



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
11/2018

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



11/2018

L'INTERESSE DEL MINORENNE AD UN RAPPORTO QUANTO PIÙ POSSIBILE "NORMALE" CON IL GENITORE: ALCUNE CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 174 DEL 2018

di Dalila Mara Schirò

Abstract. *Con la sentenza n. 174 del 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21 della medesima legge, con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4 bis, commi 1, 1 ter e 1 quater, della legge sopra citata, non consente l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni oppure lo subordina alla previa espiazione di una porzione di pena, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58 ter della stessa legge.*

Muovendo da tale pronuncia, il presente contributo si sofferma sulla rilevanza assunta dall'interesse del minorenne – quale interesse "terzo", "esterno" – ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore, approfondendo i percorsi seguiti dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale.

SOMMARIO: 1. La decisione della Corte costituzionale. – 2. L'interesse del minorenne nel percorso normativo. – 2.1. L'assistenza all'esterno dei figli in tenera età. – 3. L'interesse del minorenne nella giurisprudenza costituzionale. – 3.1. Questioni di diritto penitenziario. – 3.2. Profili processualpenalistici. – 3.3. Aspetti di diritto penale sostanziale.

1. La decisione della Corte costituzionale.

Con la sentenza del 23 luglio 2018, n. 174¹, la Corte costituzionale si sofferma su alcuni quesiti sottoposti alla sua attenzione dal Magistrato di sorveglianza di Lecce e Brindisi con ordinanza del 22 maggio 2017².

¹ Il testo della sentenza richiamata è accessibile a questo [link](#).

² Ci riferiamo all'ordinanza del 22 maggio 2017, n. 142, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 1ª Serie speciale, n. 42, del 18 ottobre 2017, 70.

Il giudice *a quo* prospettava, in riferimento agli articoli 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», nella parte in cui tale disposizione, rinviando all'art. 21 della medesima legge (da qui in poi: ord. penit.), escludeva dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori il detenuto condannato «per reato ostativo» che non avesse ancora espiato almeno un terzo della pena.

Tale eccezione traeva la propria scaturigine dal reclamo presentato, ai sensi dell'art. 35 *bis* ord. penit., da una detenuta, madre di tre minori (due figli di anni cinque ed un figlio di anni tre), condannata ad espiare la pena di anni quattro e mesi dieci di reclusione per essersi resa responsabile di reati in relazione ai quali opera il divieto di concessione dei benefici penitenziari di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. (in particolare, i delitti previsti dagli artt. 73 e 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

Più precisamente, la detenuta, facendo leva sulla presenza di prole in tenera età e sull'assenza della figura paterna, chiedeva di poter essere ammessa al beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori, previsto, appunto, dall'art. 21 *bis* ord. penit. L'istanza, però, veniva rigettata poiché ella non aveva ancora espiato un terzo della pena, come espressamente richiesto dall'art. 21 ord. penit., al quale – come anticipato – fa rinvio proprio il predetto art. 21 *bis* ord. penit.

Nell'insistere per l'accoglimento del reclamo, la difesa della detenuta deduceva l'illegittimità dell'art. 21 *bis* ord. penit., in riferimento ai parametri costituzionali sopra richiamati, ed il giudice *a quo* considerava la questione rilevante e non manifestamente infondata.

Secondo il rimettente, l'art. 21 *bis* ord. penit., introdotto dalla legge 8 marzo 2001, n. 40, intitolata «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», contenendo una preclusione rigida, tale da impedire la concessione del beneficio prima dell'espiazione di un predeterminato periodo di tempo, si sarebbe posto in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., nonché con il diritto del minore a mantenere un rapporto con la madre fuori dal carcere (diritto, peraltro, riconosciuto anche da atti sovranazionali quali la Convenzione sui diritti del fanciullo, conclusa a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva nel nostro Paese con legge 27 maggio 1991, n. 176, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007)³. Così disponendo, quindi, l'art. 21 *bis* ord. penit. avrebbe violato il principio secondo il quale l'interesse del minore, «superiore e preminente», può essere «limitato», in occasione di decisioni assunte da autorità pubbliche o da istituzioni private, solo dopo aver effettuato un bilanciamento con interessi contrapposti (nella specie, con le istanze di difesa sociale sottese all'esecuzione della pena).

La disposizione censurata, dunque, rappresenterebbe per il giudice rimettente l'«ultimo tassello normativo costituzionalmente illegittimo», poiché escluderebbe dal

³ In argomento, cfr., tra gli altri, A. SACCUCCI, *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in *Giur. it.*, 2000, 222.

beneficio, seppure temporaneamente, le condannate per un reato ostativo, con una presunzione assoluta di immeritevolezza.

La Consulta è, quindi, stata chiamata a verificare se sia legittimo costituzionalmente prevedere che i requisiti stabiliti per ottenere un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della struttura penitenziaria, il rapporto tra la madre ed il figlio in tenera età (art. 21 *bis* ord. penit.) siano identici a quelli fissati per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno, teso esclusivamente al reinserimento sociale del condannato (art. 21 ord. penit.).

Ebbene, accogliendo le censure prospettate dal Magistrato di sorveglianza, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 *bis* ord. penit., nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21 ord. penit., con particolare riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, commi 1, 1 *ter* e 1 *quater*, ord. penit., non consentiva l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci oppure lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che fosse stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58 *ter* ord. penit.⁴

La Consulta è pervenuta a tale conclusione percorrendo sentieri a lei già noti. Ed infatti, dopo essersi succintamente soffermata su alcuni profili inerenti al beneficio penitenziario di cui all'art. 21 *bis* ord. penit. e – alla luce del rinvio da esso operato al precedente art. 21 ord. penit. – dopo aver tratteggiato i rapporti che corrono tra l'art. 21 ord. penit. e gli artt. 4 *bis* e 58 *ter* ord. penit. (sul punto, *infra*, par. 2.1), la Corte ha affrontato la questione richiamando considerazioni già svolte pochi anni addietro in precedenti giudizi di legittimità.

In particolare, la Corte costituzionale sottolinea in via preliminare che, a prescindere dalla scelta compiuta dalla madre in ordine ad una eventuale collaborazione con la giustizia, «la disposizione censurata esibisce un contenuto normativo in contrasto con l'art. 31, secondo comma, Cost.»⁵. E procede distinguendo due ipotesi.

In primo luogo, la Corte si sofferma sulla condizione delle detenute per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., precisando che per le stesse l'accesso al beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori è subordinato alla collaborazione con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit. In altri termini, per tali condannate la collaborazione con la giustizia costituisce requisito indispensabile per l'accesso al beneficio penitenziario, non assumendo alcun rilievo la porzione di pena già espia.

⁴ L'art. 58 *ter* ord. penit., rubricato «Persone che collaborano con la giustizia», prevede un regime peculiare per coloro i quali, anche dopo la condanna, si siano adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero abbiano aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati. In argomento, tra gli altri, M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, Milano, 2010, 503 ss., e L. FILIPPI – G. SPANGHER – M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2016, 181 ss.

⁵ Occorre sin da ora sottolineare che l'accertata violazione dell'art. 31, comma 2, Cost. ha determinato l'assorbimento delle questioni sollevate in riferimento agli altri parametri costituzionali richiamati dal giudice *a quo* (artt. 3, 29, 30 Cost.).

Poiché tale situazione – ad avviso della Corte costituzionale – non differisce da quella sottoposta al suo vaglio nel 2014, estese le medesime valutazioni, la conclusione appare obbligata⁶. Subordinare la concessione dell’assistenza all’esterno dei figli minori alla collaborazione con la giustizia vuol dire, infatti, ancorare la tutela del rapporto tra la madre ed il figlio in tenera età ad un indice legale del «ravvedimento» della condannata, trascurando un interesse «esterno»: appunto, l’interesse del minore «ad un rapporto quanto più possibile normale con la madre (o, in via subordinata, con il padre)».

In base ad un secondo profilo, inoltre, la disposizione censurata entrerebbe in frizione con l’art. 31, comma 2, Cost. anche nella parte in cui subordina l’immediato accesso al beneficio penitenziario alla collaborazione con la giustizia per i condannati per uno dei delitti indicati dall’art. 4 bis, commi 1 ter e 1 quater, ord. penit.

A tal punto, la Corte costituzionale focalizza l’attenzione sulla situazione delle madri detenute per uno dei reati di cui all’art. 4 bis, comma 1, ord. penit., la cui collaborazione con la giustizia risulti impossibile, inesigibile o irrilevante⁷. Si tratta delle detenute le quali, prima di accedere al beneficio, devono sempre scontare una determinata frazione di pena. Opera, quindi, nei loro confronti, una presunzione assoluta, che non consente di bilanciare in concreto le esigenze di difesa della società rispetto all’interesse del minore.

Anche in relazione a tale “categoria” la Corte costituzionale procede quasi per rinvio, richiamando quanto già affermato nel 2017⁸. Più precisamente, ribadisce che, se il legislatore per mezzo di presunzioni insuperabili nega alla madre la possibilità di accedere alle modalità agevolate di espiazione della pena, precludendo al giudice di valutare la sussistenza in concreto delle esigenze di difesa sociale e di bilanciarle con

⁶ Il riferimento è a Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239. Per un primo commento: 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 questa Rivista, 27 ottobre 2014, e 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 [www.archiviopenale.it](#), 2014. Inoltre, il testo della sentenza è stato pubblicato in: Cass. pen., 2014, 131, con osservazioni di E. APRILE, ivi, 141, e con nota di D.M. SCHIRÒ, *La “carcerazione degli infanti” nella lettura della Corte costituzionale*, ivi, 2015, 1067, ed in *Giur. cost.*, 2014, 3922, con nota di F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell’infanzia: primi passi verso l’erosione di automatismi preclusivi penitenziari*, ivi, 3940, e 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*, ivi, 3948.

⁷ Si tratta delle ipotesi di cui all’art. 4 bis, comma 1 bis, ord. penit. Più in generale, in relazione all’art. 4 bis ord. penit.: M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell’esecuzione delle sanzioni penali*, cit., 489 ss., e L. FILIPPI – G. SPANGHER – M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 181 ss.

⁸ Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76. Il testo della sentenza è consultabile in *Giur. cost.*, 2017, 725, con osservazione di P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, ivi, 733. Per ulteriori commenti, si vedano: G. LEO, [Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell’ordinamento penitenziario](#), in questa Rivista, fasc. 5/2017, 321; 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.

l'interesse del minore, si è al cospetto di un automatismo legislativo il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore.

Nuovamente, allora, l'esito risulta obbligato: pure la preclusione operante nei confronti delle madri condannate per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., la cui collaborazione con la giustizia sia impossibile, inesigibile o irrilevante, si pone in contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost.

Secondo la Corte costituzionale, i requisiti stabiliti per l'accesso ad un beneficio penitenziario volto a favorire il rapporto tra la madre ed il figlio in tenera età non possono coincidere con quelli previsti per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno, finalizzato esclusivamente al reinserimento sociale del condannato.

Infine, la Corte costituzionale tiene a sottolineare che detta pronuncia di accoglimento non arreca pregiudizio alle esigenze di difesa sociale, poiché la concessione del beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori non diviene certamente automatica, ma resta affidata al prudente apprezzamento del magistrato di sorveglianza⁹.

L'esito cui la Corte costituzionale è addivenuta era prevedibile. Muovendosi sulla base dei precedenti giurisprudenziali richiamati, la Consulta, infatti, rimuove un ulteriore automatismo legislativo in grado di sacrificare l'interesse del minore, vittima incolpevole, ed affida all'autorità giudiziaria il compito di effettuare il delicato bilanciamento in concreto tra gli interessi in gioco¹⁰.

2. L'interesse del minore nel percorso normativo.

Gli snodi argomentativi sopra tratteggiati forniscono l'occasione per riflettere sulla rilevanza assunta dall'interesse del minore – quale interesse terzo, esterno – ad un rapporto quanto più possibile normale con la madre (e, in taluni casi, con il padre), nei percorsi seguiti dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale.

La pronuncia, infatti, costituisce una significativa prova del consolidarsi della tendenza volta a porre al centro della riflessione giuridica il minore non soltanto qualora questi sia soggetto attivo o soggetto passivo del reato, ma anche nelle ipotesi in cui si tratti di un soggetto terzo nei confronti del quale si riverberano gli effetti di "provvedimenti" che interessano in via principale il genitore.

Di tale tendenza vi è traccia, anzitutto, nel tessuto legislativo. Ed infatti, benché non richiamato *ex professo*, tale interesse "terzo" sembrerebbe aver guidato il legislatore nel cammino volto ad adeguare alle esigenze dei minorenni il differenziato regime penale, processuale penale e penitenziario previsto per le detenute madri¹¹.

⁹ È interessante osservare che una analoga formula è contenuta in Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76, cit.

¹⁰ La Consulta sembra, quindi, ricorrere a quel meccanismo che, con una efficace espressione, è stato definito «delega» di bilanciamento. Sul punto, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 120 ss.

¹¹ Del resto, non può sottacersi che il legislatore solo di rado richiama espressamente l'interesse del minore. Sul punto, si vedano le considerazioni svolte di recente da M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra*

Come noto, si tratta di un regime che inizia a delinarsi nei suoi tratti essenziali già decenni addietro¹². Ma, solo di recente, sembra aver assunto dei caratteri tali da assicurare una rinnovata protezione del minore, in linea, peraltro, con la considerazione dello stesso non più quale oggetto da salvaguardare, ma quale soggetto titolare di diritti¹³.

Certo, non deve trascurarsi che già il codice penale del 1930, nella sua formulazione originaria, pur sancendo l'indiscusso primato della pena detentiva e preoccupandosi, dunque, di soddisfare, *in primis*, le esigenze di prevenzione generale, presta "timide" cure al delicato rapporto tra detenute madri e figli: ed infatti, nel disciplinare il differimento dell'esecuzione della pena tiene in considerazione, altresì, la condizione della donna incinta e della madre di prole in tenera età (art. 146 c.p.¹⁴ e art. 147 c.p.¹⁵).

Peraltro, in linea di continuità con il codice penale del 1930, si poneva il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 787: invero, neppure il citato regolamento si esimeva dall'accordare "tenui" attenzioni alla relazione che si instaura tra le madri detenute ed i figli in tenera età, prevedendo per i bambini sino ai due anni di età la possibilità di rimanere presso le madri (art. 43). Una soluzione, dunque, volta alla carcerazione degli infanti al fianco delle madri.

Poi, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, spazi più ampi sono stati riservati non soltanto alla tutela della maternità ma anche alla salvaguardia dell'infanzia: in particolare, la Costituzione, nel quadro dei «Diritti e doveri dei cittadini» (Parte I), con peculiare riferimento ai «Rapporti etico-sociali» (Titolo II), ha posto a carico di entrambi i genitori il dovere (riconoscendogli anche il diritto) di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio (art. 30, comma 1, Cost.), e ha impegnato la Repubblica a proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31, comma 2, Cost.).

In séguito, ad aver rivolto attenzione alla maternità e all'infanzia è stata la richiamata legge 26 luglio 1975, n. 354¹⁶. L'ordinamento penitenziario, infatti, già nella

delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 30 ss.

¹² Per una più ampia riflessione in ordine al differenziato regime penale, processuale e penitenziario predisposto per le detenute madri, ci permettiamo di rinviare a D.M. SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto pen.*, Agg., vol. IX, Utet, Torino, 2016, 242 ss.

¹³ Per quanto attiene al mutamento che ha interessato il ruolo del minore, cfr. anche M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2010, 10, e L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali dei bambini*, in *Minorigiustizia*, 2014, n. 2, 7 ss. In particolare, l'Autore da ultimo richiamato sottolinea che i bambini «sono stati a lungo trattati, e prima ancora pensati, assai più come oggetto di diritto che come soggetti di diritti; o, quanto meno, come soggetti di diritti patrimoniali ben più che di diritti fondamentali».

¹⁴ Va precisato che, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, della legge 8 marzo 2001, n. 40, l'art. 146, comma 1, n. 1 e n. 2, c.p., rubricato «Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena», dispone che l'esecuzione di una pena, non pecuniaria, venga differita se deve aver luogo nei confronti di donna incinta, oppure se deve aver luogo nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno.

¹⁵ Secondo quanto previsto dall'art. 147, comma 1, n. 3, c.p., a seguito delle modifiche dovute all'art. 1, comma 2, della legge 8 marzo 2001, n. 40, l'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale può essere differita qualora debba essere eseguita nei confronti di una madre di prole di età inferiore ad anni tre.

¹⁶ Non può sottacersi che la progressiva valorizzazione dei rapporti tra la madre detenuta ed il figlio,

sua impostazione originaria, ha previsto che in ogni istituto penitenziario per donne siano in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere, precisando che alle madri è consentito tenere i figli presso di sé fino all'età di tre anni e aggiungendo che per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido (art. 11, comma 8, e art. 14, comma 7, ord. penit.)¹⁷.

Da tale normativa, però, sembra ancora ricavarci l'idea di un minore quale oggetto da salvaguardare, quasi "costretto" a seguire la madre.

Negli anni seguenti il novero degli "strumenti" volti a tutelare la relazione tra la detenuta ed il figlio minore è stato ampliato, innanzitutto, dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663, intitolata «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», la quale ha introdotto – per quel che qui rileva – una nuova misura alternativa alla detenzione, annoverando tra i destinatari tipici della stessa anche la madre di prole in tenera età¹⁸.

L'art. 13 della menzionata legge, infatti, ha inserito l'art. 47 *ter* ord. penit., rubricato «Detenzione domiciliare», in seguito più volte modificato¹⁹. Secondo la formulazione oggi in vigore, l'art. 47 *ter*, comma 1, lett. a), ord. penit. prevede che la «donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente»²⁰ possa

tendenzialmente, minorenni va letta nel più ampio alveo della considerazione dei rapporti con i familiari che sembra rappresentare una delle più significative espressioni della riforma penitenziaria del 1975.

¹⁷ Le disposizioni richiamate nel testo, nella formulazione dovuta agli artt. 1 e 11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, recante «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t), e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103», costituiscono oggi la sede della disciplina prima contenuta nell'art. 11, commi 8 e 9, ord. penit. In linea di continuità con quanto da esse previsto, si pone l'art. 19 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, intitolato «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà». Infatti, il citato regolamento: assicura, anzitutto, assistenza particolare alle gestanti e alle madri con bambini; prevede, inoltre, l'organizzazione di appositi reparti ostetrici e asili nido; dispone, in aggiunta, che le camere dove sono ospitate le madri con i loro bambini non debbano essere chiuse, affinché questi ultimi possano spostarsi all'interno del reparto o della sezione, purché non turbino l'ordinato svolgimento della vita nei suddetti luoghi; riconosce, altresì, ai minori la possibilità di svolgere, con il consenso della madre, attività formative e ricreative fuori dal carcere; infine, qualora il minore debba essere separato dalla madre (ad esempio, per aver superato il limite di età previsto dalla legge), garantisce il mantenimento dei contatti con la genitrice.

¹⁸ Va, inoltre, segnalato che l'art. 14 della legge 10 ottobre 1986, n. 663, nel sostituire l'art. 50 ord. penit., ha previsto una particolare modalità esecutiva della semilibertà per la detenuta madre. Più precisamente, ai sensi dell'art. 50, comma 7, ord. penit., 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. Per una ampia trattazione in materia di semilibertà: G. CASAROLI, *La semilibertà*, in G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, N. 663*, Giuffrè, Milano, 1987, 235; F. PALAZZO, *La disciplina della semilibertà: evoluzione normativa e ampiezza funzionale di un «buon» istituto*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova, 1994, 387.

¹⁹ Più in particolare, l'art. 47 *ter* ord. penit. è stato modificato: dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203; dal d.l. 14 giugno 1993, n. 187, convertito con modificazioni dalla legge 12 agosto 1993, n. 296; dalla legge 27 maggio 1998, n. 165, e dal d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con modificazioni dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4; dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, dalla legge 21 aprile 2011, n. 62, e dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 94; e, da ultimo, dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10.

²⁰ Tali condizioni oggettive, peraltro, sono state più volte modificate, assicurando, altresì, una maggiore

espiare la pena della reclusione non superiore a quattro anni²¹, anche se parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, nella propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura, di assistenza o di accoglienza ovvero in una casa famiglia protetta²².

Deve, però, sottolinearsi che la legge appena richiamata, non includendo tra i potenziali beneficiari della detenzione domiciliare il padre detenuto di un minore in tenera età, aveva creato una lacuna in grado di arrecare nocimento proprio all'interesse del minore. Così, dapprima, nel 1990, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, comma 1, n. 1, ord. penit. – come aggiunto dall'art. 13 della legge sopra citata – nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare, fruibile da parte della «madre di prole di età inferiore ad anni tre», potesse essere concessa al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, e ciò in considerazione dei principi sanciti dagli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione²³. E, successivamente, la legge 27 maggio 1998, n. 165, nel riformulare l'art. 47 *ter* ord. penit., ha inserito tra i possibili beneficiari della misura alternativa alla detenzione, appunto, il «padre, esercente la responsabilità genitoriale di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole» (art. 47 *ter*, comma 1, lett. b, ord. penit.)²⁴.

Inoltre, la legge del 1998 ha inserito una ulteriore figura di detenzione domiciliare, in grado di tutelare altresì la maternità e l'infanzia avendo cura di assicurare l'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato: la detenzione domiciliare

tutela del minorenne. Secondo la formulazione originaria, infatti, la misura era fruibile dalla «donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente»; in seguito, ad opera delle modifiche apportate dall'art. 3, comma 1, d.l. 14 giugno 1993, n. 187, convertito dalla legge 12 agosto 1993, n. 296, è stata ammessa alla misura anche la madre di prole di età inferiore a cinque anni con lei convivente; e, da ultimo, la legge 27 maggio 1998, n. 165, ha previsto che possano beneficiare della misura la «donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente».

²¹ Il limite edittale richiamato nel testo è stato più volte modificato: in particolare, è stato ampliato da due anni di reclusione – così nella formulazione originaria della disposizione – a tre anni di reclusione ad opera della legge 12 agosto 1993, n. 296, e, in seguito, da tre anni a quattro anni di reclusione dalla legge 27 maggio 1998, n. 165. Tali modifiche hanno certamente esteso l'ambito di operatività della detenzione domiciliare, determinando, altresì, una riduzione della popolazione carceraria.

²² Per le donne incinte e per le madri di prole di età inferiore ad anni dieci, la possibilità di espiare il *quantum* di pena indicato nel testo presso le case famiglia protette è stata riconosciuta dall'art. 3, comma 1, della legge 21 aprile 2011, n. 62.

²³ Corte cost., 13 aprile 1990, n. 215, in *Giur. cost.*, 1990, 1206. Peraltro, ancor prima di intervenire in ambito penitenziario, la Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 1, in *Giur. cost.*, 1987, 3, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge 9 dicembre 1977, n. 903 (in seguito abrogato ad opera dell'art. 17, comma 4, della legge 8 marzo 2000, n. 53), aveva esteso al padre lavoratore il diritto all'astensione dal lavoro ed il diritto al godimento dei riposi giornalieri, riconosciuti soltanto alla lavoratrice madre, qualora quest'ultima fosse deceduta o comunque assolutamente impossibilitata ad accudire i figli per grave infermità.

²⁴ La parola «potestà», contenuta nella originaria formulazione dell'art. 47 *ter*, comma 1, lett. b), ord. penit., è stata sostituita dall'espressione «responsabilità genitoriale», ad opera dell'art. 105, comma 1, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. In argomento, sia consentito rinviare a D.M. SCHIRÒ, *Responsabilità genitoriale*, in *Digesto pen.*, Agg., vol. IX, Utet, Torino, 2016, 653 ss.

sostitutiva del differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena. Infatti, ai sensi dell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, ord. penit., aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. a), della legge 27 maggio 1998, n. 165, laddove possa essere disposto il rinvio obbligatorio o il rinvio facoltativo della esecuzione della pena detentiva, disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 146 e 147 c.p., il Tribunale di sorveglianza, anche nel caso in cui la pena da espiare superi il limite edittale previsto dall'art. 47 *ter*, comma 1, ord. penit. (vale a dire, la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto), può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, prevedendo un termine di durata di tale applicazione, un termine che può essere prorogato. È inoltre stabilito che l'esecuzione della pena prosegua durante l'esecuzione della detenzione domiciliare.

In un siffatto contesto normativo, certo più sensibile alle esigenze dei minori, ma forse non ancora in grado di apprestare una protezione adeguata, si innesta la legge 8 marzo 2001, n. 40, emblematicamente intitolata «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori»²⁵.

L'obiettivo della legge appena richiamata appare, *prima facie*, l'eliminazione della carcerazione degli infanti, e, dunque, apprestare una maggiore tutela dell'infanzia e della fase che precede l'adolescenza, perseguita, altresì, assicurando l'assistenza materna in modo continuato ed in un ambiente familiare. La salvaguardia del minore sembra, quindi, assumere un ruolo centrale.

Proseguendo tale condivisibile finalità, la legge 8 marzo 2001, n. 40, ha anzitutto ampliato l'ambito di operatività del rinvio obbligatorio e del rinvio facoltativo della esecuzione della pena non pecuniaria (artt. 146 e 147 c.p.)²⁶.

Inoltre, ha introdotto una ulteriore misura alternativa alla detenzione: la detenzione domiciliare speciale. L'art. 3, comma 1, della legge innanzi richiamata, infatti, ha aggiunto l'art. 47 *quinqües* ord. penit., secondo il quale, qualora non vi siano le condizioni di cui all'art. 47 *ter* ord. penit., la condannata madre di prole di età non superiore ad anni dieci, «se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli», può scontare la pena in un luogo diverso dal carcere «al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli», dopo aver espiato almeno un terzo della pena ovvero quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. E, quasi segnalando una sorta di *deminutio* della figura paterna, ha disposto che la stessa misura possa essere concessa, alle medesime condizioni previste per la madre, anche al padre detenuto, «se la madre è deceduta e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre» (art. 47 *quinqües*, comma 7, ord. penit.)²⁷.

²⁵ Per alcune considerazioni relative alla legge richiamata nel testo, si vedano P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 807, e 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.

²⁶ Sul punto, si vedano *supra* le note 14 e 15.

²⁷ Con l'espressione «ad altri», infatti, si intendono anche soggetti terzi rispetto al contesto affettivo di regola rappresentato da parenti ed affini. Preme, inoltre, rilevare che la disciplina di cui all'art. 47 *quinqües*, comma 7, ord. penit. è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, ma la questione, con ordinanza 8 luglio 2009, n. 211, è stata ritenuta manifestamente inammissibile. Il testo dell'ordinanza richiamata è consultabile

In relazione a tale misura alternativa alla detenzione, in questa sede interessa sottolineare la centralità assunta da uno dei requisiti richiesti affinché il beneficio possa essere concesso al genitore: appunto, la possibilità di ripristinare la convivenza con la prole. Tale elemento, infatti, rivela la finalità della detenzione domiciliare speciale, che mira al ripristino del rapporto tra il genitore ed il figlio, offrendo, più in particolare, al genitore la possibilità di un reinserimento sociale attraverso la cura della prole e prediligendo, altresì, l'interesse del minore ad un rapporto continuativo con il genitore. Richiedendo l'accertamento della sussistenza di tale requisito, infatti, il legislatore sembra aver voluto scongiurare le possibili strumentalizzazioni del ruolo genitoriale da parte di coloro che, pur essendo genitori di minori di età non superiore a dieci anni, non siano in condizioni di ripristinare una effettiva relazione con la prole.

Ancora, perseguendo lo scopo di assicurare la continuità della funzione genitoriale, il legislatore del 2001 ha offerto alla madre detenuta (ed al padre in presenza di determinati requisiti) la possibilità di assistere all'esterno i figli minori mediante l'inserimento dell'art. 21 *bis* ord. penit. (sul punto, *infra*, parag. 2.1).

Infine, l'esigenza di tutelare l'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile normale con il genitore sembra ricavarci anche dalla legge 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», per mezzo della quale sono state predisposte forme di tutela aggiuntive per le madri detenute e per i loro figli in tenera età, innanzitutto, durante la delicata fase cautelare²⁸.

In particolare, a seguito delle modifiche dovute all'art. 1, comma 1, della legge appena citata, l'art. 275, comma 4, c.p.p. prevede che, qualora imputati siano una donna incinta o una madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, nel caso in cui la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la misura cautelare coercitiva della custodia in carcere, salvo che sussistano «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza».

Il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere, dunque, viene meno qualora sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

Sul punto, tuttavia, occorre una precisazione. Invero, anche nell'ipotesi in cui sussistano le suddette esigenze cautelari, il giudice potrebbe disporre la custodia della madre di prole in tenera età in un luogo diverso dal carcere.

in *Giur. cost.*, 2009, 2442, con nota di C. FIORIO, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, *ivi*, 2447.

²⁸ Per alcune considerazioni di carattere generale concernenti la legge 21 aprile 2011, n. 62, tra gli altri: G. DOSI, *Migliorano le condizioni delle mamme detenute ma la partita si gioca sulle strutture alternative*, in *Guida al dir.*, 2011, n. 17, 9; F. FIORENTIN, *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Guida al dir.*, 2011, n. 23, 46; ID., *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 2616; S. MARCOLINI, [Legge 21 aprile 2011, n. 62 \(Disposizioni in tema di detenute madri\)](#), in questa *Rivista*, 5 maggio 2011; P. PITTARO, *La nuova normativa sulle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 870; L. SCOMPARIN, *Una "piccola" riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Legisl. pen.*, 2011, 597.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 285 *bis* c.p.p., inserito dall'art. 1, comma 3, della legge del 2011 sopra richiamata, proprio «nelle ipotesi di cui all'art. 275, comma 4», se la persona da sottoporre a custodia cautelare in carcere sia «donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni», il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove, tuttavia, le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano.

Tale disciplina si estende anche al padre – ancora una volta – «qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole» (art. 285 *bis* c.p.p.): con una formula normativa ormai usuale si assiste, anche in tale ipotesi, ad una più ampia valorizzazione della figura paterna al fine di apprestare maggiore tutela all'interesse del minore.

Da ultimo, dopo aver apportato ulteriori modifiche alla disciplina concernente le misure alternative alla detenzione (art. 47 *ter* e art. 47 *quinquies* ord. penit.), la legge del 2011 ha inserito l'art. 21 *ter* ord. penit., il quale prevede un nuovo istituto volto al riconoscimento del diritto di visitare il minore infermo²⁹.

Più in particolare, l'art. 21 *ter* ord. penit., aggiunto dall'art. 2 della legge appena menzionata, prevede una regolamentazione diversamente articolata per il caso di «imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute» del figlio (art. 21 *ter*, comma 1, ord. penit.) e per l'ipotesi di assistenza del figlio «durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute» (art. 21 *ter*, comma 2, ord. penit.)³⁰.

Il primo comma della disposizione stabilisce, infatti, che la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, «ovvero nel caso in cui il figlio sia affetto da *handicap* in situazione di gravità, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata ai sensi dell'art. 4 della medesima legge», possono visitare, previa autorizzazione, l'infermo «o il figlio affetto da *handicap grave*»³¹.

²⁹ Più precisamente, in relazione alla detenzione domiciliare ordinaria, l'art. 3, comma 1, della legge 21 aprile 2011, n. 62, ha previsto per le detenute madri la possibilità di espiare la pena anche all'interno di case famiglia protette. Invece, per quanto attiene alla detenzione domiciliare speciale, mediante l'aggiunzione del comma 1 *bis* nel *corpus* dell'art. 47 *quinquies* ord. penit., dovuta all'art. 3, comma 2, lett. b), della legge 21 aprile 2011, n. 62, è stata prevista, «salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4 *bis*», la possibilità di espiare la prima porzione di pena (almeno un terzo della pena o almeno quindici anni nell'ipotesi di condanna all'ergastolo) presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. Qualora sia impossibile espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite.

³⁰ Va rilevato che le ragioni prettamente umanitarie che hanno indotto il legislatore del 2011 ad introdurre l'art. 21 *ter* ord. penit. ne hanno determinato l'immediata applicabilità, diversamente da quanto stabilito in relazione ad altri istituti, previsti dalla stessa legge 21 aprile 2011, n. 62, la operatività dei quali è stata subordinata alla «completa attuazione del piano carceri» oppure è stata rinviata al 1° gennaio 2014.

³¹ L'inciso «ovvero nel caso in cui il figlio sia affetto da *handicap* in situazione di gravità, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata ai sensi dell'art. 4 della medesima legge», nonché l'espressione «o il figlio affetto da *handicap grave*», sono stati aggiunti dall'art. 14, comma 1, lett. a) e b), della

Come si evince dal dettato normativo, non è prevista alcuna particolare limitazione connessa a determinate soglie di età del figlio minore infermo.

Il secondo comma dell'art. 21 *ter* ord. penit. stabilisce, invece, per la condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se non convivente, o di un figlio affetto da *handicap* grave, nonché per il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, la possibilità di essere autorizzati ad assistere il minore durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute³².

Alla luce di quanto qui osservato, sembra di potere affermare come il percorso seguito negli ultimi anni riveli l'acquisita consapevolezza degli effetti deleteri della carcerazione, soprattutto, sullo sviluppo fisico e psichico del minore, figlio di un genitore privato della libertà personale³³. Proprio tale presa di coscienza sembra aver indotto il legislatore a "rafforzare" il differenziato regime penale, processuale penale e penitenziario previsto per le detenute madri: un regime che oggi predilige forme di espiazione extracarceraria delle pene e delle misure cautelari coercitive, le quali tendono a garantire un rapporto quanto più possibile sano e corretto tra il minore ed il genitore.

Tuttavia, non può non destare perplessità il numero dei minori ancora "condannati" a trascorrere i primi anni della loro vita all'interno di un contesto punitivo povero di stimoli³⁴: ad oggi, infatti, gli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale ospitano cinquanta detenute madri con cinquantanove figli al seguito³⁵.

legge 16 aprile 2015, n. 47.

³² Anche in tale ipotesi il riferimento al figlio affetto da *handicap* grave è stato aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. c), della legge 16 aprile 2015, n. 47.

³³ L'interesse a che il minorenne non subisca gli effetti deleteri della carcerazione è oggetto di specifica attenzione di alcune Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nelle quali si riconosce che il carcere non è il luogo più adatto per la crescita dei bambini e si sollecita l'adozione e l'applicazione di misure alternative al carcere nei confronti delle madri. Tra le altre, cfr. (in www.coe.int): la Raccomandazione R (87) 3 sulle regole penitenziarie europee; la Raccomandazione R (2000) 1469 sulle madri ed i neonati in carcere; la Raccomandazione R (2006) 2 sulle regole penitenziarie europee; la Raccomandazione R (2018) 5 concernente i bambini figli di detenuti.

Ad esse, inoltre, si aggiungono alcune Risoluzioni del Parlamento europeo (reperibili in www.europarl.europa.eu): la Risoluzione del 26 maggio 1989 sulla situazione di donne e bambini in carcere; la Risoluzione del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare; la Risoluzione del 15 dicembre 2011 sulle condizioni detentive nell'UE; la Risoluzione del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione.

³⁴ Le problematiche connesse alla maternità in carcere sono state particolarmente approfondite dagli Stati generali sull'esecuzione penale 2015-2016. Dalla Relazione predisposta al termine dei lavori del Tavolo 3, coordinato da T. Pitch e composto da G. Bezzi, L. Cesaris, I. Del Grosso, M. Graziosi, E. Pierazzi, D. Stasio, S. Steffenoni (in www.giustizia.it), risulta che la presenza di bambini in carcere al fianco delle madri è dovuta non soltanto alla scarsa diffusione sul territorio nazionale di istituti a custodia attenuata per detenute madri e di case famiglia protette, ma anche all'atteggiamento dei magistrati competenti, i quali, in assenza di un domicilio "sicuro", tendono a non concedere la detenzione domiciliare.

Di recente, inoltre, l'esigenza di riprendere il cammino in materia è stata posta in evidenza da G. MANTOVANI, [La de-carcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?](#), in questa *Rivista*, fasc. 1/2018, 231.

³⁵ I dati riportati nel testo, aggiornati al 30 settembre 2018, sono reperibili in www.giustizia.it. Una lettura

2.1. L'assistenza all'esterno dei figli in tenera età.

Tra gli "strumenti" forniti dal legislatore al fine di assicurare un rapporto quanto più possibile normale con il genitore detenuto, occorre qui soffermarsi sull'assistenza all'esterno dei figli minori. La sentenza in esame, infatti, fornisce l'occasione per svolgere una riflessione più organica in ordine a tale beneficio penitenziario.

Come anticipato, l'art. 21 *bis*, rubricato, appunto, «Assistenza all'esterno di figli minori», è stato inserito nel *corpus* della legge 26 luglio 1975, n. 354 – e, più precisamente, nel Capo III «Modalità del trattamento» del Titolo I «Trattamento penitenziario» – ad opera dell'art. 5 della legge 8 marzo 2001, n. 40.

Si tratta di un istituto inedito, la cui disciplina si ispira a quella dettata per il «Lavoro all'esterno» (art. 21 ord. penit.)³⁶.

È prevista, infatti, per le condannate e per le internate, la possibilità di «essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21» (art. 21 *bis*, comma 1, ord. penit.).

La stessa possibilità è riconosciuta al padre detenuto «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre». Tale previsione normativa suscita alcune perplessità: infatti, pur essendo forse condivisibile il ruolo primario assegnato dal legislatore alla madre nella cura e nell'assistenza dei figli minori di anni dieci, appare opinabile l'aver stabilito che il padre detenuto possa assistere all'esterno i figli minori soltanto laddove altri soggetti non possano provvedervi³⁷.

L'istituto *de quo* è caratterizzato da una valenza rieducativa, dal momento che ai compiti di cura e di assistenza è attribuito il medesimo valore e la medesima potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa.

Per quel che attiene ai presupposti, l'art. 21 *bis* ord. penit. rinvia alle condizioni previste dall'art. 21 ord. penit., il quale, a sua volta, richiede di essere letto alla luce dell'art. 48 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

Più in particolare, affinché il genitore detenuto possa essere ammesso alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli minori di anni dieci, è necessario che tale possibilità sia prevista nel programma di trattamento; soltanto in tale ipotesi il direttore dell'istituto penitenziario può avanzare la proposta, rivolta al magistrato di sorveglianza o ad un'altra autorità giudiziaria competente. L'autorità giudiziaria competente, peraltro, nel

degli stessi, affiancata dalla consultazione dei periodici rapporti predisposti dall'associazione Antigone (da ultimo, il XIV rapporto sulle condizioni di detenzione, in www.antigone.it), nonché dei documenti redatti dall'associazione "Bambinisenzasbarre" (reperibili in www.bambinisenzasbarre.org), fornisce un significativo contributo alla ricostruzione dell'attuale realtà penitenziaria.

³⁶ In relazione al lavoro all'esterno, si vedano: M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, cit., 185; L. FILIPPI – G. SPANGHER – M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 115; M.R. MARCHETTI, *Art. 21 ord. penit.*, in F. Della Casa – G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, 5ª ed., Wolters Kluwer-Cedam, Vicenza, 2015, 285.

³⁷ Del resto, analoghe perplessità in relazione a tale profilo suscita la disciplina contenuta nell'art. 47 *quinquies*, comma 7, ord. penit.: cfr., *supra*, parag. 2.

valutare la proposta deve attenersi a determinati parametri, richiamati dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza qui oggetto di attenzione: vale a dire, il tipo di reato commesso, la durata (effettiva o presunta) della misura privativa della libertà personale, il *quantum* di pena ancora da espiare, nonché l'esigenza di prevenire il pericolo che l'ammesso ad assistere all'esterno il figlio minore possa commettere ulteriori reati (art. 48, comma 4, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

Inoltre, il richiamo a tale ultimo parametro consente di tenere in debita considerazione le esigenze di difesa della società, già messe in luce mediante il rinvio operato dall'art. 21 *bis* ord. penit. all'art. 21 ord. penit.

Come sottolineato in precedenza, infatti, l'art. 21 ord. penit. pone talune preclusioni alla possibilità di essere ammessi al lavoro all'esterno, e dunque anche all'assistenza all'esterno della prole in tenera età.

La Consulta, con la sentenza in commento, si sofferma proprio su tale aspetto, chiarendo gli intricati rapporti che corrono tra l'art. 21 ord. penit. e gli artt. 4 *bis* e 58 *ter* ord. penit.³⁸ Una lettura congiunta delle tre disposizioni rivela, infatti, che i requisiti per accedere al lavoro all'esterno – e, quindi, all'assistenza all'esterno dei figli minori di anni dieci – variano alla luce dei seguenti criteri: il titolo di reato per il quale il soggetto è stato condannato e le scelte da questi eventualmente compiute in materia di collaborazione con la giustizia.

In particolare, come precisato dalla Consulta, i condannati per uno dei delitti indicati dai commi 1 *ter* e 1 *quater* dell'art. 4 *bis* ord. penit. possono accedere al beneficio dopo aver scontato la frazione di pena prevista dall'art. 21 ord. penit., oppure dopo aver collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit.

Ancora, per la Corte costituzionale, diversa è la situazione nella quale versano coloro i quali siano stati condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. Tali soggetti, infatti, possono accedere al beneficio solo ove collaborino con la giustizia, secondo quanto disposto dall'art. 58 *ter* ord. penit.: in tale ipotesi, dunque, non occorre che abbiano previamente espiato un determinato *quantum* di pena.

Infine, devono, invece, scontare una porzione di pena prima di accedere al beneficio coloro i quali siano stati condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., ove si trovino nelle condizioni previste dal comma 1 *bis* del medesimo articolo: in altre parole, nei casi nei quali la collaborazione con la giustizia risulti impossibile, inesigibile o irrilevante, i condannati per uno dei delitti richiamati dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. possono essere ammessi al lavoro all'esterno (nonché, per quel che qui interessa, all'assistenza all'esterno dei figli in tenera età) dopo aver scontato un terzo della pena, o dieci anni in caso di ergastolo.

³⁸ Particolare attenzione alla disciplina contenuta negli artt. 4 *bis* e 58 *ter* ord. penit. è stata rivolta dai citati Stati generali sull'esecuzione penale 2015-2016. Più in particolare, il Tavolo di lavoro 16, coordinato da R. Polidoro e composto da M.G. Coppetta, G. di Rosa, F. Fiorentin, F. Gioeni, L. Orazi, R. Piscitello, A. Pugiotto, A. Siviglia, ha elaborato una proposta (in www.giustizia.it) volta a «ri-orientare secondo Costituzione» l'attuale regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione, in omaggio alla individualizzazione del trattamento rieducativo.

Un'ultima considerazione. Il rinvio operato dall'art. 21 *bis* ord. penit. all'art. 21 ord. penit. pare estendersi anche alle ipotesi di revoca previste dal già citato art. 48 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, in quanto compatibili.

Sembra, dunque, poter essere disposta la revoca del provvedimento, ad esempio, qualora non siano osservate le prescrizioni che il genitore detenuto deve impegnarsi a rispettare durante il tempo trascorso fuori dall'istituto penitenziario, nonché quelle inerenti all'orario di uscita e di rientro; l'orario di uscita deve, peraltro, essere fissato all'interno di una fascia oraria che prevede l'ipotesi del ritardo per forza maggiore (art. 48, comma 13, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230). Soltanto il decorso di tale termine potrà far sì che il detenuto sia perseguibile per il delitto di evasione, disciplinato dall'art. 385 c.p.

3. L'interesse del minore nella giurisprudenza costituzionale.

Come anticipato, la pronuncia in esame invita a riflettere, altresì, circa la rilevanza assunta dall'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile normale con il genitore negli itinerari argomentativi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale³⁹.

Tale interesse affiora, infatti, in talune decisioni della Corte costituzionale, le quali hanno riguardato il diritto penitenziario, il diritto processuale penale, nonché – seppure in termini non del tutto analoghi – il diritto penale sostanziale: conviene, allora, analizzarle sinteticamente.

3.1. Questioni di diritto penitenziario.

Prendendo l'abbrivio dal diritto penitenziario⁴⁰, di particolare importanza risulta la pronuncia, sopra richiamata, per mezzo della quale nel 1990 la Corte costituzionale, valorizzando il ruolo paterno nell'interesse del minore, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, comma 1, n. 1, ord. penit., nella parte in cui non stabiliva che la detenzione domiciliare prevista per la madre di prole in tenera età, con la stessa convivente, potesse essere concessa, nelle medesime condizioni anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole (sul punto, cfr. par. 2)⁴¹.

³⁹ Sofferma l'attenzione su alcune sentenze della Corte costituzionale in materia di protezione dell'infanzia e di sostegno della genitorialità anche G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, 263. Più in generale, sulla collocazione costituzionale del principio "*best interests of the child*" e sulla sua capacità di indirizzare anche gli interpreti in sede di interpretazione conforme alla legge, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 27.

⁴⁰ Con la locuzione «diritto penitenziario» si intende fare riferimento a quel *corpus* normativo che trova la sua sede principale nella già richiamata legge 26 luglio 1975, n. 354, più volte modificata. Sul punto, L. FILIPPI – G. SPANGHER – M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 1.

⁴¹ Corte cost., 13 aprile 1990, n. 215, cit.

Ancora nell'interesse del minore, nel 2003 la Corte costituzionale ha pronunciato la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, comma 1, lett. a), ord. penit., nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare anche nei confronti della madre condannata e, nei casi previsti dall'art. 47 *ter*, comma 1, lett. b), ord. penit., del padre condannato, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante⁴². Così statuendo, la Consulta ha posto fine alla disparità di trattamento che sino a quel momento correva tra la situazione del genitore di un figlio incapace perché minore degli anni dieci, ma con un certo margine di autonomia almeno dal punto di vista fisico, e la condizione del genitore di un figlio disabile e incapace di provvedere alle sue elementari esigenze, il quale, indipendentemente dal limite di età, necessita di una assistenza maggiore e continua.

Negli anni successivi, nei percorsi argomentativi della Consulta i richiami espressi all'indeterminata clausola «interesse del minore» divengono frequenti⁴³.

Nel 2009, ad esempio, chiamata a pronunciarsi in ordine alla differenza di trattamento, prevista in materia di allontanamento dal domicilio senza giustificato motivo, tra le madri ammesse alla detenzione domiciliare e le madri ammesse alla detenzione domiciliare speciale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, comma 1, lett. a), e comma 8, ord. penit., nella parte in cui non limitava la punibilità ai sensi dell'art. 385 c.p. («Evasione») al solo allontanamento che si protraesse per più di dodici ore, come previsto dall'art. 47 *sexies*, comma 2, ord. penit., sul presupposto, di cui all'art. 47 *quinqies*, comma 1, ord. penit., che non vi fosse il concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti⁴⁴. Muovendo dall'identità di *ratio* che caratterizza la detenzione domiciliare e la detenzione domiciliare speciale, la Consulta ha equiparato le conseguenze derivanti dal ritardo nel rientro da parte della detenuta madre. Ma soprattutto, soffermandosi sulla possibilità prevista dal legislatore del 2001 di concedere la detenzione domiciliare anche alle madri condannate per delitti che destano particolare allarme sociale, ha richiamato *ex professo* l'«interesse dei bambini, che non devono essere eccessivamente penalizzati dalla differenza di situazione delle rispettive madri in riferimento alla gravità dei reati commessi ed alla quantità di pena già espiata».

Di recente, poi, la considerazione dell'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile normale con il genitore ha consentito di “indebolire” alcuni automatismi legislativi che, sorretti da istanze securitarie, subordinavano la concessione

⁴² Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350, in *Giur. cost.*, 2003, 3634, con nota di L. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, *ivi*, 3643, e di G. REPETTO, *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, *ivi*, 2004, 754.

⁴³ L'indeterminatezza della clausola «interesse del minore» è stata posta in evidenza, tra gli altri, da: 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, 1590; 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, 4945; M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, *cit.*, 28 ss.

⁴⁴ Corte cost., 12 giugno 2009, n. 177, in *Giur. cost.*, 2009, 1977, con nota di C. FIORIO, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, *ivi*, 1986.

di taluni benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia o alla previa espiazione di una determinata frazione di pena⁴⁵. Proprio di tale filone giurisprudenziale la sentenza in esame rappresenta – ad oggi – l’ultimo tassello.

In particolare, nel 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall’art. 47 *quinqüies* ord. penit⁴⁶. Ed inoltre, in applicazione dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall’art. 47 *ter*, comma 1, lett. a) e b), ord. penit., ferma restando la condizione della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Ad avviso della Corte costituzionale, infatti, subordinare l’accesso alle misure alternative alla detenzione alla collaborazione con la giustizia – «indice legale del “ravvedimento” del condannato» – può risultare giustificabile in relazione a misure che perseguono in via esclusiva la finalità di reinserire il reo nel tessuto sociale. Per converso, non lo è quando entra in gioco un interesse «esterno»: appunto, l’interesse del minore. Non è, infatti, possibile traslare il «costo» della strategia di lotta al crimine organizzato sul minore, soggetto terzo.

Ancora, nel 2017, la Consulta ha ravvisato la non conformità al dettato costituzionale dell’art. 47 *quinqüies*, comma 1 *bis*, ord. penit., nella parte in cui impediva alle detenute madri condannate per uno dei delitti indicati nell’art. 4 *bis* ord. penit. di accedere alle modalità agevolate di espiazione della prima porzione di pena⁴⁷. Anche in tale occasione, dunque, la Corte costituzionale ha censurato un automatismo legislativo basato su indici presuntivi, il quale comportava il totale sacrificio dell’interesse del minore.

In tali decisioni, è interessante osservare che la Consulta evidenzia la speciale rilevanza dell’interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione. Tuttavia, tiene a precisare che detto interesse, certamente di rango elevato, non forma oggetto di una protezione assoluta, dovendo, invece, essere bilanciato con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena.

⁴⁵ Più in generale, in relazione ad altri settori, E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella Corte costituzionale*, in D. Butturini – M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, 85.

⁴⁶ Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit.

⁴⁷ Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76, cit.

3.2. Profili processualpenalistici.

L'interesse del minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato con ciascuno dei genitori, è stato sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale anche in relazione a profili processualpenalistici.

Di particolare interesse risulta la recente sentenza per mezzo della quale la Consulta, sollecitata ad esprimersi circa la legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 13, 24, 31 e 111 Cost., dell'art. 275, comma 4, c.p.p., «nella parte in cui prevede che non possa essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole solo di età non superiore a sei anni», ha dichiarato la questione infondata⁴⁸.

Bisogna qui soltanto sottolineare che, in tale occasione, la Corte ha chiarito che l'individuazione legislativa del limite dei sei anni di età del minore, previsto per l'applicazione del divieto di custodia cautelare in carcere, «non può essere accostata alle presunzioni legali assolute che comportano l'applicazione di determinate misure o pene sulla base di un titolo di reato, con l'effetto di impedire al giudice di tenere conto delle situazioni concrete o delle condizioni personali del destinatario della misura o della pena». Peraltro, secondo la Consulta, l'art. 275, comma 4, c.p.p. non prevede alcun automatismo, trattandosi, per converso, di una deroga ai criteri di applicazione delle misure cautelari previsti dai commi precedenti del medesimo articolo, nonché alla presunzione legale di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. Dunque, l'art. 275, comma 4, c.p.p. non preclude in assoluto alla madre, imputata per gravi reati, l'accesso alla misura cautelare più idonea a garantire il rapporto con il figlio in tenera età, ma pone un limite a tale accesso: il compimento del sesto anno di età del figlio. È questo, infatti, il momento nel quale il minore assume i primi obblighi di scolarizzazione, intraprendendo un percorso di parziale «autonomizzazione» rispetto alla madre. La Corte costituzionale, quindi, ha ritenuto non manifestamente irragionevole il bilanciamento tra esigenze di difesa sociale ed interesse del minore compiuto in astratto dal legislatore.

3.3. Aspetti di diritto penale sostanziale.

Da ultimo, occorre segnalare che l'interesse del minore è entrato in gioco, più in generale, quale interesse “terzo” anche nelle vicende inerenti alla automatica

⁴⁸ Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 17, in: *Cass. pen.*, 2017, 1460, con osservazioni di E. APRILE, *ivi*, 1465, e con nota di A. GASPARRE, *Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore*, *ivi*, 3174; *Giur. cost.*, 2017, 88, con osservazione di M. CAREDDA, *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, *ivi*, 98. Per un ulteriore commento, E. ANDOLFATTO, [Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, 286.

applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale, prevista dall'art. 569 c.p.⁴⁹

Già nel 1988, la Corte costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale dell'automatismo sanzionatorio in esame alla luce degli effetti negativi che questo era in grado di ripercuotere nei confronti del figlio minore⁵⁰. E in quella occasione aveva affermato che «non è certamente in ragione di eventuali ripercussioni negative, su terzi, che l'applicazione di sanzioni penali, principali od accessorie, può eventualmente provocare, che va dichiarata l'illegittimità costituzionale d'una determinata pena». Del resto – aggiungeva la Corte – l'art. 30, comma 2, Cost. prevede che, nei casi di incapacità dei genitori, la legge assicura lo svolgimento di tali compiti da parte di altri soggetti.

Era evidente che la pronuncia si innestava in un tessuto normativo diverso dall'attuale, meno sensibile nei confronti delle esigenze di tutela dei minorenni. Così, mutato il contesto di riferimento, abbiamo assistito ad una decisa inversione di rotta da parte della Consulta⁵¹. Ed infatti, dapprima, nel 2012, la Corte costituzionale ha pronunciato la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabiliva che, in caso di condanna contro il genitore per il delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2, c.p.), conseguisse l'automatica perdita della potestà genitoriale (ora, responsabilità genitoriale), così precludendo al giudice ogni possibilità di valutare l'interesse del minore nel caso concreto⁵². Ed in seguito, nel 2013, la Corte è addivenuta alla medesima conclusione allorché è stata chiamata a pronunciarsi circa la conformità al dettato costituzionale dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevedeva che conseguisse la perdita di diritto della potestà genitoriale (ora, responsabilità genitoriale) alla condanna pronunciata nei confronti del genitore ritenuto responsabile del delitto di soppressione di stato (art. 566, comma 2, c.p.)⁵³.

⁴⁹ Più in generale, sulle pene accessorie, si veda S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Cedam, Padova, 1986.

In ordine agli automatismi sanzionatori, invece, G. LEO, [Automatismi e principi costituzionali](#), in questa *Rivista*, 7 gennaio 2014. Il contributo da ultimo richiamato riproduce, con lievi modifiche, la corrispondente voce poi confluita nella sezione di diritto penale (curata da G. Leo e F. Viganò) de *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani* (dir. da R. Garofoli e T. Treu), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2014.

⁵⁰ Corte cost., ord. 9 giugno 1988, n. 723, in *Giur. cost.*, 1988, 3271.

⁵¹ Bisogna, inoltre, segnalare che nel 1988 la Corte costituzionale aveva adottato la decisione sulla base di un parametro diverso da quello evocato nel 2012. Più in particolare, nel 1988 era stata prospettata l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. in riferimento all'art. 30 Cost. Nel 2012, invece, divengono parametri di riferimento gli artt. 2, 3, 27 terzo comma, 30 e 31 Cost.

⁵² Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in: *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1575, con commento di L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, ivi, 1585; *Dir. pen. e processo*, 2012, 595, con commento di S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, ivi, 597; in questa *Rivista*, 27 febbraio 2012, con osservazioni di G. LEO, [Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato](#), ivi; *Giur. cost.*, 2012, 364, con commento di M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, ivi, 377, e di 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*, ivi, 4909.

⁵³ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7. Il testo della sentenza è consultabile in *Dir. pen. proc.*, 2013, 552, con nota di S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, ivi, 554, ed in *Giur. cost.*, 2013, 169, con



11/2018

Ancora una volta, dunque, la Corte costituzionale ha posto in evidenza la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore, quale interesse terzo, a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione⁵⁴.

nota di M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p. sempre in nome del dio minore*, ivi, 176. Per un ulteriore commento, 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. – Riv. Trim.*, 2/2013, 199.

⁵⁴ Peraltro, l'orientamento seguito dalla Corte costituzionale appare in linea con la tendenza manifestatasi anche in seno alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, in relazione alla regolamentazione della perdita della potestà genitoriale, sostiene che l'applicazione automatica della misura in questione determini una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rubricato «Diritto al rispetto della vita privata e familiare». Cfr. Corte EDU, 17 luglio 2012, *M.D. and Others v. Malta*, ric. n. 64791/2010, in [www.echr.coe.int](#). Per un commento, L. FERLA, [La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU. Riflessioni a partire dal caso M.D. and Others v. Malta](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, 186 ss.