

QUESITI

DALILA MARA SCHIRÒ

Profili critici del trattamento penitenziario*

Alla luce dei principali profili critici del trattamento penitenziario, nello scritto si affronta la condizione della detenuta madre, nel percorso normativo e nei sentieri giurisprudenziali, per poi sollecitare ulteriori riforme.

Critical profiles of prison treatment

In the light of the main critical profiles of the penitentiary treatment, the paper focuses on the situation of the detained mother, exploring the legislative and jurisprudential path, in order to stimulate further reforms.

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo. - 2. Le criticità del trattamento penitenziario. - 3. La condizione delle detenute madri nel percorso normativo. - 4. La tutela delle detenute madri nei sentieri giurisprudenziali. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Il quadro normativo.

Che le pene non possano consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e debbano tendere alla rieducazione del condannato è principio cristallizzato nell'art. 27, co. 3, della Costituzione. Eppure, se si volge lo sguardo all'attuale fisionomia del "carcere", non può non osservarsi come il cammino verso la piena attuazione di quanto previsto dalla Costituzione necessiti ancora di ulteriori e significativi passi.

Muovendo da tale consapevolezza, l'indagine si è proposta di individuare le criticità che connotano il trattamento penitenziario, prediligendo un approccio metodologico caratterizzato dall'intrecciarsi di elementi ricavabili dal tessuto normativo e di dati fattuali relativi alla condizione dei detenuti all'interno degli istituti penitenziari presenti nel nostro Paese¹.

Non può, infatti, trascurarsi che, in relazione a tale settore, si siano susseguiti negli ultimi decenni numerosi interventi normativi. Punto di partenza del percorso deve certamente considerarsi la Legge 26 luglio 1975, n. 354, recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure

(*) La presente relazione compendia l'attività di ricerca dal titolo "Profili critici del trattamento penitenziario", connessa alla borsa di studio *post-lauream* bandita dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo su fondi derivanti da convenzione con l'Unione delle Camere Penali Italiane (Responsabile Scientifico il Prof. Avv. Bartolomeo Romano).

¹ Con la locuzione «trattamento penitenziario» in tale sede deve intendersi l'insieme delle regole che disciplinano l'esecuzione della pena detentiva, nonché l'esecuzione di un provvedimento di custodia cautelare: FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, IV, Milano, 2016, 40. Per una puntuale distinzione tra «trattamento penitenziario» e «trattamento rieducativo», e, in seconda battuta, tra «trattamento individuale» e «trattamento individualizzato», si rinvia a G. DI GENNARO, M. BONOMO, R. BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, IV, Milano, 1991, 40.

privative e limitative della libertà» (da qui in poi, ord. penit.). Prendendo il posto della precedente disciplina di natura regolamentare contenuta nel r.d. 18 giugno 1931, n. 787², l'ord. penit. può, infatti, ritenersi il primo intervento organico volto a rendere il trattamento penitenziario conforme ai principi consacrati nella Costituzione. Abbandonata l'idea del carcere quale luogo di esclusione, di emarginazione, di abbruttimento del reo, e conseguentemente l'idea della pena detentiva quale strumento volto a soddisfare soltanto esigenze di carattere retributivo e di carattere preventivo-generale, la legge *de qua* ha proposto un nuovo modello di esecuzione della pena.

Quasi ribadendo quanto previsto dalla Costituzione, l'art. 1 ord. penit. ha stabilito che il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Ma soprattutto ha sottolineato che il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione, tenuto conto delle specifiche condizioni dei soggetti interessati³.

Proprio il riferimento ai contatti con il mondo "esterno" rappresenta un significativo elemento di discontinuità rispetto a quanto previsto dal regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 1931⁴. Mentre, infatti, il regolamento appena richiamato annoverava tra gli elementi del trattamento soltanto l'istruzione, il lavoro e la religione, mettendo in rilievo, dunque, che essi ne esaurissero il significato⁵, opportunamente, il legislatore del 1975, pur non trascurando i "tradizionali" elementi del trattamento, ne aggiunge ulteriori: vale a dire, i contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia.

Inoltre, nell'ottica di una esecuzione della pena anche al di fuori delle strutture penitenziarie, la legge del 1975 ha avuto il merito di inserire nel nostro ordinamento le misure alternative alla detenzione⁶.

² Ci si riferisce al r.d. 18 giugno 1931, n. 787, intitolato «Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena».

³ L'art. 1 ord. penit. è stato recentemente modificato dall'art. 11, co. 1, lett. a), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

⁴ Il r.d. 18 giugno 1931, n. 787, infatti, non discostandosi da quanto previsto dal precedente r.d. 1 febbraio 1891, considerava quali unici canali di collegamento con la società esterna i colloqui, la corrispondenza e le visite dei prossimi congiunti, ma la loro disciplina era talmente restrittiva da rendere del tutto aleatorie tali «aperture» al mondo esterno. Sul punto, NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 43.

⁵ Sembra opportuna una precisazione: nell'ambito del regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 1931, l'istruzione, il lavoro e la religione rappresentavano il contenuto sostanziale del trattamento, esaurendone, appunto, il significato; invece, con l'entrata in vigore della legge 26 luglio 1975, n. 354, gli stessi assumono, opportunamente, il valore di «elementi del trattamento». In argomento, DI GENNARO, BONOMO, BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, IV, Milano, 1991, 124.

⁶ Per tutti, FLORA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Novissimo Dig. Ita.*, App., vol. V, Torino,

In séguito, ulteriori interventi legislativi hanno interessato l'esecuzione della pena detentiva. Tra questi, è il caso di richiamare la 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 consentito di accedere alle misure alternative alla detenzione senza la necessaria previa espiazione di una porzione di pena all'interno dell'istituto penitenziario ed ha introdotto, nel novero delle misure alternative alla sanzione detentiva, la detenzione domiciliare⁷. Ancora, vanno ricordate la legge 27 maggio 1998, n. 165, contenente «Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni», e la legge 26 novembre 2010, n. 199, recante «Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi».

Ma si pensi, altresì, agli atti normativi mediante i quali il legislatore dei primi anni Novanta del secolo scorso, al fine di fronteggiare la recrudescenza del fenomeno criminoso, soprattutto di stampo mafioso, ha posto taluni limiti alla fruizione dei benefici penitenziari, limiti che hanno tratto, dunque, la loro scaturigine, anzitutto, da esigenze di prevenzione generale. Basti qui rammentare: il divieto di concessione dei benefici previsto dall'art. 4 *bis* ord. penit., aggiunto dall'art. 1, co. 1, del d.lg. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203; l'ulteriore limite alla possibilità di essere ammessi ai benefici penitenziari sancito dall'art. 58 *quater* ord. penit., aggiunto dall'art. 1, co. 6, del d.lg. appena citato; l'introduzione del comma 2 dell'art. 41 *bis* ord. penit., avutasi ad opera del d.lg. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

Da ultimo, occorre porre attenzione ai recenti d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, n. 123 e n. 124, adottati al fine di attuare, seppure parzialmente, la delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103⁸.

2. Le criticità del trattamento penitenziario.

1984, 95 ss., e DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, 816 ss.

⁷ Per alcune recenti considerazioni sul carattere affittivo della detenzione domiciliare e sull'assenza di una finalità di positiva «riabilitazione» del reo, TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018, 137.

⁸ Per un primo commento ai d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, n. 123 e n. 124: DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it; RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, *ivi*; CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, *ivi*.

Come anticipato, la lettura del quadro normativo di riferimento è stata affiancata da una analisi di elementi empirici in grado di rivelare le condizioni nelle quali versano i detenuti all'interno delle strutture carcerarie. Sebbene, infatti, la pena detentiva, nella storia della legislazione penale italiana, abbia rappresentato un significativo approdo nel percorso volto a rendere le sanzioni penali non lesive, o meno lesive, della dignità del condannato, sostituendosi, dapprima, alle pene corporali e, in séguito, anche alla pena di morte, la sua esecuzione non sembra ancora del tutto conforme alle indicazioni fornite dai Costituenti.

Un grido d'allarme, ad esempio, proviene dai dati relativi ai suicidi consumati all'interno degli istituti penitenziari, manifestazioni evidenti di un disagio psichico, cui l'ordinamento non sempre riesce a far fronte⁹. Si pensi che, nel lasso di tempo compreso tra il 2000 ed il 2018, hanno posto fine alla loro vita 1.053 soggetti detenuti¹⁰. E nel solo mese di gennaio del 2019 sono stati già commessi due suicidi tra le mura carcerarie¹¹.

Inoltre, a distanza di pochi anni dalla condanna pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti del nostro Paese, alcune strutture penitenziarie risultano ancora sovraffollate¹². Il 30 novembre 2018, infatti, i detenuti presenti negli istituti penitenziari erano 60.002, sebbene la capienza regolamentare fosse pari a 50.583 posti¹³.

Bisogna anche riconoscere che molte criticità espresse, alcuni anni addietro, dagli Stati generali sull'esecuzione penale persistono: sia sufficiente qui richiamare, emblematicamente, gli episodi di violenza e di sopraffazione, le carenze igieniche e la sostanziale inadeguatezza dell'assistenza sanitaria, la scarsa attenzione nei confronti della dimensione dell'affettività, la frequente de-territorializzazione della pena, l'elevato tasso di recidiva, le preclusioni e gli automatismi applicativi che impediscono di individualizzare il trattamento penitenziario¹⁴.

⁹ Sottolinea che lo Stato assume una sorta di posizione di garanzia nei confronti di chi fa ingresso in carcere DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 37.

¹⁰ Si tratta di dati consultabili in www.ristretti.it. Il numero più elevato di suicidi in carcere è stato registrato nel 2001, anno in cui ben 69 detenuti hanno rinunciato alla loro vita.

¹¹ Anche tale dato, aggiornato al 27 gennaio 2019, può leggersi in www.ristretti.it.

¹² Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, in www.echr.coe.int. In argomento, tra gli altri, TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11, e VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³ I dati richiamati nel testo, i quali riflettono la situazione all'interno degli istituti penitenziari al 30 novembre 2018, sono reperibili in www.giustizia.it.

¹⁴ Il documento finale predisposto dagli Stati generali sull'esecuzione penale può essere consultato in

Certamente, tutti i profili critici succintamente richiamati, unitamente a numerosi altri aspetti problematici, avrebbero meritato uno specifico approfondimento. Tuttavia, per comprensibili esigenze di concentrazione dell'indagine, in relazione all'orizzonte temporale a disposizione, ci siamo soffermati sulla condizione delle detenute madri e, più in particolare, dei figli in tenera età, "costretti" a trascorrere i primi anni della loro esistenza all'interno di strutture carcerarie¹⁵. La tematica, spesso trascurata, è sembrata, infatti, bisognosa di un particolare impegno di carattere scientifico, specie nell'ottica della sensibilità sovente dimostrata dall'Unione delle Camere Penali Italiane.

3. La condizione delle detenute madri nel percorso normativo.

Perseguendo lo scopo di tratteggiare un quadro quanto più chiaro possibile, l'indagine si è proposta di ricostruire, dapprima, il percorso normativo e, successivamente, gli itinerari giurisprudenziali che hanno interessato la relazione che si instaura tra le detenute madri ed i loro figli.

Per quel che attiene al primo profilo, è interessante osservare 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, inizia a prestare "timide" cure al rapporto tra le detenute madri ed i figli minori. Infatti, nel disciplinare il differimento dell'esecuzione della pena tiene in considerazione anche la condizione della gestante e della puerpera (artt. 146 e 147 c.p.)¹⁶. Una normativa, tuttavia, piuttosto scarna ed essenziale.

In linea di continuità con l'ideologia sottesa al codice penale del 1930, si poneva, poi, il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 787, il quale, prediligendo la carcerazione degli infanti al fianco delle madri, riconosceva a queste ultime la possibilità di tenere i figli presso le strutture carcerarie sino ai due anni di età (art. 43).

www.giustizia.it.

¹⁵ Sulla condizione delle detenute madri, con particolare riferimento al differenziato regime penale, processuale e penitenziario predisposto per le stesse, ci permettiamo di rinviare a SCHIRO, *Detenute madri*, in *Dig. Pen., Agg.*, vol. IX, Torino, 2016, 242 ss.

¹⁶ Occorre ricordare che, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, co. 1, della legge 8 marzo 2001, n. 40, l'art. 146, co. 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. Invece, secondo quanto previsto dall'art. 147, co. 1, n. 3, c.p., a seguito delle modifiche dovute all'art. 1, co. 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.

Inoltre, con riferimento alla fase cautelare, il codice di procedura penale del 1930 prestava talune attenzioni alle imputate gestanti e puerpere, prevedendo misure alternative alla carcerazione preventiva, nonché casi di sospensione dell'esecuzione del mandato di cattura (artt. 247 e 259).

Successivamente, con l'entrata in vigore della Costituzione, spazi più ampi sono stati riservati non soltanto alla tutela della maternità ma, altresì, alla salvaguardia dell'infanzia: in particolare, la Costituzione ha posto a carico di entrambi i genitori il dovere (riconoscendogli, altresì, il diritto) di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio (art. 30, comma 1, Cost.) ed 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, alcuni "vuoti" normativi sono stati colmati dal richiamato ordinamento penitenziario, il quale ha rivolto attenzione alla maternità e all'infanzia¹⁷. Recependo le regole minime per il trattamento dei detenuti del 1973 ed anticipando le regole penitenziarie del 1987, l'ordinamento penitenziario, infatti, già nella 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, co. 8, e art. 14, co. 7, ord. penit.)¹⁸.

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, la quale ha introdotto una nuova misura alternativa alla detenzione, annoverando tra i destinatari tipici della stessa anche la madre di

¹⁷ A ben vedere, la progressiva valorizzazione dei rapporti tra la madre detenuta ed il figlio, tendenzialmente, minorenni può leggersi nel più ampio alveo della considerazione dei rapporti con i familiari che sembra rappresentare una delle più significative espressioni della riforma penitenziaria del 1975.

¹⁸ Le disposizioni richiamate nel testo, nella formulazione dovuta agli artt. 1 e 11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, costituiscono oggi la sede della disciplina prima contenuta nell'art. 11, co. 8 e 9, ord. penit. In linea di continuità con quanto da esse previsto, sembra porsi 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.

prole in tenera età¹⁹.

L'art. 13 della richiamata legge, infatti, ha inserito l'art. 47 *ter* ord. penit., rubricato «Detenzione domiciliare», in séguito più volte modificato²⁰. Secondo la vigente formulazione, l'art. 47 *ter*, co. 1, lett. a), ord. penit. prevede che la «donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente»²¹ possa espiare la pena della reclusione non superiore a quattro anni²², 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 protetta²³.

La legge appena menzionata, però, preoccupandosi soltanto della figura materna ed omettendo ogni richiamo alla figura paterna, aveva creato una lacuna in grado di arrecare nocimento al minore, figlio di un detenuto. Così, dapprima, nel 1990, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzio-

¹⁹ Deve, inoltre, segnalarsi 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, co. 7, ord. penit., se l'ammissione alla semilibertà riguardi 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: CASAROLI, *La semilibertà*, in *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, N. 663*, a cura di Flora, Milano, 1987, 235; PALAZZO, *La disciplina della semilibertà: evoluzione normativa e ampiezza funzionale di un «buon» istituto*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 387.

²⁰ Più in particolare, l'art. 47 *ter* ord. penit. è stato modificato: dal d.lg. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203; dal d.lg. 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.lg. 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.lg. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 94; e, da ultimo, dal d.lg. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10.

²¹ Tali condizioni oggettive, peraltro, sono state più volte modificate. 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 séguito, ad opera delle modifiche apportate dall'art. 3, comma 1, d.lg. 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».

²² 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 séguito, da tre anni a quattro anni di reclusione dalla legge 27 maggio 1998, n. 165. Si tratta di modifiche che hanno certamente esteso l'ambito di operatività della detenzione domiciliare, determinando, altresì, una riduzione della popolazione carceraria.

²³ 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.

nale 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, in considerazione dei princìpi sanciti dagli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione²⁴. 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.)²⁵.

La legge del 1998, inoltre, 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 sostitutiva del differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena. Infatti, ai sensi dell'art. 47 *ter*, co. 1-*ter*, ord. penit., aggiunto dall'art. 4, co. 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*, co. 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, il quale può essere prorogato. È inoltre stabilito che l'esecuzione della pena prosegua durante l'esecuzione della detenzione domiciliare.

In un contesto normativo così delineato, forse non ancora in grado di apprestare una efficace protezione alla relazione che si instaura tra la detenuta ma-

²⁴ Corte cost., n. 215 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 1206. Peraltro, ancor prima di intervenire in ambito penitenziario, la Corte cost., n. 1 del 1987, in *Giur. cost.*, 1987, 3, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge 9 dicembre 1977, n. 903 (in séguito abrogato ad opera dell'art. 17, co. 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.

²⁵ La parola «potestà», contenuta nella originaria formulazione dell'art. 47 *ter*, co. 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, per chi volesse, SCHIRÒ, *Responsabilità genitoriale*, in *Dig. Pen.*, Agg., vol. IX, Torino, 2016, 653 ss.

dre ed il figlio minore, si è inserita la legge 8 marzo 2001, n. 40, emblematicamente intitolata «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori»²⁶.

L'obiettivo della legge appena citata appare, *prima facie*, l'eliminazione della carcerazione degli infanti, nonché una maggiore tutela dell'infanzia e della fase che precede l'adolescenza, perseguita assicurando l'assistenza materna in modo continuato ed in un ambiente familiare.

Tentando di conseguire tale condivisibile finalità, la legge del 2001 ha ampliato l'ambito di operatività del rinvio obbligatorio e del rinvio facoltativo della esecuzione della pena non pecuniaria (artt. 146 e 147 c.p.)²⁷.

Inoltre, ha introdotto, tra le misure alternative alla detenzione, la detenzione domiciliare speciale. Ai sensi dell'art. 47 *quinquies* ord. penit., aggiunto dall'art. 3, comma 1, della legge innanzi richiamata, 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 il carattere marginale 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 *quinquies*, comma 7, ord. penit.)²⁸.

Infine, ha introdotto l'inedito istituto dell'assistenza all'esterno del figlio non avente un'età superiore agli anni dieci (art. 21 *bis* ord. penit.). In particolare, è stata prevista 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.

²⁶ Per alcune considerazioni relative alla legge richiamata nel testo, si vedano CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 807, e 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.

²⁷ Si veda, *supra*, la nota 16.

²⁸ Con l'espressione «ad altri», infatti, si intendono anche soggetti terzi rispetto al contesto affettivo di regola rappresentato da parenti ed affini. Deve, inoltre, sottolinearsi che la disciplina di cui all'art. 47 *quinquies*, 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 *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.

penit.).

E la stessa opportunità è stata 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». Non può sottacersi che una siffatta previsione normativa susciti 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 provvedervi²⁹.

Infine, la 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», ha predisposto forme di tutela aggiuntive per le madri detenute e per i loro figli in tenera età concernenti, anzitutto, la fase cautelare³⁰.

In particolare, per effetto delle modifiche dovute all'art. 1, co. 1, della legge appena citata, l'art. 275, co. 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 il 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».

Quanto al divieto di disporre la custodia cautelare in carcere, il quale viene meno laddove sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, 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.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 285 *bis* c.p.p., aggiunto 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

²⁹ Del resto, analoghe perplessità in relazione a tale profilo suscita la disciplina contenuta nell'art. 47 *quinquies*, comma 7, ord. penit.

³⁰ In argomento, tra gli altri: DOSI, *Migliorano le condizioni delle mamme detenute ma la partita si gioca sulle strutture alternative*, in *Guida al dir.*, 2011, n. 17, 9; 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; MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in www.penalecontemporaneo.it; PITTARO, *La nuova normativa sulle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 870; SCOMPARIN, *Una "piccola" riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Legisl. pen.*, 2011, 597.

può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove 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.).

Infine, 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 infermo³¹.

Più segnatamente, 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*, co. 1, ord. penit.) e per l'ipotesi di assistenza del figlio «durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute» (art. 21-*ter*, co. 2, ord. penit.)³².

Il primo comma della disposizione dispone, 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*»³³. In tale ipotesi, come si ricava agevolmente dal dettato nor-

³¹ In particolare, per quanto attiene alla detenzione domiciliare ordinaria, l'art. 3, co. 1, della legge 21 aprile 2011, n. 62, ha previsto per le detenute madri la possibilità di espriare la pena anche all'interno di case famiglia protette. Invece, in relazione alla detenzione domiciliare speciale, mediante l'aggiunzione del co. 1-*bis* nel *corpus* dell'art. 47 *quinquies* ord. penit., dovuta all'art. 3, co. 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 espriare 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 espriare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espriata nelle case famiglia protette, ove istituite.

³² 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.

³³ L'inciso «ovvero nel caso in cui il figlio sia affetto da *handicap* in situazione di gravità, ai sensi dell'articolo 3, co. 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 legge 16 aprile 2015, n. 47.

mativo, 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. prevede, 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 salute³⁴.

4. La tutela delle detenute madri nei sentieri giurisprudenziali.

Come preannunciato, particolare attenzione è stata poi rivolta agli itinerari giurisprudenziali, poiché, negli ultimi anni, ad aver fornito un significativo apporto nel cammino volto a riconoscere una più ampia protezione alla relazione che lega la detenuta madre e il figlio in tenera età è stata anche la Corte costituzionale.

Nel 2003, ad esempio, la Consulta ha pronunciato la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a), ord. penit., nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare pure nei confronti della madre condannata e, nei casi previsti dall'art. 47-*ter*, co. 1, lett. b), ord. penit., del padre condannato, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante³⁵. 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.

Nel 2009, poi, 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 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a), e co. 8, ord. penit., nella parte in cui non

³⁴ 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.

³⁵ Corte cost., n. 350 del 2003, in *Giur. cost.*, 2003, 3634, con nota di FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, *ivi*, 3643, e di REPETTO, *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, *ivi*, 2004, 754.

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*, co. 2, ord. penit., sul presupposto, di cui all'art. 47 *quinquies*, co. 1, ord. penit., che non vi fosse il concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti³⁶. 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. E di recente il medesimo ragionamento è stato esteso al raffronto del trattamento penale previsto nelle ipotesi di allontanamento dal domicilio del detenuto padre³⁷.

Inoltre, l'esigenza di assicurare una più ampia protezione del rapporto tra madri detenute e figli minori ha consentito di “indebolire” alcuni automatismi legislativi che, sorretti da istanze securitarie, subordinavano la concessione di taluni benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia o alla previa espiazione di una determinata frazione di pena³⁸.

In particolare, con sentenza 22 ottobre 2014, n. 239, 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 *quinquies* ord. penit.³⁹ Ed inoltre, in applicazione dell'art. 27

³⁶ Corte cost., n. 177 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 1977, con nota di FIORIO, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, ivi, 1986.

³⁷ Corte cost., 22 novembre 2018, n. 211, in www.penalecontemporaneo.it, con osservazioni di SIBILIO, *Detenzione domiciliare 'ordinaria' del padre di prole di età inferiore a 10 anni ed evasione: la Corte costituzionale limita la rilevanza penale del fatto all'allontanamento superiore a 12 ore, come nell'ipotesi di detenzione domiciliare 'speciale'*, ivi. Sul punto, volendo, SCHIRÒ, *L'allontanamento del detenuto-padre dal domicilio al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 478.

³⁸ Per una riflessione di carattere generale in materia di automatismi legislativi, in relazione ad altri settori, CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella Corte costituzionale*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, a cura di Butturini, Nicolini, Napoli, 2014, 85.

³⁹ A commento di detta sentenza: FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014, e CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *questa Rivista*. Inoltre, il testo della sentenza è stato pubblicato in: *Cass. pen.*, 2014, 131, con osservazioni di APRILE, ivi, 141, e con nota di SCHIRÒ, *La “carcerazione degli infanti” nella lettura della Corte costituzionale*, ivi, 2015, 1067, ed in *Giur. cost.*, 2014, 3922, con nota di SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione di automatismi preclusivi penitenziari*, ivi, 3940, e di PACE, *La “scura 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. 4bis dell'ordinamento penitenziario*, ivi, 3948.

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 l'interesse del minore. Il «costo» della strategia di lotta al crimine organizzato, infatti, non può essere traslato sul minore, vittima incolpevole.

Ancora, nel 2017, la Consulta ha ravvisato la non conformità al dettato costituzionale dell'art. 47 *quinquies*, 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 pena⁴⁰. 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, figlio di una detenuta. Da ultimo, nel 2018, 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 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*, ord. penit., non consentiva l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni oppure lo subordinava alla previa espiazione di una porzione di pena, salvo che fosse stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58 *ter* ord. penit.⁴¹

⁴⁰ Corte cost., n. 76 del 2017, cit. Il testo della sentenza è consultabile in *Giur. cost.*, 2017, 725, con osservazione di SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, ivi, 733. Per ulteriori commenti, si vedano: 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 *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 321; MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, 1047; PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi legislativi alla luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in *Studium Iuris*, 2017, 1453.

⁴¹ Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2018. Per un commento, si vedano: CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1798; SCHIRÒ, *L'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile “normale” con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 11, 105;

5. Considerazioni conclusive.

Benché i percorsi normativi - pur se costellati di talune criticità - ed i sentieri giurisprudenziali *supra* tratteggiati abbiano rivelato l'acquisita consapevolezza degli effetti deleteri della carcerazione, soprattutto, sullo sviluppo fisico e psichico del minore, figlio di un genitore privato della libertà personale, uno sguardo alla attuale condizione delle detenute madri e dei figli in tenera età ha permesso di svelare un quadro che non rassicura del tutto.

La presenza di minori nel circuito penitenziario, infatti, non può non destare perplessità. Si pensi che, nel mese di gennaio del 2019, risultavano presenti negli istituti penitenziari italiani quarantasei madri (diciannove di nazionalità italiana e ventisette provenienti da altri Paesi) e cinquantadue minorenni, figli delle stesse (ventiquattro italiani e ventotto stranieri)⁴². Tra questi, trentacinque minori, insieme alle loro madri, risiedevano negli istituti a custodia attenuata per detenute madri (I.C.A.M.)⁴³.

Si tratta di "cifre" ancora allarmanti. L'inserimento di un fanciullo all'interno di un contesto punitivo povero di stimoli non dovrebbe, infatti, considerarsi una soluzione, un punto di equilibrio tra l'esigenza di difesa della società e la necessità di salvaguardare l'infanzia. Il carcere, il quale dovrebbe essere considerato *extrema ratio* già nei confronti di chi ha commesso reati⁴⁴, risulta inaccettabile se proietta i suoi effetti sul minore incolpevole, potendo persino pregiudicare lo sviluppo delle facoltà sensoriali e motorie ed incidere negativamente anche sulle sue capacità di apprendimento⁴⁵.

Del resto, se si pone attenzione alle caratteristiche strutturali degli edifici penitenziari, ci si avvede che, sebbene all'interno di alcuni istituti penitenziari ci siano alcune sezioni o stanze nido volte a soddisfare i bisogni primari dei bambini, in altre strutture le sezioni o le stanze destinate ai fanciulli non differiscono dai reparti detentivi classici⁴⁶.

MENGHINI, *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 48.

⁴² Tali dati, aggiornati al 31 gennaio 2019, sono reperibili in www.giustizia.it.

⁴³ Anche tali dati sono ricavabili dalle statistiche pubblicate in www.giustizia.it.

⁴⁴ In argomento, di recente, BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 4, 4 ss., ed in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, a cura di Bernardi, Venturoli, Napoli, 2018, 185 ss.

⁴⁵ CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, cit., 547.

⁴⁶ Tali informazioni sono state ricavate dalla Relazione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, presentata al Parlamento nel 2018 e consultabile in *Dir. pen. cont.*, 19 giugno 2018.

Quanto agli istituti a custodia attenuata per detenute madri, previsti dalla legge n. 40 del 2001, occorre sottolineare che, ad oggi, nel territorio nazionale ne sono presenti solo cinque, situati a Torino, Milano, Venezia, Cagliari e Laurus, i quali, pur rappresentando un interessante *trait d'union* tra le richiamate contrapposte esigenze, determinano un inserimento del minore nel circuito penitenziario, che forse in alcuni casi potrebbe essere evitato⁴⁷.

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra evidente che, per assicurare una maggiore tutela al fanciullo, favorendo la sua fuoriuscita dalle strutture penitenziarie o, auspicabilmente, il non ingresso all'interno delle stesse, non resta che riprendere il cammino. D'altronde, tale necessità risulta adesso ancora più avvertita, tenuto conto della mancata attuazione della delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103, nella parte in cui suggeriva una «revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione al fine di assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e di garantire anche all'imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione sia sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di età» (art. 1, comma 85, lett. s, legge cit.).

⁴⁷ Come emerge dalla citata Relazione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, presentata al Parlamento nel 2018, esiste un altro istituto a custodia attenuata per detenute madri a Senorbì, in Sardegna, inaugurato nel 2014 ma non entrato in funzione.