

# La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari \*

di Marta Picchi \*\*  
(15 marzo 2019)

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La questione affrontata nella sent. n. 174/2018. – 3. Segue: le precedenti pronunce della Corte costituzionale. – 4. Segue: la “conclusione obbligata” della Corte costituzionale. – 5. Osservazioni conclusive. Alcune residue criticità: la preclusione assoluta legata all'età del minore. – 6. Segue: «il migliore interesse del minore». – 7. Segue: quale tutela per l'interesse del minore a un rapporto affettivo con il padre?

## 1. Premessa.

Nel corso del tempo, si è assistito a una progressiva restrizione della discrezionalità giudiziale in ambito penale sotto molteplici profili. Per fare solo alcuni esempi, certi interventi legislativi hanno irrigidito la disciplina delle misure cautelari, altri hanno introdotto limitazioni nella discrezionale determinazione delle pene (comprese quelle accessorie) e ancora, per quanto concerne l'esecuzione della pena, sono state poste delle preclusioni in merito all'accesso da parte dei condannati ai benefici penitenziari<sup>1</sup>.

Quando il legislatore svuota di significato la riserva di giurisdizione attraverso un eccesso di presunzioni e, quindi, di bilanciamenti preclusivi, fa perdere a questa «la propria funzione di garanzia imposta dall'*habeas corpus* dell'art. 13 Cost.»<sup>2</sup>. Gradualmente, la Corte costituzionale ha così ritenuto di dover intervenire a tutela della funzione giurisdizionale restituendo margini di discrezionalità all'autorità giudiziaria in nome dei principi costituzionali che la giustificano: anzitutto, quello di uguaglianza (art. 3), nella prospettiva della ragionevolezza, posto che adeguare la misura punitiva alle caratteristiche dei singoli casi concreti consente l'applicazione di trattamenti differenziati in ragione delle diversità che si presentano; in secondo luogo, la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) che, per essere veramente perseguita, richiede un'attenta valutazione del fatto e del reo, possibile soltanto attraverso margini adeguati di discrezionalità giudiziale<sup>3</sup>.

La pronuncia in commento, di accoglimento a contenuto additivo, si pone appunto nel solco dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo il quale la previsione da parte del legislatore di soluzioni che precludono all'autorità giudiziaria margini di apprezzamento discrezionale nella concessione dei benefici penitenziari non è compatibile con i valori della Costituzione. Difatti, tali presunzioni assolute impediscono al giudice di verificare in concreto l'effettiva sussistenza della *ratio* giustificatrice posta a fondamento della disciplina da applicare e, soprattutto, di bilanciare le esigenze di sicurezza e tutela della società con altri valori primari. Viene così ulteriormente consolidata la propensione

\* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Cfr. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 gennaio 2014.

2 D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 18.

3 Cfr. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, cit., p. 2 ss.

della Corte a eliminare – ricorrendo anche all'adozione di pronunce manipolative in *bonam partem* – gli automatismi legislativi che hanno ricadute immediate su soggetti estranei al reato e, in particolare, sui figli in tenera età, titolari di un preminente interesse<sup>4</sup> a mantenere un rapporto continuativo con i genitori<sup>5</sup>.

Queste brevi riflessioni, dopo l'analisi del ragionamento compiuto dalla Corte costituzionale anche alla luce delle passate decisioni, si propongono di evidenziare alcune criticità che potranno determinare nuove rimessioni innanzi al Giudice costituzionale.

## 2. La questione affrontata nella sent. n. 174/2018.

La questione affrontata dalla Corte costituzionale<sup>6</sup> è stata sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Lecce e Brindisi che ha ipotizzato il contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost. dell'art. 21-*bis* della l. n. 354/1975 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), nella parte in cui tale disposizione, facendo rinvio all'art. 21<sup>7</sup> della medesima legge, escludeva dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci il detenuto condannato per uno dei reati elencati all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, della l. n. 354/1975, che non avesse ancora espiato almeno un terzo della pena. In particolare, il giudice *a quo* si è attivato in seguito al reclamo proposto da una detenuta condannata a una pena di quattro anni e dieci mesi, madre di tre figli di età compresa fra i tre e i cinque anni, che aveva chiesto all'amministrazione penitenziaria di essere ammessa all'assistenza all'esterno dei figli. Infatti, questa istanza era stata rigettata poiché la detenuta non aveva ancora espiato un terzo della pena.

La Corte costituzionale ha proceduto ricostruendo la disciplina censurata a partire dalla

---

4 Relativamente all'indirizzo della giurisprudenza costituzionale in merito alla tutela dell'interesse superiore del minore, tenuto conto del contesto internazionale ed europeo, si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child, nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016.

5 La pronuncia è in linea di continuità con la riflessione che la Corte costituzionale ha avviato ponendo al centro l'interesse del figlio minore a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato, affettivo e continuativo con entrambi i genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione (cfr. sentenze nn. 31/2012 e 7/2013 in tema di decadenza dalla potestà genitoriale e 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 *Diritto penale contemporaneo*, 28 gennaio 2013).

6 I primi commenti sono di E. APRILE, *Osservazioni a C. Cost., 23.7.2018, n. 174*, in *Cassazione penale*, 11/2018, p. 3691 ss.; L. CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2018, p. 1798 ss.; F. FIORENTIN, *Tutela genitorialità, una "messa a punto" costituzionale*, in *Guida al diritto*, 38/2018, p. 74 ss.; M.C. SAPORITO, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, in *www.processopenaleegiustizia.it*, 1/2019; D.M. SCHIRÒ, *L'interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11/2018, p. 105 ss.; G. MARRA, *La Corte costituzionale prosegue l'opera di smantellamento delle preclusioni "rigide" all'accesso ai benefici penitenziari*, in *ilPenalista.it*, 22 ottobre 2018; A. LO CALZO, *Il diritto all'assistenza e alla cura nella prospettiva costituzionale tra eguaglianza e diversità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2018, p. 211 ss. (spec. 227 ss.).

7 L'art. 21, comma 1, l. n. 354/1975, in tema di accesso dei detenuti al lavoro all'esterno, stabilisce che, in caso di condanna alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, dell'art. 4-*bis* della legge n. 354/1975, il beneficio può essere concesso dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena in carcere e, comunque, di non oltre cinque anni. Inoltre, nei confronti dei condannati all'ergastolo l'assegnazione al lavoro all'esterno può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci anni.

sua genesi e ha rilevato come la disposizione impugnata sia stata introdotta nel 2001<sup>8</sup> con l'intento di tutelare il diritto del minore a mantenere, nella prima infanzia, un sano e corretto rapporto con la madre detenuta che non abbia ottenuto la detenzione domiciliare ordinaria o la detenzione domiciliare speciale, in un contesto diverso da quello carcerario e per un periodo di tempo predeterminato nel corso della giornata. La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa anche al padre detenuto nel solo caso in cui, però, la madre sia deceduta o impossibilitata e non vi sia modo di affidare la prole ad altri. In questa maniera, il legislatore ha ampliato gli istituti che assicurano la continuità della funzione genitoriale sul presupposto, desumibile dagli stessi lavori preparatori<sup>9</sup> della novella, che i compiti di cura dei figli minori abbiano il medesimo valore sociale e le stesse potenzialità di risocializzazione dell'attività lavorativa. È per questo motivo che le condizioni alle quali è possibile ottenere il beneficio dell'assistenza ai figli di età non superiore ai dieci anni coincidono con quelle previste per l'accesso al lavoro all'esterno (difatti, l'art. 21-*bis* rinvia all'art. 21).

Abbiamo dunque due norme che contemplano i medesimi requisiti per ottenere, nel primo caso (art. 21-*bis*), un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto genitoriale con i figli in tenera età e, nel secondo caso (art. 21), una misura il cui unico scopo è il reinserimento sociale del condannato, senza che vi siano ricadute su soggetti terzi<sup>10</sup>. Pertanto, il problema è se il regime delle preclusioni possa essere il medesimo per due distinti benefici penitenziari che perseguono differenti finalità.

In più, la questione assume una maggiore complessità perché l'art. 21, nel regolare l'accesso al beneficio, deve essere interpretato in base a quanto disposto dagli artt. 4-*bis* e 58-*ter* della l. n. 354/1975: il risultato è che si prospettano trattamenti differenziati a seconda del tipo di reato commesso. Nel caso dei cosiddetti delitti di seconda fascia (art. 4-*bis*, comma 1-*ter*) e di terza fascia (art. 4-*bis*, comma 1-*quater*), per accedere al beneficio del lavoro all'esterno, i reclusi devono alternativamente scontare la parte di pena prevista dall'art. 21 oppure possono collaborare attivamente con la giustizia ex art. 58-*ter*: l'interessato deve cioè adoperarsi, anche dopo la condanna, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero deve aiutare concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti o per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

Per i delitti di prima fascia (art. 4-*bis*, comma 1), invece, il dettato legislativo è più rigoroso giacché l'accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario è possibile solo se gli interessati collaborano con la giustizia: di conseguenza, in caso di mancata collaborazione, non potranno accedere al beneficio neppure dopo aver scontato un terzo della pena. Detta previsione ha ricevuto, comunque, un'applicazione meno rigorosa, grazie a una pronuncia interpretativa della stessa Corte costituzionale<sup>11</sup> che ha inteso estenderne l'accesso ai condannati che assicurino la collaborazione secondo le modalità previste dall'art. 58-*ter*<sup>12</sup> anche se non hanno ancora scontato una frazione di pena. Tuttavia, dovranno necessariamente scontare un terzo di pena o dieci anni in caso di ergastolo, prima di poter accedere al beneficio del lavoro all'esterno, «quei condannati per uno dei delitti elencati all'art. 4-*bis*, comma 1, per i quali un'utile collaborazione con la

---

8 V. art. 5, l. 8 marzo 2001, n. 40 (*Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*).

9 Cfr. *Relazione* al disegno di legge di iniziativa del Governo C. 4426, presentato il 24 dicembre 1997.

10 Cfr. cons. dir. p.to 2.1.

11 V. Corte cost., sent. n. 504/1995, alla quale la Corte di cassazione si è uniformata.

giustizia risulti inesigibile a causa della limitata partecipazione al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna, oppure risulti impossibile, per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con la sentenza irrevocabile; nonché nei casi in cui la collaborazione offerta dal condannato si riveli "oggettivamente irrilevante" (sempre che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, n. 6, 114 o 116 c.p.), e comunque "siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva"»<sup>13</sup>.

### 3. Segue: le precedenti pronunce della Corte costituzionale.

La Corte motiva la propria decisione d'incostituzionalità richiamando le considerazioni svolte in due precedenti pronunce. La prima è la sentenza n. 239/2014<sup>14</sup> che si era occupata dell'art. 4-bis, comma 1, della l. n. 354/1975. In particolare, il Giudice costituzionale aveva dovuto valutare la compatibilità della previsione nella parte in cui estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari, in caso di mancata collaborazione con la giustizia, anche alla misura della detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies) rivolta alle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni.

Questo istituto assume una natura sussidiaria e complementare rispetto alla detenzione domiciliare "ordinaria" (art. 47-ter) trovando applicazione in assenza dei presupposti che legittimano il ricorso a quest'ultima e, soprattutto, nell'ipotesi in cui la pena detentiva da scontare superi il limite dei quattro anni di reclusione. In questa maniera, le condannate con prole di età non superiore a dieci anni possono essere comunque ammesse ad espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora oppure in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, a condizione che abbiano già espiato almeno un terzo della pena o almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. Inoltre, occorre che vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli e che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Infine, si prevede che, se la madre è deceduta o versa in condizioni tali da renderle assolutamente impossibile provvedere alla cura dei figli, e non vi è modo di affidare la

---

12 Di recente, l'art. 4-bis, comma 1, della l. n. 354/1975 è stato modificato dall'art. 1, comma 6, lett. a) e b), l. n. 3/2019 (*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e dei movimenti politici*). La nuova previsione riferisce le modalità di collaborazione non solo all'art. 58-ter, ma anche all'art. 323-bis, comma 2, c.p.

13 Corte cost., sent. n. 174/2018, cons. dir. p.to 2.2.

14 A questo proposito, si vedano i contributi di: M.T. TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, in *Archivio penale*, 3/2014; 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*, *ivi*; 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 *Diritto penale contemporaneo*, 27 ottobre 2014; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2014, p. 3940 ss.; 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*, p. 3948 ss.; D. CHINNI, *Figli di un dio minore? Sull'innammissibilità della quaestio legitimitatis che sollecitava l'estensione del divieto di custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275, comma 4, c.p.p. nei confronti della madre di minore totalmente o gravemente invalido*, *ivi*, 3/2015, p. 849 ss.; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Archivio penale*, 3/2015; M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3/2016, spec. p. 27 ss.

prole ad altri, la misura in esame possa essere concessa anche al padre detenuto.

Nel 2011<sup>15</sup>, la disciplina della detenzione domiciliare speciale è stata riformata. Infatti, è stato aggiunto il comma 1-*bis* all'art. 47-*quinquies*, stabilendo così che l'espiazione della quota di pena richiesta per la fruizione della detenzione domiciliare speciale possa avvenire 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 dei figli. Nel caso in cui sia impossibile l'esecuzione nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la quota di pena può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite.

In questa maniera, la madre di prole di età non superiore a dieci anni, condannata a pena detentiva di lunga durata – o anche all'ergastolo – può essere ammessa ad espiaare la frazione iniziale di detta pena in speciali strutture, dotate di sistemi di sicurezza non invasivi e non riconoscibili dai bambini per far sì di ricreare un'atmosfera prossima a un normale ambiente familiare e, addirittura, se non vi è pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, può evitare sin dall'inizio l'ingresso in carcere.

L'evoluzione normativa nel suo complesso mostra un progressivo ampliamento dei presidi a tutela del rapporto tra condannate madri e figli e, in particolare, la detenzione domiciliare speciale è modellata sul prioritario interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione: l'interesse «del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre (o eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo»<sup>16</sup>.

La Corte, nel sottolineare l'importanza di tutelare l'interesse del minore 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 istruzione, non si è limitata a richiamare l'imperativo costituzionale che demanda alla Repubblica il compito di proteggere l'infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31, comma 2, Cost.), ma ha richiamato anche le previsioni introdotte sul piano internazionale e, in particolare, l'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, resa esecutiva in Italia con la l. n. 176/1991, e l'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000. Infatti, in entrambe queste due ultime disposizioni si parla di «superiore» interesse del minore, «stabilendo che in tutte le decisioni relative ai minori, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, detto interesse deve essere considerato "preminente": precetto che assume evidentemente una pregnanza particolare quando si discuta dell'interesse del bambino in tenera età a godere dell'affetto e delle cure materne»<sup>17</sup>.

La Corte, sulla base di tali considerazioni, ha così dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, l. n. 354/1975, nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso contemplati, la misura della detenzione domiciliare speciale ed ha esteso l'efficacia della dichiarazione d'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, anche alla detenzione domiciliare ordinaria – per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che devono espiaare pene meno elevate, restasse irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore – subordinatamente comunque alla verifica della insussistenza di un

---

15 V., *infra*, l. 21 aprile 2011, n. 62 (*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*).

16 Corte cost., sent. n. 239/2014, cons. dir. p.to 8.

17 Cons. dir. p.to 8.

concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti<sup>18</sup>.

La Corte è pervenuta a questa decisione evidenziando come la disposizione impugnata avesse accomunato fattispecie tra loro profondamente diversificate determinando la lesione dei parametri costituzionali. In origine, i benefici penitenziari contemplati all'art. 4-*bis*, comma 1, erano finalizzati al contrasto della criminalità organizzata e alla risocializzazione dell'autore della condotta illecita: per questi motivi, il legislatore aveva assunto, non irragionevolmente, la collaborazione con la giustizia ad indice legale «della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria, sia pure non sufficiente, per valutare il venire meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato»<sup>19</sup> per l'ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall'ordinamento penitenziario.

La condotta collaborativa non può però costituire la condizione necessaria per l'accesso a una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto, rispetto al detenuto, e di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisico-psichico perché altrimenti «il “costo” della strategia di lotta al crimine organizzato viene traslato su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna quanto alla scelta del condannato di non collaborare»<sup>20</sup>. Inoltre, subordinare l'accesso alle misure alternative a indici legali di pericolosità del condannato è giustificabile quando le misure hanno di mira, in via esclusiva, la risocializzazione dell'autore della condotta illecita ma cessa, «invece, di esserlo quando al centro della tutela si collochi un interesse “esterno” ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo»<sup>21</sup>.

In altri termini, la Corte costituzionale ha ritenuto che la disposizione oggetto di impugnazione – dettando una disciplina uniforme per le misure a esclusiva finalità rieducativa e per quelle che, invece, perseguono anche obiettivi di tutela di altri beni costituzionali, come la detenzione domiciliare speciale – realizzasse un trattamento discriminatorio che contrastava con l'art. 3 Cost. e con quei valori preminenti che i parametri costituzionali di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost. ampiamente tutelano.

La Corte ha comunque sottolineato che nemmeno l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne gode di una protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, sempre di rilievo costituzionale, come la difesa sociale. A tale logica rispondono le condizioni di accesso alla detenzione domiciliare speciale, fra le quali vi è anche l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata. Tuttavia, l'interesse del minore risulterà recessivo solo a seguito della verifica in concreto della sussistenza e della consistenza delle esigenze di protezione della società dal crimine e non anche di indici presuntivi che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni.

La seconda pronuncia richiamata dalla Corte costituzionale è la sentenza n. 76/2017<sup>22</sup>. La questione aveva a oggetto l'art. 47-*quinquies* della l. n. 354/1975: come già anticipato, la l. n. 62/2011 ha novellato la disciplina della detenzione domiciliare speciale stabilendo che la prima parte di pena (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo) possa essere espiata, sin dall'inizio, secondo modalità agevolate, anche nella propria abitazione o in

---

18 Cfr. cons. dir. p.to 10.

19 Corte cost., sent. n. 273/2001, cons. dir. p.to 5.

20 Corte cost., sent. n. 239/2014, cons. dir. p.to 9.

21 Cons. dir. p.to 9.

altro luogo di privata dimora, di cura, assistenza o accoglienza, purché non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga. Dall'accesso a tali modalità agevolate di espiazione della prima frazione di pena, però, venivano espressamente escluse le madri (o i padri) condannate(i) per i delitti indicati nell'art. 4-*bis* della l. n. 354/1975: questa esclusione costituiva l'oggetto della censura del giudice rimettente.

La Corte, nell'affrontare la questione nel merito, ha seguito il medesimo percorso logico della sentenza n. 239/2014: difatti, ha osservato come la detenzione domiciliare speciale, pur partecipando alla finalità di reinserimento sociale del condannato, è primariamente indirizzata a consentire l'instaurazione, tra madri detenute e figli in tenera età, di un rapporto quanto più possibile «normale»<sup>23</sup>. È perciò un istituto in cui assume rilievo prioritario la tutela di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione qual è il minore.

La Corte ha ribadito, ancora una volta, la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, ed ha osservato come tale interesse sia complesso ed articolato in diverse situazioni giuridiche che trovano riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento costituzionale interno sia nell'ordinamento internazionale.

L'elevato rango dell'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne non lo sottrae, però, in assoluto ad un possibile bilanciamento con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono quelli di difesa sociale, sottesi alla necessaria esecuzione della pena. In particolare, il bilanciamento dell'interesse del minore con le esigenze di difesa sociale, in via di principio, rientra nelle scelte discrezionali del legislatore e può realizzarsi attraverso regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare temperata tutela. Nondimeno, quando il legislatore introduce presunzioni insuperabili e nega, come nel caso di specie, l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena impedendo al giudice di valutare la sussistenza in concreto, nelle singole situazioni, delle esigenze di difesa sociale, «non si è più in presenza di un bilanciamento tra principi, che si traduce nella determinazione di una ragionevole regola legale: si è al cospetto dell'introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore»<sup>24</sup>. Il preminente interesse del minore – ha ribadito la Corte – può essere recessivo, di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, soltanto in seguito a una valutazione in concreto delle stesse e non già sulla base di automatismi che

---

22 In merito, D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., p. 16 ss.; G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2017; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2017, p. 733 ss.; A. MENGhini, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 8/2017, p. 1047 ss.; 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 *Archivio della nuova procedura penale*, 6/2017, p. 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, p. 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, p. 872; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, p. 149 ss.; G. MANTOVANI, *La de-carcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2018, p. 231 ss.

23 Corte cost., sent. n. 76/2017, cons. dir. p.to 2.2.

24 Cons. dir. p.to 2.2.

impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni.

La Corte ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione impugnata perché escludeva in assoluto dall'accesso a un istituto primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età le madri accomunate dall'aver subito una condanna per uno dei delitti indicati in una disposizione (l'art. 4-*bis*, l. n. 354/1975) che contiene, fra l'altro, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità.

La preclusione assoluta introdotta dal legislatore, perciò, si poneva in contrasto con l'art. 31 della Costituzione. La Corte ha osservato come il legislatore avesse optato per una sorta di esemplarità della sanzione che però non poteva essere giustificata da finalità di prevenzione generale o di difesa sociale perché le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio dell'interesse del minore e con esso della condizione della madre e della stessa finalità di reinserimento sociale della condannata.

Preme rilevare una diversità – che caratterizza anche la pronuncia del 2018 – nell'individuazione dei parametri costituzionali ai quali la Corte è ancora la propria decisione. Sebbene il giudice *a quo*, pure in questo caso, avesse sollevato la questione con riferimento non solo all'art. 31 Cost., ma anche agli artt. 3, 29 e 30 della Costituzione, il Giudice delle leggi ha rilevato la violazione soltanto del primo parametro ritenendo, invece, assorbite le censure relative agli altri principi costituzionali evocati.

#### 4. Segue: la “conclusione obbligata” della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale ritiene che le considerazioni svolte in queste due pronunce debbano essere riferite anche al caso dell'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori, ex art. 21-*bis* della l. n. 354/1975, e determinino perciò una “conclusione obbligata”<sup>25</sup>.

Il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, non può impedire al giudice di valutare la concreta sussistenza, nelle singole situazioni, di esigenze di difesa sociale, bilanciandole con quello che la Corte definisce, ora, «il migliore interesse del minore in tenera età»<sup>26</sup> perché, altrimenti, si è in presenza di un automatismo fondato su indici presuntivi.

I requisiti legislativi previsti per l'accesso a un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto tra madre e figli in tenera età, non possono coincidere con quelli per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno poiché quest'ultimo è esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato, senza immediate ricadute su soggetti terzi. Di conseguenza, l'art. 21-*bis*, operando un rinvio all'art. 21 e parificandone i requisiti, finisce col contrastare con l'art. 31, comma 2, Cost. poiché, salvo che sia stata accertata la sussistenza della collaborazione (art. 58-*ter*), non consente l'accesso alle detenute per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, all'assistenza all'esterno dei figli minori oppure lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena<sup>27</sup>.

La Corte ha premura di precisare, ancora una volta, che la sua decisione non pregiudica le esigenze di difesa sociale perché, anche in questo caso, la concessione del beneficio è affidata al prudente apprezzamento del magistrato di sorveglianza che dovrà tener conto del tipo di reato, della durata della misura privativa della libertà, della residua

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 174/2018, cons. dir. p.to 2.4.

<sup>26</sup> Cons. dir. p.to 2.5.

<sup>27</sup> Cfr. cons. dir. p.to 2.6.

parte di essa e dell'esigenza di prevenire il pericolo che il genitore ammesso all'assistenza all'esterno ai figli commetta altri reati<sup>28</sup>.

##### 5. Osservazioni conclusive. Alcune residue criticità: la preclusione assoluta legata all'età del minore

Questa pronuncia non elimina, però, tutte le preclusioni nell'accesso all'assistenza all'esterno ai figli: rimane pur sempre la presunzione legata all'età del minore (che non deve aver superato i dieci anni di età). Anche la soglia dell'età è posta sulla base della presunzione assoluta operata dal legislatore che, a partire dai dieci anni, il figlio abbia già sviluppato un rapporto affettivo con il genitore e, di conseguenza, il bisogno d'assistenza e cura assuma una minore rilevanza. Detta soglia, però, determina pur sempre un automatismo preclusivo basato su presunzioni insuperabili<sup>29</sup>: difatti, non tutte le situazioni sono uguali e, comunque, l'interesse del minore – cioè di un soggetto terzo ed estraneo alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna – diviene recessivo anche in assenza di un'accertata pericolosità sociale del genitore.

Preme, a questo punto, riprendere un'osservazione accennata poc'anzi. La Corte, come aveva già fatto nella pronuncia del 2017, ritiene di dover tutelare l'interesse del minore di dieci anni riconducendolo nel più ampio dovere della Repubblica di proteggere i minori predisponendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31, comma 2, Cost.), mentre non richiama più (rispetto alla sentenza del 2014) la tutela della famiglia (art. 29 Cost.) e neppure il diritto dei genitori a educare e ad avere un rapporto affettivo con i figli (art. 30 Cost.).

Ancorare l'interesse del minore al solo parametro dell'art. 31, comma 1, Cost. e, cioè, utilizzare la sola prospettiva del dovere di protezione che la Repubblica ha assunto è un modo per contenere l'apertura verso altri valori costituzionali. In altre parole, l'intero ordinamento penitenziario ha bisogno di una compiuta riforma<sup>30</sup> che riconsideri i diversi

---

28 Cfr. cons. dir. p.to 2.7.

29 Di recente, la Corte costituzionale (sent. n. 17/2017) ha respinto le questioni di costituzionalità proposte nei confronti dell'art. 275, comma 4, c.p.p. nella parte in cui esclude la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole di età non superiore a sei anni. In particolare, la Corte ha rigettato la contestazione secondo la quale il limite dei sei anni di età costituirebbe una presunzione legale assoluta o una situazione di automatismo tale da impedire al giudice di apprezzare le peculiarità nel caso concreto. In sostanza, la Corte ha ritenuto che il limite di età che legittima il divieto della custodia cautelare in carcere sia invece uno sbarramento applicativo stabilito dal legislatore, residuando comunque al giudice, al di fuori della presenza di minori di sei anni, il potere-dovere di valutare l'esistenza dei presupposti degli artt. 273 e 274 c.p.p. per l'applicazione di questa misura cautelare (cfr. A. GASPARRE, *Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore*, in *Cassazione penale*, 9/2017, p. 3174 ss.). Tale argomentazione non sembra però riferibile al nostro caso perché, in quest'ultimo, la soglia di età è una preclusione che, automaticamente, impedisce l'applicazione di una misura di maggior favore per il minore e per chi esercita la funzione genitoriale.

30 La legge n. 103/2017 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*), nel delegare il Governo ad adottare decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario, all'art. 1, comma 85, lett. e), prevede l'eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché la revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionali. Questa previsione, pur non escludendo completamente gli automatismi e le preclusioni legislative, avrebbe però consentito, se attuata, di superare alcune incongruenze della vigente disciplina.

istituti operando un adeguato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco. Nell'attesa, la Corte affronta le questioni che le sono prospettate evitando brecce che la potrebbero portare a sostituirsi sempre più spesso nella funzione che è propria del legislatore, ovvero a favorire l'inattività di quest'ultimo.

#### 6. Segue: «il migliore interesse del minore».

Nelle precedenti sentenze, la Corte costituzionale – dopo aver osservato che nelle fonti internazionali l'interesse del minore è qualificato come “superiore”<sup>31</sup> e, dunque, deve essere ritenuto “preminente” quando le autorità pubbliche o le istituzioni private incidano su di esso con una decisione – ha utilizzato questi due aggettivi nel motivare le ragioni delle proprie decisioni.

Nella pronuncia in commento, invece, la Corte preferisce adoperare una diversa espressione: «migliore interesse del minore». Si pone l'interrogativo se questa diversità abbia un qualche significato.

Alla luce del contenuto della pronuncia, l'espressione utilizzata dalla Corte sembra richiedere un esame attento degli effettivi bisogni del minore rispetto alla capacità d'assistenza da parte del genitore. In particolare, detta capacità dovrà essere valutata in concreto: sebbene il legislatore consideri sempre positiva la presenza del genitore, soprattutto della figura materna, tale valutazione non è assoluta e il giudice deve prestare molta attenzione nel rapportare il diritto del minore a conservare un rapporto col genitore al diritto di quest'ultimo a esercitare la funzione genitoriale<sup>32</sup>.

Per un altro verso, però, la capacità d'assistenza del genitore non potrà essere dedotta in astratto dal tipo di reato commesso poiché per il minore è pregiudizievole non tanto la gravità o il disvalore della condotta del genitore quanto il fatto che detta condotta possa cagionare un danno al suo regolare sviluppo psico-fisico<sup>33</sup>.

#### 7. Segue: quale tutela per l'interesse del minore a un rapporto affettivo con il padre?

Il fatto che debba essere tenuto in debito conto l'interesse del minore evidenzia, però, un'altra criticità presente nella disciplina del beneficio penitenziario in questione (e non solo)<sup>34</sup>.

L'art. 21-*bis*, comma 3, stabilisce che la misura dell'assistenza all'esterno possa essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto esclusivamente, però, nel caso in cui la madre sia deceduta o impossibilitata e non vi sia modo di affidare la prole ad altre persone. È chiaro che il legislatore ha inteso il rapporto affettivo e di assistenza del padre

---

31 L'aggettivo “superiore” è adoperato anche nella Raccomandazione CM/Rec(2018)5 del Comitato dei Ministri degli Stati Membri del Consiglio d'Europa, in tema di diritti dei figli delle persone detenute, adottata il 4 aprile 2018. Sul punto, si rinvia a L. CESARIS, *Una nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a tutela dei diritti dei figli delle persone detenute*, in *Giurisprudenza penale web*, 5/2018.

32 L. CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, cit., p. 1803 ss.

33 In tal senso è la Risoluzione in materia di “tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata” del Consiglio Superiore della Magistratura, deliberata il 31 ottobre 2017, su iniziativa della VI Commissione.

34 Fra l'altro, le riflessioni che seguono possono essere riferite, ad esempio, anche alle misure cautelari nonostante la diversità di funzione di queste.

verso il figlio come eventuale e sussidiario rispetto a quello della madre (e anche di terzi): ossia, quando non vi sia alcun'altra possibile soluzione. In sostanza, è come se il legislatore avesse ritenuto, in caso di presenza di entrambi i genitori o di altri, che il figlio di un padre detenuto debba "accontentarsi" della sola assistenza materna o di terzi.

Mi pare evidente il contrasto sia con quelle pronunce della Corte nelle quali è riconosciuto l'interesse del figlio minore a vivere e crescere nell'ambito della famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori<sup>35</sup> sia con "il migliore interesse del minore", intendendo con questa espressione ciò che rappresenta la soluzione preferibile per un equilibrato sviluppo psico-fisico dello stesso.

Il minore – soggetto estraneo all'attività delittuosa e che non deve sopportare i costi delle strategie della lotta al crimine – deve poter coltivare un rapporto affettivo con entrambi i genitori e la presenza della madre (o di altri) non può pregiudicare la possibilità di costruire e mantenere il legame anche con il padre. Ancora una volta, il legislatore pone una preclusione che, per di più, sminuisce il ruolo del padre, quando sussista già l'assistenza materna o addirittura di altri<sup>36</sup>, poiché non reputa infungibile la figura paterna.

Occorrerebbe ben riflettere sul punto sebbene, anche nella legge delega sopra richiamata, la posizione del padre in merito ai benefici penitenziari connessi alla genitorialità non sia intesa in termini di insostituibilità.

\*\* Università degli Studi di Firenze

---

35 Cfr., come già ricordato, Corte cost., sentt. nn. 31/2012, cons. dir. p.to 3, e 7/2013, cons. dir. p.to 3.

36 G. BELLANTONI, *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2014, p. 1759 ss. (spec. p. 1766 ss.), osserva come, oltretutto, la disciplina del beneficio penitenziario sia inspiegabilmente più restrittiva rispetto ai parametri di operatività delle misure cautelari: difatti, ex art. 275, comma 4, c.p.p., in caso di minori di sei anni, il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti del padre opera quando la madre sia deceduta o sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole e non si deve tener conto, invece, della disponibilità di altri congiunti, familiari o strutture assistenziali.