi sono le donne condannate in via definitiva che possono essere ammesse a scontare negli I.C.A.M. il terzo della pena o i quindici anni che sono necessari, ai sensi dell'articolo 47-*quinqüies* o.p. per poter poi accedere alla detenzione domiciliare speciale. Anche in questo caso la detenzione nell'I.C.A.M. può essere disposta quando non vi siano le condizioni (o la disponibilità) per una soluzione domiciliare¹⁰.

Una volta intervenuta la condanna definitiva, il delicato rapporto madre-figlio è salvaguardato dagli istituti disciplinati dagli artt. 146 e 147 comma 1 numero 3 c.p., i quali prevedono rispettivamente il rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena¹¹.

Accanto a tali istituti operano quelli disciplinati dalle norme dell'ordinamento penitenziario e del suo regolamento di esecuzione¹², destinati a trovare applicazione nella fase esecutiva.

Originariamente tale *corpus* normativo, pur contenendo delle disposizioni rivolte in modo specifico alla maternità e all'infanzia, non contemplava istituti realmente capaci di tutelare l'interesse del minore a vivere fuori dal carcere senza per questo dover rinunciare al rapporto con la madre¹³.

Invero, ora come allora, è previsto che in ogni istituto penitenziario per donne, siano in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere; è consentito alle madri di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni¹⁴; è prevista l'organizzazione di appositi asili nido¹⁵.

¹⁰G. BELLANTONI, *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Ordines*, n. 2/15, pp. 15-30, Rivista Telematica reperibile al sito www.ordines.it

¹¹ L'ambito di operatività di tale istituto, previsto dal codice penale del 1930 sin dalla sua formulazione originaria, è stato ampliato dalla l. 8 marzo 2001, n. 40. Il rinvio obbligatorio, originariamente fruibile dalla donna incinta o dalla madre di prole di età non superiore ai sei mesi, riguarda oggi, tra gli altri, anche la madre di infante di età inferiore ad anni uno, mentre il rinvio facoltativo originariamente pensato per la madre di prole di età non superiore ad un anno, è oggi fruibile, tra gli altri, anche dalla madre di prole di età inferiore ai tre anni.

¹² Il riferimento è al d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 di approvazione del "Nuovo regolamento di esecuzione della legge 354/75" in sostituzione del precedente d.p.r. 29 aprile 1976, n. 431.

¹³Per approfondimenti v. M. CROCELLÀ, C. CORADESCHI, *Nati in carcere. Dalla prigionia alla condizione sociale, la violenza sulla donna e sul bambino*, Milano, 1975, pp. 82 ss.

¹⁴E' bene ricordare che già il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 787 prevedeva la possibilità per i bambini di rimanere al fianco delle madri (art. 43).

¹⁵E' opportuno precisare che tale disciplina, originariamente contenuta nell'art. 11 commi 8 e 9 o.p., a seguito delle modifiche apportate dagli artt. 1 e 11 del d.lgs. 2 ottobre 2018, n.123 recante "Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'articolo

Dal canto suo, l'art. 19 reg. es. stabilisce, tra l'altro, che le camere che ospitano le gestanti e le madri con i bambini non debbano 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; e, inoltre, riconosce, ai minori la possibilità di svolgere, con il consenso della madre, attività formative e ricreative fuori dal carcere.

Infine, sin dall'entrata in vigore della legge del 1975, l'art. 50, ult. comma, o.p., riconosceva alle madri di prole di età inferiore ai tre anni, la possibilità di essere ammesse alla semilibertà¹⁶, un beneficio utile, ma incapace di assicurare quella continuità e stabilità del rapporto con il genitore fuori dal carcere che è condizione essenziale per uno sviluppo sereno e armonico della personalità dell'infante.

E' solo a partire dagli anni '80 che la sensibilità per tale profilo comincia ad affinarsi. In particolare, si deve alla legge Gozzini¹⁷ l'introduzione di una nuova misura alternativa: la detenzione domiciliare (art. 47 *ter* o.p.), misura che va a colmare una originaria lacuna dell'ordinamento penitenziario, che non contemplava modalità di espiazione intermedia tra l'esecuzione della pena in carcere, sia pure in regime di semilibertà, e l'espiazione della pena fuori dal carcere, mediante l'affidamento in prova e la liberazione condizionale.

Tale lacuna risultava ancora più evidente e insensata dopo l'entrata in vigore della l. 28 luglio 1984, n. 398 che aveva introdotto nel *corpus*, dell'allora vigente codice di procedura penale del 1930, l'istituto degli arresti domiciliari.

Accadeva che l'imputata agli arresti domiciliari, passata in giudicato la sentenza di condanna, dovesse proseguire, ove non sussistessero le condizioni per un rinvio dell'esecuzione, l'espiazione della pena in carcere, così vedendo peggiorare il suo *status* proprio nel momento in cui avrebbe dovuto presumersi un'attenuazione della

1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u) della legge 23 giugno 2017, n. 103, è oggi collocata nell'art. 11 comma 8 e nell'art. 14 comma 7 o.p.

¹⁶Si deve segnalare che l'art. 14 della l. 10 ottobre 1986, n. 663, nel sostituire l'art. 50 o.p., ha previsto una particolare modalità esecutiva della semilibertà per la detenuta madre. Più precisamente, ai sensi dell'art. 50, comma 7, o.p. se l'ammissione alla semilibertà riguarda una detenuta madre, ella ha il diritto di usufruire della casa per la semilibertà, secondo quanto previsto nel regolamento esecutivo. Sul punto v. G. CASAROLI, *La semilibertà*, in G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, n. 663*, Milano, 1987, p. 235.

¹⁷Si tratta della l. 10 ottobre 1986, n. 663 "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", adottata dopo dieci anni dalla riforma dell'Ordinamento penitenziario. Una delle novità più rilevanti di tale legge consiste nell'introduzione del concetto di flessibilità della pena. Si tratta cioè della possibilità di modulare e graduare la pena nel corso dell'esecuzione in modo tale da favorire il processo rieducativo del reo. La flessibilità si realizza attraverso una serie di strumenti, noti come i "benefici" della Legge Gozzini, la cui finalità è quella di consentire un graduale reinserimento del condannato nella società, sia tramite l'ampliamento delle opportunità di uscita temporanea dal carcere (lavoro all'esterno, permessi premio, semilibertà), sia attraverso l'ampliamento delle opportunità di esenzione, in tutto o in parte, dell'esecuzione penitenziaria stessa (affidamento in prova, detenzione domiciliare, liberazione anticipata e liberazione condizionale).

pericolosità e delle esigenze custodiali.

Attualmente, l'art. 47 *ter* o.p. prevede che la donna incinta, o la madre di prole¹⁸ di età inferiore a dieci anni¹⁹ con lei convivente, qualora debba scontare una pena non molto elevata (*ab origine* non superiore a due anni, ora quattro), ancorché residuo di maggior pena, possa avvalersi della detenzione domiciliare, da eseguirsi nella propria abitazione o in strutture di cura o assistenza²⁰.

L'inserimento di tale previsione dimostra come il legislatore consideri i compiti di assistenza ed educazione verso i bambini in tenera età tra le fattispecie idonee a bilanciare la pretesa punitiva dello Stato.

Pertanto, sebbene l'immediato oggetto di tutela di tale disposizione sia la condizione peculiare della donna in gravidanza, tradizionalmente protetta dal legislatore nel corso del processo come in fase esecutiva, il fatto che l'età del minore sia stata a più riprese innalzata, consentendo alla madre di accedere al beneficio fino al compimento dei dieci anni di età del figlio, dimostra come il legislatore abbia affinato la sua sensibilità verso una più ampia tutela dell'interesse del minore. Nondimeno una reale protezione di tale interesse dovrebbe prescindere dalla fissazione *a priori* di limiti di età per lasciare spazio alla possibilità di valutare concretamente le reali esigenze educative ed affettive del minore²¹.

La necessità di estendere la possibilità di una espiazione extramuraria anche a soggetti condannati a pene più lunghe ha indotto poi il legislatore a inserire nell'art. 47 *ter* o.p. la possibilità di ammettere a tale beneficio anche le condannate a pene eccedenti la misura fissata per la detenzione domiciliare ove ricorrano le condizioni per un rinvio dell'esecuzione a carattere obbligatorio o facoltativo (art. 47 *ter* comma 1 *ter* o.p.).

¹⁸Tale misura è fruibile anche dal padre a seguito dell'intervento della Consulta (Corte cost., 13 aprile 1990 (c.c. 4 aprile 1990), n. 215, cit.). La sentenza recupera argomenti già sviluppati dalla Corte costituzionale in una precedente pronuncia (Corte cost., 19 gennaio 1987, (ud. 28 ottobre 1986), n. 1, Pres. La Pergola, rel. Spagnoli) e successivamente recepiti dal legislatore del 1998 che ha introdotto la lett. b nell'art. 47 *ter* o.p., la quale riconosce l'accesso al beneficio espressamente anche al padre, qualora la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

¹⁹Si deve segnalare che l'età della prole è stata elevata, estendendo la gamma dei beneficiari, dapprima dalla l. 12 agosto 1993, n. 296 da tre a cinque anni e da ultimo, a dieci anni, dall'art. 4 della l. 27 maggio 1998, n. 165. Tale legge, nota come legge "svuota carceri", peraltro ha modificato l'art. 47-*ter* o.p., estendendo la possibilità di fruire della misura fino a condanne a "pene non superiori a quattro anni".

²⁰La possibilità di espiazione il *quantum* di pena indicato presso le case famiglia protette è stata riconosciuta dall'art. 3 comma 1 della l. 21 aprile 2011, n. 62.

²¹A tal proposito si deve segnalare che invece la Corte costituzionale ha escluso – fatta eccezione per i figli portatori di handicap (cfr. Corte cost., 5 dicembre 2003, (c.c. 1 ottobre 2003), n. 350 Pres. Chieppa, Rel. Contri, con nota di L. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2003, p. 3634) – che sia in sé censurabile la predeterminazione di un limite d'età massimo oltre il quale cessi la tutela del minore contro la carcerazione della madre o del padre (v. Corte cost., 24 gennaio 2017 n. 17, cit., con nota di M. CAREDDA, *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2017, p. 88).

Si tratta, anche in questo caso, di una modifica che soddisfa, per un verso, l'esigenza di effettività dell'espiazione della pena e di controllo dei soggetti pericolosi e, per altro verso, la necessità di assicurare una esecuzione mediante forme compatibili con il senso di umanità.

Evidente la *ratio* della previsione: evitare di interrompere il legame genitore figlio. In effetti, ove l'esecuzione della pena sia stata *ab origine* sospesa, l'esecuzione in ambiente domiciliare preserva la continuità di un rapporto che ha ragione di essere tutelato anche e (forse) soprattutto quando il genitore deve scontare una pena più lunga.

Sempre nell'ottica di apprestare una protezione adeguata al rapporto madre – figlio, il legislatore interviene poi con la l. 8 marzo 2001, n. 40 intitolata appunto “Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori”.

L'obiettivo dichiarato di tale legge era l'eliminazione della 'carcerazione degli infanti' nonché una maggiore tutela del bambino nella fase pre-adolescenziale, perseguita assicurando «l'assistenza materna in modo continuato ed in ambiente familiare»²².

Con questa riforma si intendeva evitare che alle detenute-madri si sommassero anche i "detenuti-bambini", prendendo atto che l'ingresso in carcere dell'infante, non solo non è risolutivo del problema, poiché comunque non fa che differire il distacco dalla madre, rendendolo semmai ancor più traumatico, ma è addirittura dannoso per lo sviluppo del bambino, che viene incolpevolmente a trovarsi collocato in un ambiente punitivo, povero di stimoli e connotato dalla privazione di autorevolezza della figura genitoriale²³.

Tale legge oltre ad ampliare l'ambito di operatività del differimento obbligatorio e facoltativo della pena²⁴, ha introdotto una nuova ipotesi di detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinqies* o.p.)²⁵ e inserito la possibilità di assistere la prole

²²Così si legge nella Relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997, in Atti Camera, XIII leg. stamp. n. 442.

²³«La rottura della relazione madre-figlio» si legge nella relazione che ha accompagnato il disegno di legge del ministro Finocchiaro prima di essere varato dal Consiglio dei Ministri «è sempre drammatica e si rivela particolarmente dannosa nei casi di pene lunghe, quando l'eventuale ripristino di un rapporto significativo è *necessariamente rimandato a un momento assai lontano nel tempo*».

²⁴Vedi nota 11.

²⁵La stessa legge ha introdotto anche la possibilità di ottenere una proroga della detenzione «speciale» al compimento del decimo anno di età della prole (art. 47-*quinqies*, comma 8, o.p.) quando «ricorrono i requisiti per l'applicazione della semilibertà di cui all'art. 50 commi 2, 3, e 5 » ovvero quando sia stato espia il *quantum* di pena richiesto per la concessione della semilibertà. Non pare rilevare invece ai fini della concessione di tale proroga l'adesione della detenuta al programma trattamentale, forse per la valenza rieducativa che la cura e l'assistenza del minore sembrano assumere agli occhi del legislatore, forse perché ad ispirare tale previsione è la volontà di impedire con ogni mezzo il rientro in carcere per espia il residuo di pena che non sarebbe in altro modo espia (L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8 marzo 2001, n. 40), in *Legislazione penale*, 2002, p. 559).

all'esterno (art. 21 *bis* o.p.)²⁶.

In merito alla 'speciale' ipotesi di detenzione domiciliare si deve evidenziare che è destinata ad operare quando non sussistano i limiti edittali indicati nell'art. 47 *ter* o.p. Infatti, considerato che l'età della prole resta invariata (inferiore a dieci anni) l'espressione «quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47 *ter* o.p.» non può ricevere altra interpretazione, mentre vengono specificate le soglie di pena utili per l'ammissione, cioè almeno un terzo della pena e almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. Sono previste due ulteriori condizioni, la prima è che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti; la seconda è che vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con il figlio. Al medesimo beneficio sono ammessi, ai sensi del successivo art. 47-*quinquies*, comma 7, i padri detenuti, qualora la madre sia «*deceduta o impossibilitata e non vi sia modo di affidare la prole ad altri che al padre*»²⁷.

Il regime è identico a quello della detenzione domiciliare e, dunque, la pena può essere scontata nella propria abitazione, o in altra privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, allo scopo di provvedere in modo adeguato ai figli. Il Tribunale di sorveglianza fissa le modalità di attuazione della misura, e può imporre restrizioni ai contatti e alle comunicazioni con persone diverse da quelle che coabitano o assistono la condannata. È da sottolineare il fatto che il Tribunale deve sempre stabilire il periodo che la persona può trascorrere all'esterno del domicilio. Infatti, essendo la misura specificamente finalizzata all'assistenza e alla cura dei figli, essa implica lo svolgimento di attività all'esterno, funzionali all'accompagnamento a scuola o al tempo libero dei minori²⁸.

3. L'istituto dell'assistenza all'esterno dei figli minori è volto ad assicurare la continuità del rapporto genitoriale in tutte quelle situazioni meritevoli di tutela in cui non sussistono i presupposti per accedere a misure alternative al carcere a carattere domiciliare.

La disciplina è modulata su quella del lavoro all'esterno²⁹, istituto destinato ad essere

²⁶Per un commento v. G. BELLANTONI, *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 1759; C. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8 marzo 2001, n. 40), cit., p. 547; L. KHRAISAT, sub art. 21 *bis* o.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Wolters Kluwer, 2017, vol. III, p. 2283; M.R. MARCHETTI, *Commento all' art. 21 bis o.p.*, in F. Della Casa - G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, p. 294.

²⁷La formulazione normativa in questione ripropone, pur senza le limitazioni derivanti dall'avverbio «assolutamente», la dizione inserita nel testo dell'art. 47-*ter*, comma 1, lett. b), o.p. dalla L. 27 maggio 1998, n. 165.

²⁸Vedi E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello "speciale interesse del minore"*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5/2017, pp. 872-880.

²⁹In merito all'istituto del lavoro all'esterno si vedano *ex plurimis* M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2010, p.185; L. FILIPPI- G. SPANGHER- M.F. CORTESI, *Manuale di*

impiegato per il raggiungimento di scopi ulteriori rispetto a quelli esplicitamente dichiarati nella norma. Si tratta di una modalità esecutiva diretta a consentire alla madre, che non riesca ad ottenere la detenzione domiciliare, di provvedere alla cura dei figli in un ambiente non carcerario per un periodo di tempo predeterminato nell'arco della giornata. Il nuovo istituto mira a contemperare le esigenze di difesa sociale con quelle umanitarie, la madre beneficiaria della misura continua a permanere in carcere ma, essendo la detenzione interrotta per un tempo determinato nell'arco della giornata il rapporto genitore-figlio può essere vissuto in un ambiente diverso dall'istituto di pena³⁰.

A giustificare l'applicazione del regime di cui all'art. 21bis o.p. è anche la considerazione che i compiti di cura e assistenza dei figli infradecenni hanno lo «stesso valore sociale e la stessa valenza rieducativa e risocializzante dell'attività lavorativa»³¹.

Per essere ammessi all'assistenza all'esterno dei figli minori occorre *in primis* che la misura sia prevista nel programma di trattamento proposto dal direttore del carcere e sottoposto all'approvazione del magistrato di sorveglianza che ne decreta l'esecutività.

Nell'esercitare il suo potere discrezionale il giudice tiene conto del tipo di reato commesso, della durata, effettiva o presunta, della misura privativa della libertà (considerato che la misura può essere applicata anche nei confronti di persone imputate), della residua parte di essa, nonché dell'esigenza di prevenire il pericolo che l'amnesso al beneficio all'esterno, commetta reati³².

Il provvedimento di ammissione contiene le prescrizioni da osservare durante il tempo trascorso fuori dal carcere, pena la revoca del beneficio, nonché le modalità temporali di esecuzione dello stesso, le quali, dovendo essere modulate sull'età e sulle esigenze specifiche della prole da assistere, potranno essere nel tempo soggette anche a modifiche.

La concessione della misura può riguardare anche il padre detenuto, ma solo in via residuale, ovvero qualora la madre sia deceduta o impossibilitata ed il minore non possa essere affidato ad altri.

Al padre è dunque riconosciuto un ruolo sussidiario non in linea con la *ratio* della previsione³³. Se lo scopo dell'istituto in esame è quello di tutelare il minore, salvaguardando il rapporto genitore-figlio, non è facile comprendere perchè la cura dei figli non possa essere attribuita al padre detenuto anche ove sussista la possibilità

diritto penitenziario, 4ed., Milano, 2016, p. 115; M.R. Marchetti, *Art. 21 ord. penit.*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 285.

³⁰In questi termini L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8 marzo 2001, n. 40)*, cit., p. 559.

³¹Così Relazione al d.d.l. d'iniziativa del dep. Finocchiaro, in *Atti Camera XIII leg. Stamp. n. 4426*.

³²V. art. 48 d.p.r. n. 230 del 2000, su cui P. CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 1318.

³³Sul punto v. G. BELLANTONI, *I limiti alla carcerazione in ragione dell tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, cit., p. 1767.

di affidare la prole ad altri.

L'estensione della disciplina prevista per il lavoro all'esterno comportava – almeno fino all'intervento della Corte costituzionale - che la possibilità di accedere alla misura in esame potesse essere circoscritta in ragione del titolo di reato, nonché del comportamento dell'interessata in punto di collaborazione con la giustizia, così come previsto dall'art. 21 comma 1 o.p.

Nello specifico, ove la richiesta fosse stata presentata da una madre condannata per uno dei delitti indicati nell'art. 4*bis*, comma 1, o.p. l'accesso al beneficio sarebbe dipeso esclusivamente dalla collaborazione attiva con la giustizia ai sensi dell'art. 58*ter* comma 1, fatta eccezione per i casi i cui questa fosse inesigibile, impossibile o oggettivamente irrilevante³⁴, ipotesi in cui era, invece, necessario che la richiedente avesse scontato un terzo della pena e comunque non oltre cinque anni, ovvero, nel caso di ergastolo, almeno dieci anni di reclusione.

Qualora la misura fosse stata richiesta da una condannata per uno dei delitti elencati ai commi 1 *ter* e 1 *quater* dell'art. 4 *bis* o.p. l'accesso al beneficio sarebbe dipeso dal soddisfacimento in via alternativa di una delle seguenti condizioni: l'aver scontato il limite di pena previsto dall'art. 21 o.p., l'aver prestato collaborazione attiva con la giustizia ai sensi dell'art. 58*ter* o.p.

Sono proprio queste limitazioni, non in linea con le finalità perseguite dall'istituto, ad essere state oggetto di censura da parte della Consulta.

4. La questione sulla quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi è se fosse rispettoso dei canoni costituzionali che tutelano la famiglia, la maternità e l'infanzia, prevedere che i requisiti per ottenere un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto tra madre e figli in tenera età, fossero identici a quelli prescritti per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno, il quale è esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato, senza immediate ricadute su soggetti diversi da quest'ultimo.

Il percorso era in qualche modo già tracciato e, dunque, la soluzione obbligata.

In effetti, quanto alla possibilità di subordinare l'accesso ai diversi benefici alla collaborazione, la Corte aveva già avuto modo di precisare che seppure l'incentivazione di tale condotta, quale strategia di contrasto con la criminalità organizzata possa perseguirsi impedendo la fruizione di benefici penitenziari, ciò non risulta legittimo quando una simile strategia non si limita a produrre effetti solo sulla condizione individuale del detenuto, ma, finisce per incidere anche su terzi, e in particolare su soggetti come i minori in tenera età, ai quali la Costituzione esige siano garantite le condizioni per il migliore e più equilibrato sviluppo fisico.

Ciò non significa che l'interesse del minore a beneficiare in modo continuativo

³⁴Sul punto v. Corte cost., 27 luglio 1994, (c.c. 8 giugno 1994), n. 357, Pres. Casavola, Rel. Spagnoli; Corte cost., 1 marzo 1995, (ud. 7 febbraio 1995), n. 68, Pres. Casavola, Rel. Vassalli; Corte cost., 22 aprile 1999, (c.c. 10 febbraio 1999), n. 137, Pres. Granata, Rel. Vassalli; Corte cost., 1 dicembre 1999, (c.c. 13 ottobre 1999), n. 436, Pres. Vassalli, Rel. Onida.

dell'affetto e delle cure materne sia oggetto di una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena, che godono di pari copertura costituzionale. Piuttosto «occorre che la sussistenza e 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». ³⁵

Tali considerazioni riferite all'assistenza all'esterno dei figli minori conducono la Corte a ravvisare nella previsione dell'art. 21 *bis* o.p. un contrasto con l'art. 31 comma 2 Cost. giacché, «subordinare la concessione di tale beneficio alla collaborazione con la giustizia significa condizionare in via assoluta e presuntiva la tutela del rapporto tra madre e figlio in tenera età ad un indice legale del "ravvedimento" della condannata. E se pur ciò sia possibile [...] laddove [il beneficio] [...] abbia di mira in via esclusiva la risocializzazione dell'autore della condotta illecita, [così non è] quando al centro della tutela si trovi un interesse "esterno" e in particolare il peculiare interesse del figlio minore, garantito dall'art. 31, secondo comma, Cost.».

In questi casi il sacrificio del superiore interesse del minore non può essere decretato al di fuori di ogni margine di apprezzamento giudiziale della singola situazione, e ciò a prescindere dalla solidità delle basi poste a fondamento della prevalenza accordata *ex lege* una volta per tutte, alle istanze sottese alla carcerazione materna. Secondo la Corte poi l'art 21*bis* o.p. si poneva in contrasto con l'art. 31 comma 2 Cost. anche per le conseguenze che determinava in capo alle madri detenute per le quali l'accesso al beneficio risultava subordinato all'espiazione di una parte di pena. In tali casi, infatti, l'amministrazione penitenziaria prima, e il giudice poi si trovavano al cospetto di una presunzione assoluta e insuperabile, non essendo loro concesso di bilanciare in concreto, a prescindere da indici legali presuntivi, le esigenze di difesa sociale rispetto al migliore interesse del minore.

Ciò è in contrasto con i principi affermati in altra occasione dalla stessa Corte, secondo i quali se il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, nega in radice l'accesso della madre a modalità agevolate di espiazione della pena, impedendo al giudice di valutazione concreta che tenga conto dell'interesse del minore in tenera età, si è al cospetto di un automatismo che comporta il totale sacrificio di quell'interesse.

5. Con la sentenza in esame la Corte conferma un *trend* volto a ridisegnare la disciplina della carcerazione per i genitori di figli infanti, avendo riguardo all'interesse superiore del fanciullo, così come imposto dagli strumenti nazionali e sovranazionali di tutela dei minori.

Ci si riferisce da un lato all'art. 31, secondo comma, della Costituzione e, dall'altro all'art. 3, comma 1, della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia nel 1991, e all'art. 24 della Carta di Nizza, norme che esigono che in tutte

³⁵In questo senso Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit.

le decisioni dell'autorità pubblica che riguardino un minore sia riconosciuta una preminente considerazione all'interesse superiore del fanciullo³⁶.

Se ciò impongono le fonti non vi è spazio per automatismi preclusivi che risolvono a svantaggio del condannato (e di riflesso del minore) il bilanciamento di interessi contrapposti. Quando l'accesso ad una misura alternativa costituisce, soprattutto, seppure non solo, lo strumento per preservare il rapporto genitoriale, deve sempre essere possibile una verifica in concreto dei valori in gioco per assicurare, ove possibile, la prevalenza degli interessi del minore.

La Corte censura la presunzione assoluta, non in quanto irragionevole, ma per la sua stessa esistenza alla luce del principio per cui lo statuto costituzionale di protezione del minore infante esige sempre, e comunque, un bilanciamento in concreto tra esigenze di sicurezza collettiva e interesse alla preservazione del rapporto genitoriale.

In altre parole, essa considera illegittima ogni presunzione non superabile che impedisca l'applicazione a casi determinati in astratto di misure volte a favorire lo sviluppo della relazione parentale o imponga, in casi altrettanto determinati, l'applicazione di misure idonee a recidere il vincolo genitoriale.

Per effetto di tale pronuncia l'interesse del minore a ricevere le opportune cure in un ambiente diverso dal carcere, non è reso oggetto di una protezione assoluta ma, sgombrato il campo da ogni automatismo, e rimessa ogni valutazione all'apprezzamento giudiziale, potrà in concreto imporsi oppure recedere a seconda delle singole situazioni³⁷.

³⁶Per un quadro generale sul principio del “*best interest of the child*” v. E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, Milano, 2016, pp. 19-29 nonché V. LORUBBIO, *L'evoluzione giurisprudenziale del best Interest of the Child tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Editoriale scientifica*, n. 2/2014, pp. 343-362, consultabile all'indirizzo internet www.editorialescientifica.com

³⁷ Vedi G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcere: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Rivista italiana diritto processuale penale*, 2013, p. 58, il quale, risponde alle obiezioni di chi si oppone alla rimozione delle presunzioni ostative all'applicazione di istituti volti alla decarcerazione, affermando che ciò non implica l'automatica sottrazione del soggetto al circuito penitenziario ma soltanto che «bisogna vagliare e vaglierà il magistrato caso per caso, se ci sono i presupposti per evitare il carcere, semplicemente questo».