

***La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta
nel suo rapporto con la prole***

Note a margine della sentenza n. 18 del 2020

di Anna Lorenzetti – Ricercatrice di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bergamo

ABSTRACT: This paper examines Decision no. 18 of 2020 of the Italian Constitutional Court. This judgement extends the possibility of a special regime of home detention (“*detenzione domiciliare speciale*”), which can be granted to mothers of children younger than 10 years of age, to the mother of a totally disabled dependent child of any age. The paper explores the case-law and the argument of the Court, and the balancing of rights and freedoms involved in this Decision: the protection of maternity and the child’s right to preserve the relationship with and receive care from her imprisoned mother, on the one side; the social defence and the fight of criminality, on the other. The paper explains how the Court has recognised a violation of the constitutional principles of equality, reasonableness and protection of the fundamental rights of the person (Arts. 2 and 3 of the Italian Constitution), and of the protection of maternity (Art. 31, par. 2). Consistently with this case-law, the Court, in Decision no. 18 of 2020, extends the special regime of home detention to the case of a disabled child who, regardless of their age, is in a vulnerable physical and psychological condition. In conclusion, the paper concludes with a criticism of the complex problem of the detention of a mother and its impact on an innocent child.

· Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi. – 2. La questione di legittimità costituzionale: oggetto, parametro, argomentazioni. – 3. La decisione della Consulta. – 4. Il punto sullo stato dell'arte.

1. Brevi cenni introduttivi

Il presente lavoro intende analizzare la decisione con cui il giudice delle leggi è recentemente intervenuto sulla condizione della maternità reclusa, dichiarando incostituzionale la preclusione nell'accesso alla detenzione domiciliare speciale in caso di un figlio totalmente disabile di età superiore al limite fissato per tale istituto¹.

La questione di costituzionalità aveva trovato scaturigine dalla vicenda di una donna, cui era stata rigettata l'istanza di detenzione domiciliare speciale; condannata a una lunga pena per reati di associazione a delinquere di tipo mafioso, estorsione continuata e ricettazione², la donna era madre di una ragazza allora di quindici anni affetta da grave disabilità³, il cui intero nucleo familiare si trovava in regime di detenzione.

La motivazione alla base del rigetto da parte del giudice della sorveglianza si fondava sul limite di età della prole che, per l'accesso all'istituto della detenzione domiciliare speciale, la legge fissa in dieci anni, senza alcuna possibilità di equiparare il caso di un figlio disabile al cento per cento.

Contro il rigetto era stato proposto ricorso presso la Corte di Cassazione che ha ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale cui si deve la pronuncia in esame⁴.

2. La questione di legittimità costituzionale: oggetto, parametro, argomentazioni

L'oggetto del giudizio di costituzionalità è individuato nella disposizione in materia di detenzione domiciliare speciale nella parte in cui non ne consente la concessione anche nei confronti della madre di prole affetta da disabilità totalmente invalidante⁵.

¹ Ex art. 47-*quinquies*, co. 1, l. 26 luglio 1975, n. 354, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», d'ora in avanti o.p.

² Come fine pena (inflitta il 30 aprile 2015), la madre detenuta aveva infatti il 13 novembre 2024.

³ Si fa riferimento alla nozione di "handicap grave", ex art. 3, co. 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, «Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate».

⁴ R.o. n. 109 del 2019, pubblicata in G.U. 28, prima serie speciale, anno 2019.

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* ripercorre la decisione del tribunale di sorveglianza, confermando la correttezza della verifica – effettuata sulla base delle deduzioni e della documentazione della madre, nonché di una perizia appositamente disposta – circa lo stato di disabilità fisica non reversibile della minore, impossibilitata a deambulare e bisognosa dell'aiuto permanente di un accompagnatore. Precisa inoltre come il diniego della misura alternativa alla detenzione non fosse motivato in base della tipologia dei reati ostativi che ne precludevano l'accesso⁶, né per la mancata espiazione di una parte della pena comminata per tale tipologia di reati, previsioni dichiarate incostituzionali per l'irragionevolezza dell'automatismo⁷. L'unica motivazione del rigetto era stata piuttosto individuata nella disposizione di legge che prevede la

⁵ Art. 47-*quinquies*, co. 1, o.p.

⁶ Si tratta dei reati *ex art. 4-bis* o.p.

⁷ V. rispettivamente Corte cost. 239/2014 e Corte cost. 76/2017. Nella prima delle due pronunce, oggetto della questione era la previsione del regime di rigore per chi avesse commesso dei c.d. “reati ostativi”, senza consentire di escludere dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare speciale e ordinaria, prevista dalla legge a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni, in assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Di commento, v. A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, n. 3/2014; M.T. TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. Pen.*; L. PACE, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3948 ss.; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3940 ss.; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 3, 2015; U. ZINGALES, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in *Minorigiust.*, 2/2015, 186 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27.10.2014; F. CASSIBBA, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in *Arch. pen.* In Corte cost. 76/2017, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, o.p., limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*», laddove dunque prevedeva l'automatica preclusione per l'accesso alla detenzione domiciliare speciale di chi avesse commesso reati c.d. “ostativi”. Di commento, v. 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*, *Dir. Pen. cont.*, 5/2017, 321 ss.; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost.*, 2017, 733; A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1047; L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi legislativi alla luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in *Studium Iuris*, 2017, 1453; D. MONE, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in *Diritto pubblico europeo*, Rassegna online, 2, 2017; M. TIBERIO, *La detenzione domiciliare speciale nella lettura della Corte costituzionale*, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 6, 2017, 593 ss.; S. TOGNAZZI, *La detenzione domiciliare della madre: bilanciamento tra tutela della collettività e tutela del minore*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2018, 1034 ss.; E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello “speciale interesse del minore”*, in *Processo penale e giustizia*, 5/2017, 872.

detenzione domiciliare speciale soltanto per la madre di prole di età non superiore a dieci anni⁸, non ritenendo possibile l'equiparazione con una disabilità totalmente invalidante, poiché le funzioni cognitivo-comportamentali della figlia erano corrispondenti alla sua età.

Sulla base dei precedenti propri e della giurisprudenza della Corte costituzionale⁹, come pure di argomenti di natura testuale e di valutazioni di carattere storico-sistematico, il giudice di legittimità aveva così escluso la possibilità di una simile interpretazione estensiva, sollevando la *quaestio*.

Il parametro di costituzionalità individuato dal giudice *a quo* è, *in primis*, l'art. 3, co. 1, Cost., per la «intrinseca irragionevolezza di un sistema rigidamente legato all'età del minore, in cui, ai fini della concessione della detenzione domiciliare in esame, non si consenta affatto di apprezzare l'esistenza di situazioni omogenee a quella espressamente regolata, in cui si palesi la medesima necessità di assicurare al figlio l'effettiva presenza, e il pregnante sostegno, del genitore, quali sono le situazioni in cui il figlio appaia portatore di un handicap totalmente invalidante»¹⁰. La piena equiparabilità delle due situazioni sarebbe confermata, secondo il giudice *a quo*, da «indici legislativi, emersi in sede di ulteriore aggiornamento del diritto penitenziario», ad esempio in materia di visita del genitore detenuto al minore infermo, cui è equiparato il figlio disabile non minore¹¹, estensione non prevista per la detenzione domiciliare speciale.

È, inoltre, denunciato il supposto contrasto con gli artt. 3, co. 2 e 31, co. 2 Cost., in ragione dell'indebita compressione delle finalità della misura alternativa, mediante l'irragionevole preclusione in caso di figlio disabile di età superiore ai dieci anni, che compromette il valore di promozione della personalità umana, in potenziale contrasto con il «programma costituzionale»¹².

In punto di rilevanza, il giudice *a quo* ricorda come la sola opzione di garanzia della prole è l'accoglimento della questione da cui deriverebbe l'annullamento con rinvio del rigetto dell'istanza di accesso alla detenzione domiciliare che consentirebbe al giudice della sorveglianza di valutare, in

⁸ Art. 47-*quinquies*, co. 1, o.p.

⁹ Corte cost. 350/2003; Cass., sez. I pen., 19.12.2017-5.6.2018, n. 25164.

¹⁰ Si tratta dell'argomentazione che ha condotto a Corte cost. 350/2003.

¹¹ Si cita la l. 16 aprile 2015, n. 47, «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità», che estende le visite al minore infermo da parte del genitore detenuto anche al figlio, al coniuge o convivente affetto da handicap in situazione di gravità (art. 21-*ter* o.p.).

¹² Si tratta, anche in questo caso, delle argomentazioni che avevano condotto alla pronuncia Corte cost. 350/2003.

autonomia, l'assenza di pericolosità sociale della richiedente e la sua adeguatezza genitoriale rispetto alla finalità rieducativa¹³.

Quanto all'apparato argomentativo, il giudice *a quo* ripercorre i passaggi che avevano alimentato la pronuncia del giudice delle leggi sulla detenzione domiciliare ordinaria¹⁴, alla luce della omogenea funzione dell'istituto volto a favorire il pieno sviluppo della personalità del figlio della persona detenuta attraverso la realizzazione del suo interesse a realizzare un rapporto quanto più normale possibile con il genitore. Come precedentemente la previsione in materia di detenzione domiciliare ordinaria, già dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 350 del 2003, anche la disposizione sulla detenzione domiciliare speciale contempla infatti la possibilità di un trattamento sanzionatorio che non interrompa il *continuum* educativo-assistenziale del genitore con il figlio soltanto nel caso di prole di età inferiore a dieci anni. Nessuna possibilità è invece prevista in caso di disabilità della prole, laddove peraltro il riferimento all'età non pare assumere un rilievo dirimente, poiché la salute psico-fisica sarebbe parimenti pregiudicata dall'impossibilità della madre nel fornire le cure e l'assistenza che sono necessarie a prescindere dal dato anagrafico.

Proprio in ragione dell'asimmetria generata fra figli di età inferiore ai dieci anni e figli totalmente disabili, il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale della differente formulazione per la detenzione domiciliare ordinaria e speciale, istituti che condividono la medesima finalità di garantire la cura e l'assistenza da parte della madre¹⁵.

3. La decisione della Consulta

Con una pronuncia additiva, la Corte dichiara l'illegittimità della disposizione nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche alle donne condannate con figli affetti da handicap grave accertato¹⁶.

¹³ Si tratta di verifiche che la costante giurisprudenza di legittimità ha ritenuto dovute: Cass., sez. I pen., 19.7.2018-16.10.2018, n. 47092; 19.12.2017-5.6.2018, n. 25164; 7.3.2013-19.9.2013, n. 38731.

¹⁴ Corte cost. 350/2003, relativa alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), o.p.; si richiama anche Corte cost. 239/2014.

¹⁵ Nel giudizio è intervenuta la parte privata mentre non è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri. Udienda pubblica svoltasi il 15 gennaio 2020, relatrice la presidente Marta Cartabia.

¹⁶ Ex art. 3, co. 3, l. 104/1992.

Il giudice delle leggi avvia il proprio *iter* argomentativo dapprima ripercorrendo lo stato dell'arte della normativa che, sulla tutela della maternità reclusa, ha visto un progressivo ampliamento della detenzione domiciliare ordinaria¹⁷ e speciale¹⁸, consentendo alle donne recluse di scontare la pena *extra moenia* al ricorrere di alcune condizioni e di mantenere così un rapporto con la prole¹⁹.

La Corte richiama il proprio precedente con cui ha riconosciuto l'accesso alla detenzione domiciliare ordinaria alle madri condannate conviventi con un figlio portatore di disabilità totalmente invalidante, anche se di età superiore ai dieci anni, con l'obiettivo di favorire «le esigenze di sviluppo e formazione del bambino il cui soddisfacimento potrebbe essere gravemente pregiudicato dall'assenza della figura genitoriale»²⁰. Infatti, «il riferimento all'età non può assumere un rilievo dirimente, in considerazione delle particolari esigenze di tutela psico-fisica il cui soddisfacimento si rivela strumentale nel processo rivolto a favorire lo sviluppo della personalità del soggetto. La salute psico-fisica di questo può essere infatti, e notevolmente, pregiudicata dall'assenza della madre, detenuta in carcere, e dalla mancanza di cure da parte di questa, non essendo indifferente per il disabile grave, a qualsiasi età, che le cure e l'assistenza siano prestate da persone diverse dal genitore». Il figlio totalmente disabile mantiene infatti un «perdurante bisogno di cura e di assistenza da parte dei genitori», anche dopo il compimento dei dieci anni di età, facendo emergere l'irragionevolezza del «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

¹⁷ Art. 47-ter, co. 1, lett. a), o.p. Tale istituto è applicabile quando la madre debba scontare la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto.

¹⁸ Art. 47-quinquies, co. 1, o.p. invece non prevede un limite di pena, potendo la detenzione domiciliare speciale essere fruita anche dalle madri condannate a pene detentive superiori a quattro anni o che devono ancora scontare più di quattro anni di reclusione, a condizione però che i figli non abbiano superato i dieci anni di età.

¹⁹ Come noto, il tema ha attraversato le diverse riforme penitenziarie, dapprima con la l. 8 marzo 2001, n. 40, «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», che ha introdotto la disciplina della detenzione domiciliare speciale, ex art. 47-quinquies o.p., poi modificata nuovamente con l. 21 aprile 2011, n. 62, recante «Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori»; successivamente, il legislatore ha approvato una nuova riforma in un ambito in cui era nel frattempo intervenuta la Corte costituzionale (350/2003), ma rispetto a cui si è ritenuta l'addizione da essa introdotta come riferita anche alla nuova disposizione, che riproduce la medesima norma dichiarata incostituzionale; così art. 7, co. 3, l. 5 dicembre 2005, n. 251, recante «Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione».

²⁰ Corte cost. 350/2003; pt. 3.2 e 3.3, CID, Corte cost. 18/2020.

un bambino di età inferiore agli anni dieci». Nella pronuncia del 2003, la violazione della seconda disposizione dell'art. 3 Cost. veniva poi rilevata sulla base della constatazione per cui la detenzione domiciliare è volta a «favorire il pieno sviluppo della personalità del figlio», sicché «la possibilità di concedere la detenzione domiciliare al genitore condannato, convivente con un figlio totalmente handicappato, appare funzionale all'impegno della Repubblica, sancito nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità»²¹.

Oltre a richiamare l'adesione del giudice di legittimità a tale ricostruzione, poiché l'assenza della madre per il figlio gravemente invalido, costituisce «un pregiudizio ancora più grave» di quanto non lo sia per il figlio sano di età inferiore ai dieci anni²², la Corte richiama altresì le proprie posizioni sulla detenzione domiciliare speciale in cui «assume rilievo prioritario la tutela di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, qual è il minore»²³.

Ricorda inoltre di aver già rilevato l'obiettivo della detenzione domiciliare ordinaria e speciale volte non solo alla rieducazione del condannato, ma “primariamente” a consentire la cura dei figli e a preservarne il rapporto con la madre²⁴.

La Corte argomenta la decisione ricordando come la tutela della maternità, o meglio del legame tra madre e figlio, non possa considerarsi esaurita dopo le prime fasi di vita del bambino, dovendosi prioritariamente assumere la prospettiva di chi, incolpevole e bisognoso del rapporto quotidiano e delle cure della madre detenuta, in condizioni di particolare vulnerabilità fisica e psichica indipendentemente dall'età, verrebbe a patire di tale esclusione. Peraltro, rileva pure come nei casi di disabilità grave il bisogno di cura aumenti e non diminuisca con l'aumentare dell'età, poiché le condizioni di vita e di salute tendono ad aggravarsi e acuirsi, palesando l'illegittimità costituzionale di un limite nell'accesso a un beneficio penitenziario in ragione di un parametro meramente anagrafico²⁵.

Nel valorizzare le relazioni umane, specie di tipo familiare, quali fattori determinanti per il pieno sviluppo e la tutela effettiva delle persone più fragili, le argomentazioni della Corte richiamano il

²¹ Corte cost. 350/2003.

²² Cass., sez. I pen., 18.9.2015-13.10.2015, n. 41190.

²³ Corte cost. 76/2017; 239/2014. Pt. 3.3, CID, Corte cost. 18/2020.

²⁴ Corte cost. 211/2018; 177/2009 (per la equiparazione delle due misure sotto il profilo delle finalità perseguite dalla legge e del loro contenuto, pur nella differenza dei presupposti per la loro applicazione). Pt. 3.3, CID, Corte cost. 18/2020.

²⁵ Pt. 5 CID, Corte cost. 18/2020.

principio personalista²⁶. Rispetto ai “soggetti deboli” la cui tutela richiede anche «la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana»²⁷, il giudice delle leggi argomenta in nome del diritto del minore di «ricevere assistenza nell’ambito della sua comunità di vita» che rappresenta «il fulcro delle tutele apprestate dal legislatore e finalizzate a rimuovere gli ostacoli suscettibili di impedire il pieno sviluppo della persona umana»²⁸.

Per tale via, in ragione della finalità comune alle misure della detenzione domiciliare ordinaria e speciale di garantire una tutela a un soggetto debole estraneo alle vicende che hanno portato alla condanna, la Corte ritiene costituzionalmente illegittima la preclusione della detenzione domiciliare speciale per le madri con figli di età superiore ai dieci anni, ma affetti da disabilità totalmente invalidante. Al giudice è rimessa la valutazione degli ulteriori requisiti per la concessione della detenzione domiciliare speciale (ossia la mancata sussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga²⁹), attraverso il bilanciamento che deve tenere conto delle esigenze di cura del disabile, ma anche di quelle, definite “parimenti imprescindibili”, della difesa sociale e del contrasto alla criminalità³⁰.

4. Il punto sullo stato dell’arte

Con un intervento di natura additiva, la Corte ha dunque ampliato le possibilità di accesso alla detenzione domiciliare speciale anche in caso di prole di età superiore ai dieci anni, ma totalmente disabile, incentrando le proprie argomentazioni sulla necessità di valutare il caso concreto, ossia la

²⁶ Pt. 6 CID, Corte cost. 18/2020. Nel ricordare la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, c.d. Convenzione di New York, del 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con l. 3.3.2009, n. 18, si richiamano Corte cost. 83/2019; 2/2016.

²⁷ Corte cost. 203/2013.

²⁸ Corte cost. 232/2018. Si tratta peraltro di conclusioni che la Corte rafforza riferendosi alla c.d. legge del “Dopo di noi”, l. 22 giugno 2016, n. 112, «Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare». Pt. 6 CID, Corte cost. 18/2020.

²⁹ Artt. 47-*quinquies*, co. 1 e 1-*bis*, o.p.

³⁰ In proposito, sono richiamati i precedenti Corte cost. 99 e 187/2019; 211/2018; 76/2017; 239/2014. Il giudice delle leggi ricorda inoltre come la Corte di Cassazione richieda esplicitamente che i provvedimenti di valutazione delle istanze di detenzione domiciliare della madre condannata debbano dare conto di avere compiuto la necessaria «verifica comparativa complessa», bilanciando in concreto le esigenze della sicurezza e della difesa sociale con quelle del soggetto debole diverso dal condannato e particolarmente bisognoso di assistenza da parte della madre (Cass., sez. I pen., 27.3.2019-17.6.2019, n. 26681; Cass., sez. I pen., 10.10.2017-24.11.2017, n. 53426; ma Cass., sez. I pen., 7.3.2013-19.9.2013, n. 38731).

concretezza della vicenda e gli ulteriori requisiti previsti per la concessione della misura alternativa. Alcn accenno è stato operato in ordine a una possibile presunzione di inidoneità genitoriale in ragione della commissione dei reati³¹, aspetto di cui era stato segnalato il rischio di tradursi in un meccanismo di pressione sul genitore, ad esempio, ai fini della collaborazione³².

Nello scardinare l'automatismo che collegava soltanto all'età della prole il possibile accesso alla detenzione domiciliare speciale, quale soglia di (non) garanzia della cura che la madre può garantire al minore disabile, la Corte non ha però assolutizzato il riconoscimento. È infatti rimasto intatto il margine di valutazione del giudice della sorveglianza cui è richiesto di verificare il bilanciamento tra la tutela della maternità e del minore e le contrapposte esigenze richiamate dalla Corte (difesa sociale e contrasto alla criminalità), per come si pongono nel caso concreto.

Nel mantenere vivo il potere del giudice di valutare il caso concreto, la Corte ha così reso la disposizione più "porosa", in grado di adeguarsi alla vicenda concreta e alle condizioni dei suoi protagonisti.

³¹ V. J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, L'edizioni, Milano, 2018, 114 ss., riferisce di una presunzione forte di incompetenza del genitore che commette alcune tipologie di reato quale scelta in contrasto con il dovere di educare i figli alla legalità; G. MANTOVANI, *La de-carcerizzazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive*, in *Dir. Pen. cont.*, 1/2018, 231-232, ricorda però come neppure la matrice mafiosa del delitto può attestare, in sé, l'inidoneità quale genitore, piuttosto dovendosi attivare gli organismi di riferimento per la tutela del minore (239).

³² In tema di sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 569 c.p., allora potestà genitoriale), v. Corte cost. 723/1988 che, in un primo momento, aveva avallato l'automatismo sanzionatorio, riconoscendo poi centralità al minore e ai suoi interessi. Era stata così dichiarata l'illegittimità della disposizione che prevedeva come automatica la perdita della responsabilità genitoriale, senza possibilità alcuna per il giudice di valutare il caso concreto (Corte cost. 31/2012, su cui v. J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 114 ss.; L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1585; S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, 597; G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 febbraio 2012; M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 377; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909). V. anche Corte cost. 7/2013, ancora in occasione del vaglio di legittimità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevedeva che alla condanna pronunciata nei confronti del genitore ritenuto responsabile del delitto di soppressione di stato, art. 566, co. 2, c.p., conseguisse la perdita di diritto della responsabilità genitoriale; di commento, v. S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 554; M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p. sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 2013, 176; V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2, 2013, 199. V. le due Risoluzioni del CSM del 31 ottobre 2017 e del 27 luglio 2006.

La pronuncia in commento si innesta, in sostanziale continuità, lungo la scia tracciata dal giudice delle leggi, da un lato, in ambito penitenziario, e dall'altro in materia di disabilità su cui da decenni è copiosamente intervenuta in chiave di consolidamento delle tutele³³.

In materia penitenziaria, la Corte si è significativamente orientata verso una specifica configurazione della pena e della sua esecuzione, andando a dare forma a una sorta di statuto della persona reclusa, attraverso tre assi di intervento che riguardano la proporzionalità della pena³⁴, la sua stretta individualizzazione³⁵ e la valorizzazione del tempo della pena come tempo per la persona attraverso la risocializzazione³⁶; sono così stati scardinati i rigidi automatismi³⁷, limitando la pena alla sua misura minima indispensabile perché si orienti al recupero della persona, alla riconciliazione, al reinserimento sociale e alla riparazione³⁸.

Anche rispetto allo specifico tema della maternità reclusa, vero e proprio ossimoro, in ragione dell'incompatibilità dell'assolvimento della funzione genitoriale nell'odierno contesto penitenziario³⁹, la Corte si è posta in sostanziale continuità con i propri precedenti. Nella giurisprudenza precedente, aveva infatti riconosciuto l'interesse prioritario e particolarmente

³³ Copiosa la giurisprudenza costituzionale: v. almeno Corte cost. 215/1987; 325/96; 246/97; 226/2001; 233/2005; 158/2007; 19/2009; 80/2010; 203/2013.

³⁴ *Inter alia*, Corte cost. 255 e 257/2006; 299/1992.

³⁵ Corte cost. 149/2018; 90/2017; 255 e 257/2006; 436/1999; 306/1993; 282/1989.

³⁶ La c.d. "risocializzazione" – unico riferimento testuale in Costituzione quanto alla finalità della pena, *ex art. 27, co. 3* – è stata diversamente declinata dal giudice delle leggi come «reinserimento nell'ordine sociale» (Corte cost. 168/1972); «reinserimento del reo nel contesto economico e sociale» (Corte cost. 126/1984); «reinserimento nel corpo sociale» (Corte cost. 274/1983); «risocializzazione» (Corte cost. 450/1998); «ravvedimento» o «recupero sociale» (Corte cost. 271/1998); «riadattamento alla vita sociale» (Corte cost. 204/1974); acquisizione di «valori fondamentali della vita sociale» (Corte cost. 138/2001). V. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale, intervento nell'ambito del Master "Diritto penitenziario e Costituzione"*, disponibile in: https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni_Maria_Flick-I_diritti_dei_detenuti_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf.

³⁷ Corte cost. 40 e 253/2019; 149/2018; 78/2007; 418/1998; 161 e 173/1997; 186/1995; 306/1993; 282/1989.

³⁸ La giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato come la finalità rieducativa della pena concorre con l'obiettivo di prevenzione generale e di difesa sociale. Il legislatore può far prevalere ora l'una, ora l'altra, senza tuttavia poterne del tutto escludere alcuna (*inter alia*, v. Corte cost. 183/2011; Corte cost. 179/2017, che richiama anche la riparazione), senza però che possa ammettersi il suo carattere afflittivo (Corte cost. 313/1990).

Anche la giurisprudenza convenzionale ha riconosciuto nella pena un obiettivo multiplo nei termini di "*punishment, deterrence, public protection and rehabilitation*", da ultimo in *Hutchinson c. the United Kingdom*, 17 gennaio 2017, par. 43 (ricorso n. 57592/08), ma anche in *Murray c. The Netherlands*, 26 aprile 2016 (ricorso n. 10511/10); *Khoroshenko v. Russia*, 30 giugno 2015 (ricorso n. 41418/04); *Vinter and others c. United Kingdom*, 9 luglio 2013, (ricorso n. 66069/09); *James, Wells and Lee c. UK*, 8 settembre 2012 (ricorsi nn. 25119/09, 57715/09 and 57877/09); *Maiorano e altri c. Italia*, Sez. II, 15 dicembre 2009 (ricorso n. 28634/06); *Dickinson v. United Kingdom*, 4 dicembre 2007 (ricorso n. 44362/04); *Mastromatteo c. Italy*, 24 ottobre 2002 (ricorso 37703/97).

³⁹ Per un inquadramento generale, v. D.M. SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto pen.*, Agg., vol. IX, Utet, Torino, 2016, 242 ss. Avevo definito un "irriducibile ossimoro" il binomio maternità e carcere nel mio *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2, 2019.

meritevole di protezione del minore, attraverso l'ampliamento delle tutele per la creazione o il mantenimento del rapporto tra madri detenute e figli in tenera età che dovrebbe essere quanto più possibile "normale"⁴⁰. Limpida continuità emerge con la pronuncia con cui è stata dichiarata incostituzionale la previsione che, ferma restando l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, nel prevedere un regime di rigore per le autrici dei c.d. "reati ostativi", non consentiva di escludere dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare speciale e ordinaria, prevista dalla legge a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni⁴¹.

Una linea di continuità si ravvisa pure rispetto al precedente – copiosamente richiamato nelle argomentazioni della pronuncia in commento – con cui la Corte aveva esteso la possibilità della detenzione domiciliare ordinaria anche in presenza di un figlio totalmente disabile convivente con la madre condannata, a prescindere dall'età, in ragione della primazia nel tutelare la posizione giuridica di un soggetto debole⁴². Non è dunque la protezione della maternità *ex se* ad avere un peso decisivo nelle argomentazioni della Corte quanto piuttosto la continuità delle cure e dell'assistenza da parte della genitrice detenuta laddove la loro interruzione rischi di impattare negativamente sul benessere del figlio. La medesima argomentazione aveva pure condotto all'estensione anche al padre della possibilità di accesso alla detenzione domiciliare in presenza di prole di età inferiore ai tre anni, in assenza della madre per decesso o per assoluta impossibilità ad adempiere la funzione di cura del minore⁴³. In particolare, tale decisione era fondata sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sul dovere-diritto dei genitori di cura della prole con pari responsabilità, sulle provvidenze che la legge deve disporre affinché siano assolti i compiti dei genitori nei casi di loro incapacità, sulla tutela dell'infanzia che chiede alla Repubblica di favorire gli istituti necessari a tale scopo. L'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, era così stato considerato di speciale

⁴⁰ Corte Cost. 239/2014; 177/2009; 350/2003; 76/2017. V. D.M. SCHIRÒ, *L'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11, 2018, 119, che analizza la giurisprudenza costituzionale nella prospettiva del minore coinvolto.

⁴¹ Corte cost. 239/2014, art. 4-bis, co. 1, o.p.

⁴² Corte cost. 350/2003.

⁴³ Corte cost. 215/1990 art. 47-ter, co. 1, n. 1, o.p. V. anche Corte cost. 211/2018.

rilevanza in quanto articolato in diverse situazioni giuridiche, il cui riconoscimento è radicato sia nell'ordinamento internazionale sia in quello interno⁴⁴.

La pronuncia in commento appare in continuità con la precedente giurisprudenza della Corte pure rispetto al bilanciamento con gli interessi contrapposti di rilievo costituzionale.

Ad esempio, in materia di reati ostativi, la Corte aveva già precisato la necessità di verificare, sulla base di scelte rimesse alla discrezionalità del legislatore, il bilanciamento fra l'interesse del minore, riconosciuto di rango elevato, a beneficiare in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne e le contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali la difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena, rimettendo al giudice la valutazione del caso concreto⁴⁵. Infatti, affinché l'interesse del minore non resti irragionevolmente recessivo rispetto alle esigenze di protezione della società dal crimine, «occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»⁴⁶. Pur non essendo «vietato alla legge differenziare il trattamento penitenziario delle madri condannate, a seconda della gravità del delitto commesso», la Corte aveva così ritenuto lesiva dell'interesse del minore, l'assoluta preclusione per i reati ostativi in nome dell'art. 31, 2° co., Cost. Il bilanciamento è dunque da strutturare fra la pretesa punitiva statale e le esigenze, che pur dovrebbero essere preminenti, di tutela della maternità e del minore, la cui esclusione finirebbe per vanificare la *ratio* ispiratrice della detenzione domiciliare speciale, volta a ripristinare la convivenza tra madri e figli⁴⁷.

La pronuncia 18 del 2020 si pone in continuità pure quanto al netto rifiuto di automatismi, già espresso dalla Corte nel ritenere incostituzionale la disposizione che esclude il detenuto condannato per reati ostativi che non abbia ancora espiato almeno un terzo della pena dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci⁴⁸. Ancora nel senso di scardinare la rigidità degli automatismi, continuità vi è pure rispetto alla pronuncia sul requisito della necessaria collaborazione con la giustizia quale causa di esclusione dai benefici di espiazione

⁴⁴ Corte Cost. 17/2017; 239/2014; 7/2013; 31/2012.

⁴⁵ Corte Cost. 17/2017 in cui, tuttavia, la Corte ricorda che «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», essendo rimessa al prudente apprezzamento del giudice la verifica circa l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga; Corte Cost. 177/2009.

⁴⁶ Corte Cost. 239/2014; 76/2017.

⁴⁷ Corte Cost. 76/2017.

⁴⁸ Corte Cost. 174/2018; art. 21-*bis* o.p., per contrasto con l'art. 31, oltre che 3, 29, 30 Cost.

all'esterno; in merito, il giudice delle leggi aveva ritenuto non possibile ammettere che la preclusione investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto e di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico, poiché ciò significherebbe far gravare su di esso, estraneo alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, il "costo" della strategia di lotta al crimine organizzato⁴⁹.

Pure continuità va rilevata nel riconoscimento della primazia all'interesse del minore coinvolto rispetto alla pronuncia sulla disposizione che non consente al giudice di negare il differimento della pena nei confronti di donna incinta o madre di prole di età inferiore a un anno, qualora lo ritenga non adeguato alle finalità di prevenzione generale e la detenzione domiciliare non sia idonea a prevenire il rischio di recidiva⁵⁰. La Corte aveva infatti ribadito la prevalenza della protezione del rapporto madre-figlio in un ambiente idoneo, sull'interesse dello Stato all'esecuzione immediata della pena, riconoscendo come il mero rinvio non escludesse la funzione di intimidazione e dissuasione; non si trattava infatti di una rinuncia *sine die*, piuttosto bilanciando adeguatamente il rischio che la maternità venga strumentalizzata per ottenere il rinvio dell'esecuzione della pena⁵¹.

Per quanto la pronuncia in commento rappresenti un importante riconoscimento e si allinei alle precedenti considerazioni della Corte nell'evitare che la pena venga "scontata" anche da chi non ha commesso alcun reato e nel rifiutare rigidi automatismi, riconoscendo al giudice della sorveglianza il potere-dovere di verificare le caratteristiche del caso concreto, la problematica questione della maternità reclusa non può dirsi risolta per una serie di ragioni.

Da un lato, l'attualità restituisce come drammatico il fenomeno della c.d. "carcerizzazione degli infanti"⁵², che genera un impatto sulla prole la cui «infanzia [è] rubata in termini di continuità,

⁴⁹ Corte Cost. 239/2014, ripresa da 76/2017. Tuttavia, la Corte aveva riconosciuto l'importanza della strategia di contrasto della criminalità organizzata perseguita tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari costruiti in chiave di progresso trattamentale del condannato, che la condotta collaborativa attesta.

⁵⁰ Art. 146, 1° co., nn. 1) e 2), c.p.

⁵¹ Corte Cost. 145/2009; [ord.] 260/2009.

⁵² Al 29.2.2020, le detenute madri con figli al seguito presenti negli istituti penitenziari italiani erano 54 e 59 i minori; 26 con cittadinanza italiana, con 30 minori al seguito e 28 cittadine straniere, con 29 minori al seguito. A seguito dell'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia da Covid-19, è stato però facilitato l'accesso a misure alternative alla detenzione e la presenza negli istituti di pena è sensibilmente diminuita; al 30.4.2020, le detenute madri sono 34 e 40 i minori, di cui 17 con cittadinanza italiana, con 22 minori al seguito e 17 cittadine straniere, con 18 minori al seguito. Sul tema, v. G. FABINI, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, (Antigone, XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione – Torna il carcere), disponibile al seguente link: <http://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/03-detenzione-femminile/>, ricorda come il maggior numero di bambini reclusi vi fu nel

affettività e serenità»⁵³, con esiti talvolta irrimediabili⁵⁴. In generale, è certo l’impatto della privazione della libertà della madre sulla prole, nei termini di interruzione o di profondo condizionamento del rapporto affettivo e di cura di cui spesso è l’unica responsabile⁵⁵.

Né può dirsi che la normativa sia risolutiva di tutte le questioni problematiche derivanti dalla detenzione di una madre. Per quanto decisa sia stata l’evoluzione normativa, a partire dalla seconda metà degli anni ’80, volta a ridurre l’impatto della detenzione sul rapporto genitoriale, permangono comunque vuoti di tutela, posto che gli istituti di favore per le madri detenute dipendono infatti primariamente dall’età del bambino, sulla cui base l’ordinamento ha ritenuto di modularli.

La normativa consente così alla madre detenuta di tenere con sé la prole di età inferiore ai tre anni durante l’espiazione della pena⁵⁶ o durante la misura cautelare⁵⁷, possibilità che però, se vissuta in carcere, costringe il minore – che alcun reato ha commesso – a crescere nelle c.d. “sezioni nido” degli istituti penitenziari, dunque in un contesto certamente povero di stimoli. L’alternativa che pare ugualmente problematica è che alla detenzione della madre segua il forzato distacco, con

2001, alla vigilia dell’approvazione della c.d. “legge Finocchiaro” (l. 40/2001), con 83 minori ristretti. In quel momento, soltanto le detenute con pena anche residua inferiore a 4 anni e figli di età non superiore a 10 anni potevano accedere alla detenzione domiciliare, mentre in caso di pena superiore ai 4 anni e un figlio minore di tre, l’alternativa era la separazione dal figlio o la sua reclusione. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST183018&previousPage=mg_1_14. In Italia, gli asili nido sono 19, distribuiti nell’Istituto femminile di Roma-Rebibbia e nelle 18 sezioni femminili degli Istituti prevalentemente maschili di Agrigento, Avellino, Bologna, Cagliari, Castrovillari, Firenze “Sollicciano”, Foggia, Forlì, Genova, Messina, Milano Bollate, Perugia, Pesaro, “Giuseppe Panzera” di Reggio Calabria, Sassari, Teramo, Torino e Trento. Pure da considerare è la presenza di bambini sotto i tre anni negli Istituti penali per minorenni (Ipm) che vengono accolti dalle Case-famiglia protette. V. Relazione al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà (d’ora in avanti, Relazione Garante), presentata il 27 marzo 2019, 66-67, e disponibile in <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/>.

⁵³ M.P. GIUFFRIDA, *Studio sulle donne ristrette negli istituti penitenziari*, DAP, Gruppo di lavoro ICAM, Roma, 3 aprile 2009.

⁵⁴ Alcune recenti vicende restituiscono la drammaticità del tema. Si ricordi il recente caso di due bambini uccisi per mano della propria madre con cui condividevano l’esperienza della carcerazione nella “sezione nido” dell’istituto di Roma-Rebibbia. Come è stato ricordato dell’Autorità garante dei diritti delle persone private della libertà, nella Relazione al Parlamento, si tratta di «Una situazione che non ha colpevoli interni in senso stretto – e le stesse indagini disciplinari si sono chiuse in tal senso –... [ma che] trova tutti noi colpevoli di non saper prospettare soluzioni diverse a queste drammatiche vite, segnate da reati, forse da malattia, non prive mai però della necessità della nostra pietas e del nostro interrogarci su quanto di diverso avremmo potuto fare» (6).

⁵⁵ L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Women in Prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Pensa, Lecce, 2013, 184.

⁵⁶ Art. 14, co. 5, o.p.

⁵⁷ Art. 285 c.p.p.

una brusca interruzione del legame affettivo, questione di cui l'ordinamento è chiamato a prendersi carico, in primo luogo, in nome dei diritti del minore coinvolto⁵⁸.

È però possibile l'accesso agli istituti del rinvio della pena che, obbligatorio nei riguardi di una donna in stato di gravidanza o che abbia partorito da meno di sei mesi⁵⁹ e facoltativo nel caso di una madre di prole di età inferiore ai tre anni⁶⁰, assicura la temporanea libertà.

Fino ai sei anni della prole, l'ordinamento prevede inoltre che la prima parte di pena (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo) possa essere espiata dalla madre convivente presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (c.d. ICAM), speciali strutture dotate di sistemi di sicurezza "non invasivi", comunque non riconoscibili dai bambini, così da ricreare un'atmosfera prossima a un ambiente familiare⁶¹. Fino alla medesima età, non è possibile disporre la custodia cautelare in carcere, salvo esigenze eccezionali⁶² e al giudice è riconosciuta la possibilità di disporre la misura cautelare presso gli ICAM, quando esigenze eccezionali impediscano il ricorso a misure ancor meno invasive⁶³.

Fino all'età di dieci anni del bambino, alla madre è riconosciuta l'assistenza extramuraria e la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare⁶⁴. Infatti, l'ordinamento consente che la pena detentiva nei confronti di donna incinta o di madre di prole di età inferiore ai dieci anni con lei convivente sia espiata in regime di detenzione domiciliare, oltre che nell'abitazione o in altro luogo

⁵⁸ Ripercorre le possibili vicende del rapporto di filiazione a seguito della carcerazione della madre, J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 120 ss. O. ROBERTSON, *Collateral Convicts: Children of incarcerated parents. Recommendations and good practice from the UN Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011*, Quaker United Nations Office, Human Rights & Refugees Publications, March 2012. V. anche le Risoluzioni del Parlamento europeo del 26.5.1989, sulla situazione di donne e bambini in carcere; del 13.3.2008, sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare; del 15.12.2011, sulle condizioni detentive nell'UE; del 27.11.2014, sul 25° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia; del 5.10.2017, sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione. V. anche le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, tra cui le Raccomandazioni R(87)3 e R(2006)2, sulle regole penitenziarie europee; la Raccomandazione R(2000)1469, sulle madri ed i neonati in carcere; la Raccomandazione R(2018)5, concernente i bambini figli di detenuti.

⁵⁹ Art. 146 c.p.

⁶⁰ Artt. 147, 211-bis c.p.

⁶¹ C. VERGINE, *La vicenda cautelare: le modalità esecutive delle misure custodiali*, in D. PAJARDI, R. ADORNO, C.M. LENDARO, C.A. ROMANO (a cura di), *Donne e carcere*, Giuffrè, Milano, 2018, 79 ss.

⁶² Art. 275, co. 4, c.p.p.

⁶³ Art. 285-bis, c.p.p.

⁶⁴ Art. 21-bis o.p., mod. dall'art. 5, della c.d. "Legge Finocchiaro" dal nome dell'allora ministra per le pari opportunità (l. 40/2001), anche detta "legge otto marzo" poiché approvata in questa data. V. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 807; L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 547; F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. mer.*, 11, 11, 2626.

di privata dimora oppure in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, anche e specificamente in case famiglia protette⁶⁵.

Nel caso non vi siano le condizioni per accedere alla detenzione domiciliare ordinaria, fino ai dieci anni di età del bambino, e se convivente, è possibile accedere alla detenzione domiciliare speciale, presso la propria abitazione o altro luogo di privata dimora oppure in luogo di cura, assistenza o accoglienza, casa famiglia protetta, se istituita, se non vi sia pericolo di recidiva o di fuga, e se la madre non possa indicare dei luoghi privati nei quali essere collocata, e negli ICAM⁶⁶, salvo in caso di condanna per i reati ostativi⁶⁷. Tale misura è prevista anche per le pene di lunga durata, potendo accedervi «dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo»⁶⁸, se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli.

Per le madri condannate per reati c.d. ostativi, resta la possibilità di ricorrere ad altri benefici penitenziari, ad esempio, alla detenzione domiciliare ordinaria, quando sia possibile disporre il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena a prescindere dall'entità della pena da espiare⁶⁹, alla detenzione domiciliare speciale⁷⁰, dunque anche per le madri condannate a pene detentive superiori a quattro anni, o che devono ancora scontare più di quattro anni di pena, purché abbiano già scontato almeno un terzo della pena, ovvero almeno quindici anni in caso di condanna all'ergastolo, diversamente dovendosi espiare la pena presso un istituto penitenziario.

Tali istituti consentono – salvo casi eccezionali – di evitare sin dall'inizio l'ingresso in carcere di una madre, consentendo di scontare la pena nei luoghi ritenuti idonei⁷¹, quando non vi sia un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, possibilità che però sconta uno stato di debole attuazione per l'assenza di finanziamenti ad esempio rivolti alle case famiglia.

A ogni modo, con il superamento dei dieci anni di vita del bambino e salvo la sua totale disabilità, l'ordinamento ritiene non più sussistente la necessità di proteggere la relazione materna,

⁶⁵ Art. 47-ter o.p.

⁶⁶ I luoghi in cui le detenute madri possono espiare il terzo della pena, o i quindici anni in caso di ergastolo, prima dell'ammissione al beneficio sono i medesimi in cui è possibile espiare la pena in misura alternativa come pure gli arresti domiciliari, ex art. 284, co. 1, c.p.p.

⁶⁷ Art. 47-quinquies, co-1-bis, o.p.

⁶⁸ Art. 47-quinquies o.p.

⁶⁹ Art. 47-ter, co. 1, o.p.

⁷⁰ Art. 47-quinquies, co. 1-bis, o.p.

⁷¹ Art. 47-quinquies, co. 1.

per quanto difficilmente a quell'età possa considerarsi di minore importanza il legame affettivo e le necessità di cura. Sarebbe possibile il riconoscimento della detenzione domiciliare speciale anche dopo il superamento del decimo anno di età del figlio, prorogando il beneficio qualora ricorrano i requisiti per l'applicazione della semilibertà⁷². Ma nulla è possibile quando il bambino abbia già compiuto i dieci anni al momento dell'arresto della madre, risultando che l'ordinamento ritiene non più meritevole di tutela il legame genitoriale quando la prole superi una soglia limite, restando la sola possibilità di ammettere la persona all'assistenza dei figli minori all'esterno dell'istituto, in presenza dei requisiti⁷³.

C'è anche un'ulteriore ragione per cui la pronuncia in commento non può dirsi risolutiva delle tensioni che attorno alla detenzione di una madre gravitano, tema peraltro da inquadrare sullo sfondo della fragile attuazione del dettato costituzionale nel contesto penitenziario, anche in ragione della non piena garanzia dei diritti e delle libertà di chi sia recluso⁷⁴. La condizione detentiva di una madre deve infatti confrontarsi con la sistematica marginalità e invisibilità che deriva dall'essere collocata in un contesto pensato e realizzato al maschile che, frutto di un'elaborazione tipicamente maschile⁷⁵, relega, implicitamente ma inesorabilmente, il femminile come qualcosa di "altro", analogamente a quanto accade nella società libera⁷⁶. Posto che i reati di cui sono autrici le donne

⁷² Art. 47-*quinquies*, co. 8, lett. a), o.p., laddove ricorrano i requisiti ex art. 50, co. 2, 3 e 5.

⁷³ Art. 47-*quinquies*, co. 8, lett. b), o.p., ex art. 21-*bis* o.p.

⁷⁴ V. almeno, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. Pen. Cont.*, aprile 2014. Sul tema, v. gli studi M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

⁷⁵ G. FABINI, *Donne e carcere*, cit.; G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, cit.; L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Women in Prison*, cit., 14. Gli autori ricordano come nel preambolo alle *United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders* (c.d. *Bankok Rules*, ossia le Regole delle Nazioni Unite relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato) venga riportato come la maggior parte delle prigioni siano pensate per detenuti uomini. V. P.H. VAN KEMPEN E M. KRABBE (a cura di), *Women in prison. The Bangkok Rules and Beyond*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017; I. CASCIARO, *Esecuzione e carcere: uno sguardo alle problematiche femminili*, in D. PAJARDI, R. ADORNO, C.M. LENDARO, C.A. ROMANO (a cura di), *Donne e carcere*, cit., 125 ss. V. il recente volume N. GANDUS, C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Milano-Udine, Mimesis, 2019; C. PECORELLA, C. JUANATEY DORADO, *Madres con hijos en prison: una vision comparada de los sistemas penitenciarios espanol e italiano*, in C. JUANATEY DORADO, N. SANCHEZ-MORALEDA VILCHES (a cura di), *Derechos de condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, 2018, 311-341; ID., *Donne in carcere. Una ricerca empirica tra le donne detenute nella II Casa di Reclusione di Milano-Bollate*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2018, 663-689; I. CASCIARO, *Esecuzione e carcere*, cit.

⁷⁶ È solo possibile, in questo scritto, dare rapidamente conto di come la questione dello schiacciamento del femminile in una prospettiva che lo confina nell'alterità dal maschile, dunque marcandolo – implicitamente ma

sono più di frequente espressione di marginalità sociale⁷⁷, sarebbe tuttavia importante mettere a tema il peculiare atteggiarsi del rapporto fra affettività⁷⁸ e genitorialità⁷⁹ nella detenzione, valorizzando gli studi che mostrano il prodursi di una sorta di “doppia reclusione” che può risultare insostenibile e che deve dunque esser considerata nella sua specificità.

Conclusivamente, vi è dunque da supporre che la maternità reclusa possa nuovamente tornare di fronte alla Corte che – deve ritenersi – non mancherà di posizionarsi lungo il percorso già intrapreso, rifiutando gli automatismi, individualizzando la pena che deve essere proporzionata sì al reato, ma anche alla situazione concreta, rendendo dunque la pena una parentesi dell’esistenza umana nella quale trovare spazi per la cura di sé e della prole.

inesorabilmente – con un segno di disvalore attraversa tutto il dibattito femminista. Specificamente, quanto all’universo carcerario, v. S. RONCONI, G. ZUFFA, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere*, Roma, Ediesse, 2014. C. CANTONE, *La detenzione al femminile*, in D. PAJARDI, R. ADORNO, C.M. LENDARO, C.A. ROMANO (a cura di), *Donne e carcere*, cit., 185 ss., rileva la specificità non soltanto dell’analisi criminologica, ma anche di quella psico-sociale e trattamentale, evidenziando come la marginalità numerica porta con sé il rischio di rendere invisibile la condizione femminile. *La criminalità femminile come differenza tra i sessi; teorie classiche*, in *psycolab.net*. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Dati e tendenze della criminalità femminile in prospettiva internazionale*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La criminalità femminile tra stereotipi culturali e malintese realtà*, Cedam, Padova, 1996 (Atti del convegno di Noto, 1995), 65.

⁷⁷ J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 122, e G. FABINI, *Donne e carcere*, cit., ricordano che le donne vengono più frequentemente condannate per reati come furto, rapina, truffa, violazione della legge sulla droga, sfruttamento della prostituzione, riduzione in schiavitù e spesso trattandosi di donne straniere e/o rom e sinti non possono fruire di misure alternative poiché senza il domicilio necessario per l’ottenimento della detenzione domiciliare. Per quanto esuli dal tema specifico del presente lavoro, si ritiene di interesse segnalare come molte donne vengano condannate alla pena detentiva per crimini applicati al solo genere femminile. Si pensi, in alcuni contesti stranieri, all’adulterio, alla violazione delle regole sull’abbigliamento, alla prostituzione, persino alla violenza sessuale subita che è un reato in molti ordinamenti. Così, ritengono C.A. ROMANO, L. RAVAGNANI, *La detenzione al femminile in una prospettiva sovranazionale*, in D. PAJARDI, R. ADORNO, C.M. LENDARO, C.A. ROMANO (a cura di), *Donne e carcere*, cit., 267 ss. e in specie 276.

⁷⁸ Per quanto esuli dal presente lavoro, è di interesse pure notare come la condizione della madre detenuta sia attraversata da sentimenti di inadeguatezza e di privazione di autorevolezza genitoriali indotti dallo stato detentivo, anche per l’esprimersi del rapporto all’interno di un contesto caratterizzato da sbarre, rumori inesistenti nella società esterna (es. i chiavistelli), poca luce e aria. V. S. RONCONI, *Il carcere delle donne. Insanabili aporie e forza delle soggettività*, in N. GANDUS, C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena*, cit., 13 ss.; M.L. FADDA, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in *www.ristrettiorizzonti.it*, 2010. M. MIRAVALLE, *Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, cit., 31 ss.

⁷⁹ Si veda in proposito, l’attento lavoro di B. GIORIS, *Il diritto all’affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, cit., 59 ss. che richiama la questione dell’accesso alle tecniche di procreazione assistita e le difficoltà di concepimento, ad esempio, per coloro che sono destinate a lasciare l’istituto in età non più fertile (95 ss.).