



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2015

FASCICOLO 1

(ESTRATTO)

GIUSEPPE BELLANTONI

**Ordinamento europeo, tutela del
minore e limiti alla carcerazione
a fini di salvaguardia del rapporto
genitoriale con figli minori
nel sistema processuale penale italiano**

GIUSEPPE BELLANTONI*

**Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla
carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale
con figli minori nel sistema processuale penale italiano**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tutela del rapporto genitoriale con figli minori e limiti alla custodia cautelare in carcere. La tipologia e i profili del rapporto genitoriale specificamente tutelati dal legislatore. – 3. (*Segue*) La filosofia di fondo. – 4. (*Segue*) L'ambito dell'operatività del divieto di custodia carceraria. – 5. (*Segue*) Le «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» come contrappeso al divieto di custodia carceraria. – 6. (*Segue*) La previsione degli arresti domiciliari nella casa famiglia protetta e della custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, quali misure collaterali al divieto di carcerazione. – 7. La fase dell'esecuzione penale. – 8. La disomogeneità tra la disciplina della fase cautelare e la disciplina della fase esecutiva: rilievi critici.

1. Premessa

Tenuto conto dell'affermazione – attesa l'evidente importanza e l'elevata delicatezza della materia e degli interessi giuridici ad essa sottesi – del riconoscimento dei diritti della famiglia; del dovere-diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli; della protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, svariatamente e solennemente ribadita dalle Costituzioni dei vari Stati europei (cfr., con riguardo alla Costituzione italiana, gli artt. 29,

* Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

30 e 31), nonché da normative internazionali dal vastissimo ambito operativo, quali la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, e da noi ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176, non è di certo da sorprendersi se anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che riprende e sostituisce la Carta proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e che è stata da noi ratificata con legge 2 agosto 2008, n. 130, si sia premurata di statuire ben solidi principi di tutela e di garanzia nelle predette materie.

In specie, per quanto più in specifico qui interessa, l'art. 24 della predetta Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dopo aver disposto che «i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere» (comma 1, primo periodo), stabilisce perentoriamente – peraltro facendo eco a quanto già affermato dall'art. 3, comma 1, della sopra indicata Convenzione ONU sui diritti del fanciullo – che «in tutti gli atti relativi a minori», sia che siano «compiuti da autorità pubbliche che da istituzioni private» (l'art. 3 della menzionata Convenzione ONU, dal suo canto, parla in modo ancor più dettagliato, in punto, di «istituzioni pubbliche o private», di «tribunali», di «autorità amministrative» o di «organi legislativi»), «l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente» (comma 2).

È così, allora, che la cognizione dei contenuti precettivi *de quibus* ben si presta a fornire lo spunto per una riflessione ad ampio raggio in ordine ad un peculiare tema, tanto importante quanto delicato: quello relativo ai limiti alla carcerazione posti, in genere, in funzione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori.

Così da poter, con ciò, addivenire ad una non di certo inopportuna – e, peraltro, a quanto consta, del tutto inedita –

ricostruzione sistematica della disciplina di questo particolare argomento nell'ambito del sistema processuale penale italiano.

Apparendo, d'altra parte, subito necessario rilevare che la nostra riflessione dovrà, senz'altro, bensì incidere, e *in primis*, sul peculiare, e non sicuramente lieve, profilo del tema, segnatamente riferito allo specifico contesto scenico concernente la fase cautelare del procedimento penale.

Ma dovendosi, al contempo, anche assolutamente rimarcare che l'incidenza della *ratio* di tutela del rapporto genitoriale con figli minori, quale motivo da ritenersi legislativamente valido per l'imposizione di limiti alla carcerazione, oltre che nella fase cautelare, si proietta e si articola, altresì - e non sarebbe potuto di certo essere altrimenti, attesa la natura degli interessi coinvolti -, pure nella successiva, e indubbiamente non meno importante, fase esecutiva del procedimento penale.

E, dunque, la nostra, seppur breve, riflessione, dovrà, per motivi di completezza, necessariamente essere estesa anche su quello specifico versante.

2. Tutela del rapporto genitoriale con figli minori e limiti alla custodia cautelare in carcere. La tipologia e i profili del rapporto genitoriale specificamente tutelati dal legislatore

Per quanto, in specie, riguarda la fase cautelare, il punto cardine dell'attuale assetto normativo italiano, afferente alla materia che ci occupa, è costituito dal disposto contenuto nell'art. 275, comma 4, primo periodo, c.p.p.

Il disposto stesso, frutto di varie stratificazioni normative, via via variegatamente operate nel tempo¹, nella sua attuale struttura, così come da ultimo cristallizzata per effetto della legge 21 aprile 2011, n. 62, stabilisce testualmente che «quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza».

Orbene, ciò che *in primis* appare necessario enucleare, in punto, sono gli esatti e specifici termini della tipologia del rapporto genitoriale ritenuto dal legislatore meritevole di tutela nei confronti dell'ipotesi di carcerazione cautelare, andandosi con ciò quindi a delineare i termini esatti del suo ambito di estensione concettuale, quale interesse sociale valido, così, ad imporre limiti alla carcerazione stessa.

Giova al riguardo preliminarmente rilevare che la predetta nozione, nell'ambito della formulazione dell'art. 275, comma 4, c.p.p. qui in discorso, è stata significativamente fatta oggetto di continue espansioni e dilatazioni normative.

Essa, infatti, in un primo momento², risultava riferita esclusivamente alle ben ristrette e ridotte contingenze in cui «imputata è una persona incinta o che allatta la propria prole».

E solo in un momento successivo³, essa veniva invece ben più ampiamente estesa alle evenienze in cui «imputati siano donna

¹ Dapprima tramite il decreto-legge 9 settembre 1991, convertito in legge 8 novembre 1991, n. 356, e, di poi, tramite la legge 8 agosto 1995, n. 332 e dalla legge 22 luglio 1999, n. 231.

² Segnato dal decreto-legge 9 settembre 1991, convertito in legge 8 novembre 1991, n. 356 cit.

incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

Per poi, assumere, in fine, l'attuale, e sopra trascritta, ancor più estesa configurazione.

È così possibile riscontrare, allora, che la tipologia del rapporto genitoriale fatto oggetto di tutela, da una originaria concezione rapportata, in un assai ristretto orizzonte visuale, esclusivamente alla figura genitoriale materna, e, per di più, restrittivamente e perentoriamente circoscritta in modo, per così dire, illogico, oltre che inumano, alle sole ipotesi di donna «incinta» e di donna «che allatta la propria prole», è andata a dilatarsi e a finalmente ricomprendere anche la figura genitoriale paterna.

Oltre che via via ad estendere fino a sei anni l'età dei figli minori fatti oggetto della tutela.

Cosicché, nella attuale concezione, il rapporto genitoriale preso legislativamente in conto, ai fini specificamente qui in discorso, è quello comunque afferente la «donna incinta», o la donna «madre di prole non superiore a sei anni con lei convivente», ovvero il «padre [di detta prole], qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

3. (Segue) *La filosofia di fondo*

La filosofia di fondo di questo travaglio legislativo appare in ogni caso ben evidente.

³ Segnato dalla legge 8 agosto 1995, n. 332 cit.

Essa, invero, figura agevolmente da riconnettersi alla volontà legislativa di protezione, oltre che del nascituro, anche del minore di tenera età, nella peculiare ottica di evitare che, appunto, la sua formazione possa essere gravemente pregiudicata dall'assenza della figura genitoriale⁴, rapportabile, nello specifico contesto qui ora in esame, a vicende di carcerazione cautelare.

E, dunque, da un lato, attraverso la menzionata previsione di cui all'art. 275, comma 4, primo periodo, si è provveduto a statuire il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere, precludendo la possibilità di disporre, o di mantenere, detta misura, nei confronti della donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, nonché del padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

E, dall'altro lato, e in modo corrispondente, si è altresì reso necessario individuare⁵ nuove forme di realizzazione delle misure cautelari già esistenti. Prevedendosi la possibilità di disporre gli arresti domiciliari presso, ove istituita, una «casa famiglia protetta» (art. 284, comma 1, ultimo inciso, c.p.p.) ed introducendo la misura della «custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri» (art. 285 *bis* c.p.p.).

La scelta della misura cautelare, dunque, si atteggia in modo differenziato in considerazione della esistenza di specifiche situazioni

⁴ La legge 21 aprile 2011, n. 62 cit. – su cui, v. più ampiamente F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. merito*, 2011, 2616 ss. – del resto, risulta eloquentemente giustappunto intitolata, seppur in modo riduttivo e superato, in quanto letteralmente ancora riferito, in maniera non corretta, alla sola figura genitoriale femminile, «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”».

⁵ Attraverso interventi operati dalla legge 21 aprile 2011, n. 62 cit. Al riguardo, v. più approfonditamente *infra*, paragrafo 6.

soggettive, ritenute assolutamente e doverosamente meritevoli di tutela dal legislatore.

Apparendo così allora evidente l'avvenuta ricezione, da parte di quest'ultimo, dei vari *input* normativi, di certo assolutamente cogenti, di fonte costituzionale (artt. 29, 30, 31), nonché di fonte sovranazionale (art. 3, comma 1, Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e art.24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), di cui si è in precedenza specificamente detto⁶.

Il bilanciamento tra la pluralità di esigenze confliggenti - quali quelle di tutela del bambino, sopra indicate, da un lato, e ragioni di giustizia e di sicurezza pubblica, dall'altro lato - si concretizza dunque nel divieto di applicabilità della misura cautelare carceraria, che, quindi, «non può essere disposta né mantenuta».

L'estensione, poi – sussistendo i presupposti legislativi rapportati al decesso o alla assoluta impossibilità della madre, che da qui a poco saranno meglio analizzati⁷ –, della disciplina normativa limitativa della carcerazione cautelare anche a favore del padre del minore, conforma doverosamente l'istituto alle coordinate

⁶ V. paragrafo 1. Specificamente rilevante in punto appare altresì, a livello sovranazionale, il rapporto tematico sulla violenza contro le donne presentato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 15 giugno 2012, dal relatore speciale dell'ONU, in cui, tra l'altro, con specifico riferimento allo stato della situazione in Italia - cfr. *Un General Assembly, Report of the Special Rappourter on Violence against Women, its Causes and Consequences. Mission to Italy*, Rashida Manjoo, A/HRC/20/16/Add. 2, 15 giugno 2012, 22-23 - figurano formulate, al nostro Governo, alcune «raccomandazioni», anche - v. sez. VII. A - sul piano delle «Riforme legislative e politiche», quale quella (cfr. lett. g) di «promuovere l'utilizzo delle esistenti misure cautelari alternative alla detenzione, degli arresti domiciliari e di carceri a bassa sicurezza per le donne con figli minori, tenuto conto che la maggior parte di esse si trovano detenute per reati che non sono di violenza nei confronti della persona e tenuto conto dell'interesse preminente del minore».

⁷ V. paragrafo seguente.

costituzionali e sovranazionali in tema di valorizzazione del contributo della figura genitoriale maschile nella formazione e nello sviluppo del bambino.

Del resto, e per l'appunto, nel linguaggio normativo in *subjecta materia*, il dovere-diritto di assistenza morale e materiale nei confronti dei figli, previsto dall'art. 30, comma 1°, Cost., nonché dagli artt. 147 e 315 *bis* c.c.⁸, risulta senz'altro esplicitamente riferito, in modo del tutto cumulativo, ad entrambi i genitori (ai «genitori» *tout court* si riferisce letteralmente, infatti, l'art. 30, comma 1°, Cost.; ad «ambidue i coniugi», si riferisce letteralmente, dal suo canto, l'art. 147 c.c.; ed ancora ai «genitori» *tout court* si riferisce letteralmente, altresì, l'art. 315 *bis* c.c.).

4. (Segue) *L'ambito dell'operatività del divieto di custodia carceraria*

Salvo il sempre, e indiscriminatamente dovuto, accertamento in ordine alla sussistenza di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza», la cui eventuale presenza paralizza la cogenza del divieto, e di cui si dirà meglio in seguito⁹, l'operatività del divieto stesso, di disporre o di mantenere la custodia cautelare in carcere, appare delinearsi in modo differenziato a seconda della specifica figura genitoriale interessata.

Con riguardo alla figura genitoriale materna che versi in una delle ipotesi tipizzate dalla norma di cui all'art. 275, comma 4, c.p.p. (quando, cioè, imputata sia donna «incinta» o «madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente»), il divieto di disporre o

⁸ Su cui peraltro ha di recente inciso il decreto lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

⁹ V. *infra*, paragrafo seguente.

di mantenere la custodia cautelare in carcere appare, secondo la struttura della norma stessa, come operante *tout court*.

Esso, cioè, non apparendo subordinato ad alcuna condizione di operatività, non comporta l'esplicazione, da parte dell'autorità giudiziaria, di accertamenti o valutazioni di sorta, se non quelli, ovviamente, connessi alla verifica della reale sussistenza dei sopra trascritti presupposti di fatto (*id est*, che si tratti effettivamente di donna incinta ovvero di madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente).

Non così avviene, invece, quando imputato sia il padre.

In tal caso, invero, l'operatività del divieto carcerario - come già sopra rilevato¹⁰ - figura normativamente subordinato alla circostanza che «la madre sia deceduta» o che essa sia «assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole», in quanto, in definitiva, nella fattispecie *de qua* il rapporto genitoriale paterno è visto, per così dire, come “suppletivo” di quello materno, nella specie non suscettibile di esercizio.

Il che implica dunque, nel caso concreto, l'accertamento giudiziale della sussistenza di una delle due specifiche condizioni di operatività del divieto carcerario stesso.

E, se l'accertamento della prima di esse (cioè, che «la madre sia deceduta»), essendo riferito ad una oggettiva situazione di fatto, resta in linea di principio immune dal rischio di valutazioni discrezionali, l'accertamento della seconda condizione di operatività (cioè, che la madre sia «assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole»), di contro, non ne figura affatto esente, prestandosi invero a diversità interpretative¹¹.

¹⁰ V. paragrafo precedente.

¹¹ V. svariatemente, ad esempio, Cass., sez. V, 28 maggio 2009, n. 27000 e Cass., sez. I, 4 marzo 2008, n. 14651, che - in linea con un indirizzo tendenzialmente coriaceo -

Certo, il rigido e perentorio linguaggio specificamente utilizzato dal legislatore per descrivere questa seconda condizione, quale limite costitutivo del divieto alla carcerazione cautelare dell'imputato, padre di prole di età non superiore a sei anni, pare evocare scenari estremi di impossibilità della madre.

Esso, infatti, puntualizza che la madre debba essere «assolutamente» impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Il che, letteralmente, sta a significare che la madre sia «del tutto», «completamente»¹², impossibilitata a dare assistenza alla prole stessa.

Di talché, in definitiva, senza la presenza e l'intervento suppletivi del padre, la prole di età non superiore a sei anni rimarrebbe priva di ogni infungibile forma di assistenza genitoriale.

escludono l'operatività del divieto carcerario in via automatica allorché l'impossibilità sia costituita dall'attività lavorativa della madre, considerato che la valutazione della assoluta impossibilità di dare assistenza alla prole, in punto, costituisce questione squisitamente di merito che, in quanto sostenuta da motivazione idonea e pertinente, si sottrae al sindacato di legittimità; Cass., sez. IV, 2 luglio 1996, n. 1697, riferita all'ipotesi della necessità di un intervento chirurgico a carico della madre; Cass., sez. V, 28 maggio 2009, n. 27000 cit. e Cass., sez. I, 17 gennaio 2008, n. 8965, che rimarcano come il divieto, in coerenza con il dato testuale, oltre che con la *ratio* della norma, vada interpretato quale disposizione eccezionale, non applicabile estensivamente ad ipotesi non espressamente contemplate, di guisa che - cfr. Cass., sez. IV, 16 luglio 2009, n.42516, Sanchez Savedra - è da ritenersi legittimo il provvedimento con il quale venga respinta la richiesta di sostituzione della custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari, avanzata da parte dell'indagato sul presupposto della gravidanza della moglie, prossima ad essere ricoverata per partorire, e impossibilitata pertanto ad assistere gli altri figli minori.

¹² Così, voce “*assolutamente*”, in *loZingarelli2009. Vocabolario della lingua italiana* di N. Zingarelli, rist. 12^a ed., Bologna 2009, 200, dove, in specifico, figura attribuito al termine il predetto significato, quando esso venga usato (come avviene nella specie), «in unione con aggettivi».

Venendo del tutto meno, invero, la possibilità di esercizio, nei confronti di tali figli, dello specifico «obbligo» - stabilito in capo ai coniugi dall'art. 147 c.c. - di «mantener[li], istruir[li], educar[li] e assister[li] moralmente (...), nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315 *bis*» c.c. Il quale, specularmente, sancisce a sua volta, per il figlio, il «diritto» «di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni (...) [e] di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti». Oltre che, se «minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, (...) di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano».

Senza, dunque, l'intervento suppletivo del padre, la prole infraseenne rimarrebbe totalmente sprovvista della detta, infungibile, assistenza genitoriale. In modo, in fin dei conti, praticamente omologo a quanto avviene nella speculare, e normativamente parificata, contingenza che si verifica allorché «la madre sia deceduta».

Ne consegue così, necessariamente, anche in questo caso, in vista della dovuta tutela del bambino, l'operatività del divieto di carcerazione per l'imputato-padre.

Ed è proprio su questo specifico aspetto della disciplina normativa in esame che, con apprezzabile, ed apprezzato, esercizio di accuratezza nomofilattica, viene ad inserirsi un recente e importante intervento della Corte suprema, che merita senz'altro di essere qui segnalato.

In esso, in specie, figura ben esattamente affermato e puntualizzato che, a fronte della impossibilità della madre di prestare assistenza al minore per impedimento dovuto alle proprie condizioni

di salute, l'operatività del divieto di carcerazione cautelare nei confronti del padre agisce anche nel caso in cui i figli minori possano di fatto essere affidati a congiunti o a altri familiari disponibili o a strutture assistenziali.

E ciò, in quanto a quest'ultimi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva, considerato che le esigenze di sviluppo e di formazione del bambino nei primi anni di vita, e la sua stessa tutela psico-fisica, possono essere gravemente pregiudicate dall'assenza di una figura genitoriale, «la cui infungibilità deve, pertanto, fin dove è possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia»¹³.

Mette conto, in fine, di rilevare che, con riguardo alla fattispecie riguardante il divieto di carcerazione nei confronti dell'imputato-padre, la norma di cui all'art. 275, comma 4, primo periodo, c.p.p., nel delinearne le condizioni operative, omette di specificare – cosa che avviene invece con riferimento alla fattispecie riguardante il divieto di carcerazione nei confronti dell'imputata-madre – che la prole di età non superiore ai sei anni sia con lui «convivente».

Ma, per vero, non pare di certo potersi dubitare circa l'essenzialità di questo requisito.

¹³ Così, Cass., sez. I, 31 gennaio 2014, n. 4748, A.A. Come già rimarcato - v. *supra*, paragrafo 3 -, in *subjecta materia* rilevano, per vero, anche gli artt. 29 e 30 Cost. Nel medesimo senso affermato dalla decisione *de qua* - nella cui stessa ottica, peraltro, appare assai significativa anche Corte cost., n. 251/1990 - , v. anche, già prima, Cass., sez. V, 9 novembre 2007, n. 41626, Verde, in *C.E.D. Cass.*, n. 238209; Cass., sez. IV, 19 novembre 2004, n. 6691, Roccaro. In senso contrario, invece, tra le altre: Cass., sez. V, 15 febbraio 2008, n.8636.

La *ratio* della normativa, infatti – come si è sopra illustrato¹⁴ –, è unica ed unitaria, consistendo nella volontà di garantire ai figli di tenera età l'assistenza genitoriale in un momento particolarmente significativo e qualificante della loro formazione fisica e psichica.

Per cui deriva che la funzione assistenziale del padre, ove risulti impossibile quella della madre, non può non essere subordinata alla stessa condizione richiesta per l'assistenza materna, e, cioè, la convivenza con la prole¹⁵.

5. (Segue) *Le «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» come contrappeso al divieto di custodia carceraria*

Il divieto di carcerazione statuito dall'art. 275, comma 4, primo periodo, c.p.p., risulta però concepito e configurato, dal legislatore, come di natura non assoluta, ma solo relativa.

Esso, invero - così stabilisce la norma nel suo inciso finale -, può venir meno a fronte della sussistenza di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza».

In ordine alla nozione di tali qualificate («di eccezionale rilevanza», appunto) esigenze cautelari, idonee, dunque, a paralizzare la cogenza del divieto di disporre o di mantenere la custodia cautelare in carcere dell'imputato-genitore di prole infraseenne, pare potersi affermare che esse si distinguono dalle normali esigenze cautelari solo per il grado del pericolo, che deve oltrepassare l'estremo della semplice concretezza richiesto in linea di principio dall'art. 274 c.p.p., per assumere, in pratica, quello di una sostanziale certezza per il caso

¹⁴ In questo stesso paragrafo ed in quello precedente.

¹⁵ Cfr. Cass., sez. IV, 29 aprile 2003, n. 42679.

in cui l'indagato sia sottoposto a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere¹⁶.

Del resto, la rilevanza «eccezionale», da cui le dette esigenze cautelari devono essere caratterizzate, sta letteralmente a significare che debba trattarsi di una rilevanza «singolare, straordinari[a], grandissim[a]», «che costituisce un'eccezione»¹⁷.

Insomma, l'«eccezionale rilevanza» non attiene, *tout court*, alle normali esigenze cautelari, ma afferisce alla graduazione della intensità delle stesse, che deve essere tale da far ritenere insostituibile la misura carceraria, attesa l'esistenza di puntuali e specifici elementi dai quali emerga un «non comune, spiccato, allarmante rilievo» dei pericoli di cui all'art. 274 c.p.p.¹⁸.

6. (Segue) *La previsione degli arresti domiciliari nella casa famiglia protetta e della custodia cautelare in istituto a custodia*

¹⁶ Così, ad esempio, Cass., sez. V, 5 dicembre 2005, n. 2240.

¹⁷ Così, voce «eccezionale», in *loZingarelli2009. Vocabolario della lingua italiana* cit., 751.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. IV, 16 giugno 2005, n. 34218; nonché Cass., sez., II, 15 giugno 2004, p.m. in proc. Lenuta, in *Guida dir.*, 2004, fasc. n. 47, p. 88; Cass., sez. III, 17 marzo 2003, n. 12355, Ajao, in *C.E.D. Cass.*, n. 223926. In argomento, v. anche Cass., sez. VI, 10 ottobre 2003, n. 39763, riferita, in specie, al pericolo di fuga di madre di prole di età inferiore ai tre anni, cittadina straniera; Cass., sez. II, 16 marzo 2012, n. 11714, riferita a fattispecie di madre di prole in tenera età imputata dei reati di cui agli artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309/1990 in materia di stupefacenti, con l'aggravante di cui all'art. 7 legge n. 203/1991; nonché Cass., sez. IV, 8 giugno 2012, n. 22338, che esclude la sussistenza delle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza nel caso in cui l'indagato risulti privo di precedenti specifici in materia di narcotraffico e sia alla sua prima esperienza detentiva, in quanto con ciò «non risulta integrato il grado di pericolosità non comune dal quale può evincersi la sostanziale certezza e non già la mera probabilità di reiterazione del delitto».

attenuata per detenute madri, quali misure collaterali al divieto di carcerazione

Come si è già sopra rilevato¹⁹, a complemento e perfezionamento della disciplina del divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori, si è reso legislativamente necessario individuare altresì, in modo collaterale, nuove forme di realizzazione delle misure cautelari già esistenti.

Ed invero, l'innovato art. 284, comma 1, ultimo inciso, c.p.p., da un lato, e il nuovo art. 285 *bis* c.p.p., dall'altro lato, prevedono, rispettivamente, che, tra i luoghi in cui possono essere eseguiti gli arresti domiciliari, oltre che l'abitazione dell'imputato o altro luogo di privata dimora e il luogo pubblico di cura o di assistenza, possa anche essere, ove istituita, la «casa famiglia protetta». Nonché che il giudice possa disporre la custodia cautelare presso «un istituto a custodia attenuata per detenute madri».

Con riguardo alla prima previsione, pure se, per vero, i destinatari di questa peculiare forma di attuazione degli arresti domiciliari non figurano normativamente esplicitati, pare non dubitabile, in considerazione della *ratio legis*, che in essi vadano ricompresi la donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero il padre, nel caso della avvenuta morte della madre o della di lei assoluta impossibilità di dare assistenza alla prole. Soggetti, questi, infatti, per i quali vige appunto il divieto di disporre, o mantenere, la misura della custodia cautelare in carcere ove non siano ravvisabili esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

¹⁹ V. paragrafo 3.

Il d.m. 26 luglio 2012 individua le precise caratteristiche che tali strutture di esecuzione degli arresti domiciliari devono possedere.

Le case famiglia protette, in specie, sono collocate in località dove sia possibile l'accesso ai servizi territoriali, socio-sanitari ed ospedalieri, ed in cui si possa fruire di una rete integrata a sostegno sia del minore sia dei genitori.

Le strutture hanno caratteristiche tali da consentire agli ospiti una vita quotidiana ispirata a modelli comunitari, tenuto conto del prevalente interesse del minore.

Esse ospitano – in relazione agli spazi disponibili – non oltre sei nuclei di genitori con relativa prole.

Gli spazi interni sono tali da facilitare il conseguimento delle finalità di legge.

Le stanze per il pernottamento dei genitori e dei bambini dovranno tenere conto delle esigenze di riservatezza e differenziazione venutesi a determinare per l'estensione del divieto di carcerazione anche a soggetti di sesso maschile, padri di prole infraseenne.

Sono previste camere di pernottamento e servizi igienici ad uso esclusivo dei soggetti di sesso maschile destinatari della legge; sono in comune i servizi indispensabili per il funzionamento della struttura (cucina, lavanderia, stireria, etc.).

Sono previsti spazi da destinare al gioco per i bambini, anche all'aperto.

Sono previsti locali sufficienti da destinare alle esigenze di istruzione differenziata sulla base dell'età dei piccoli ospiti.

È previsto un ambiente per le visite mediche in considerazione della possibile presenza di donne in stato di gravidanza.

È previsto un locale, di dimensioni sufficientemente ampie, per consentire gli incontri personali, quali i colloqui con gli operatori,

i rappresentanti del territorio e del privato sociale, nonché gli incontri e i contatti con i figli e i familiari al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi²⁰.

Quanto, poi, alla custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, appare evidente come la formulazione normativa di cui all'art. 285 bis, richiamando («Nelle ipotesi di cui all'art. 275, comma 4») e riproponendo, con riferimento all'indicazione delle persone da sottoporre a custodia cautelare («se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole»), il primo periodo del comma 4 dell'art. 275, ha palesemente voluto far coincidere il perimetro soggettivo di applicabilità delle due disposizioni.

Di talché la misura cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri può essere disposta nei confronti degli stessi soggetti – e a tutela della medesima tipologia e dei medesimi profili di rapporto genitoriale – per cui vige il divieto di custodia cautelare in carcere *ex art. 275, comma 4*.

Dovendosi, per vero, ritenere che l'omissione, nel contesto normativo di cui all'art. 285 bis, della previsione della circostanza, ai fini dell'operatività della norma, che la prole di età non superiore a sei anni sia «convivente» con la madre, come invece affermato nel contesto dell'art. 275, comma 1, primo periodo, sia di natura meramente accidentale²¹.

²⁰ V. diffusamente il nostro *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 6^a ed., Milano 2015, 77 ss.

²¹ Sulla *ratio* della disposizione *de qua*, e sulla sua estensione anche nei confronti dell'imputato-padre, v. *supra*, paragrafo 4.

La misura cautelare in istituto a custodia attenuata parrebbe quindi destinata ad applicarsi nei casi in cui il divieto di disporre la misura carceraria, a causa della sussistenza di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza», resti inoperante per effetto del disposto di cui all'ultimo inciso dell'art. 275, comma 4, primo periodo²². E, dunque, anziché ricorrere alla custodia in carcere, si ricorre alla custodia in istituto a custodia attenuata.

Il tenore letterale della norma («il giudice può disporre ...») indurrebbe, poi, a ritenere che l'adozione del provvedimento in discorso, in luogo di quello che dispone l'ordinaria custodia in carcere, sia rimesso in un certo qual modo alla discrezionalità del giudice.

Tant'è che la scelta di tale misura cautelare attenuata, da parte del giudice, è subordinata, *expressis verbis* («ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano», dice la norma), ad una valutazione di compatibilità con le esigenze cautelari di natura eccezionale riscontrate nello specifico caso concreto. Nel senso, cioè, più di preciso, che le pur ravvisate esigenze cautelari di eccezionale rilevanza debbono apparire, a giudizio del giudice, tali da poter comunque consentire l'adozione della misura attenuata *de qua*.

In particolare, quanto alla loro essenza, gli istituti a custodia attenuata per detenute madri (c.d. «I.C.A.M.») sono strutture dotate di un modello organizzativo analogo a quello – già sperimentato – degli istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti (c.d. «I.C.A.T.T.») di cui all'art. 95 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, contenente il testo unico in materia di stupefacenti.

Si tratta, infatti, di istituti esterni alle carceri, costituenti unità di piccole dimensioni chiuse o semi chiuse, caratterizzati da

²² V. *supra*, paragrafo 5.

un'organizzazione di tipo comunitario, in cui si tenta di ricreare un ambiente che appaia al minore il più familiare possibile.

Un simile scopo è perseguito anche eliminando ogni riferimento all'edilizia carceraria, utilizzando sistemi di sicurezza che non risultino riconoscibili dai bambini, nonché, tra l'altro, prevedendo che gli stessi agenti di polizia penitenziaria operino senza divisa²³.

E prevedendosi, altresì, l'intervento educativo di operatori specializzati con il compito di avere cura dei minori, di assicurare agli stessi regolari uscite all'esterno e, soprattutto, di supportare le detenute nella costruzione del rapporto madre-figlio. Oltre che predisponendo un percorso individualizzato con opportunità scolastiche, di mediazione linguistica e culturale.

E' indubbio, infatti, come l'ingresso del minore nell'istituto carcerario sia idoneo a provocare un danno enorme al suo stesso sviluppo psichico e fisico. E, pertanto, attraverso il ricorso all'istituto a custodia attenuata, si vorrebbe ridurre al minimo il rischio d'insorgenza di problemi nella crescita del minore legati allo sviluppo della sfera emotiva e relazionale²⁴.

²³ V. diffusamente il nostro *Il trattamento dei condannati* cit., p. 78 ss.

²⁴ In realtà, però, pure se, a norma dell'art. 1, comma 4, legge 21 aprile 2011, n. 62 cit., si prevedeva l'operatività delle disposizioni in discorso «a far data dalla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, e comunque a decorrere dal 1° gennaio 2014, fatta salva la possibilità di utilizzare i posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata», non pare proprio, se si eccettua il caso di un I.C.A.M. operativo in via sperimentale a Milano dal dicembre 2006, si sia ad oggi fatto granché in questo delicato argomento, in cui, in sostanza, l'intento di fondo è, encomiabilmente, quello di evitare che, alla triste e drammatica vicenda dei detenuti-genitori di figli in tenera età, si affianchi l'altrettanto triste e drammatico fenomeno c.d. dei "bambini-detenuti senza condanna": v., di recente, in termini assolutamente emblematici, quanto, a dir poco, inquietanti, ad esempio, A. MOLLICA, *Il bimbo cresciuto a Sollicciano*.

7. La fase dell'esecuzione penale

La *ratio* di tutela del rapporto genitoriale con figli minori induce il legislatore - come già sopra rilevato²⁵ - a porre in vario modo limiti alla carcerazione anche nella fase dell'esecuzione penale.

In vista del perseguimento della predetta tutela nell'ambito della normativa sull'ordinamento penitenziario, egli, invero, già agendo, preliminarmente, su un piano in qualche modo, per così dire, «speculare», si preoccupa di stabilire che «in ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere» (art. 11, comma 8°, legge 26 luglio 1975, n. 354). Affermando, altresì - art. 11, comma 9° - , che «alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni». Aggiungendo, in fine, che «per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido». E dettando in seguito, su tutta questa materia, una attenta e più completa ed approfondita disciplina, in sede di Regolamento esecutivo della legge di ordinamento penitenziario (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), disciplina che figura inserita nell'art. 19 di tale testo normativo, dall'eloquente rubrica «Assistenza particolare alle gestanti e alle madri con bambini. Asili nido».

Laddove, poi – operando così, dunque, specificamente in *medias res* –, attraverso l'inserimento di un nuovo art. 21 *bis* nel

«La sera mi chiudono a chiave». Giacomo ha sei anni e mezzo, e da oltre cinque vive con la mamma in carcere. Secondo la legge non dovrebbe essere lì, ma in un centro che ancora non c'è, in *Corriere fiorentino* del 25 giugno 2014, 5.

²⁵ V. paragrafo 1.

corpo della sopra citata legge di ordinamento penitenziario²⁶ egli crea e congegna la nuova misura dell'«assistenza all'esterno dei figli minori», quale vero e proprio limite al regime carcerario.

Alla detta misura, infatti, possono essere ammesse, alle condizioni previste dall'art. 21 della stessa legge – che regola il lavoro all'esterno –, le condannate e le internate, al fine di dedicarsi alla «cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci» (comma 1).

E la misura stessa – cfr. comma 3 – può essere altresì concessa, «alle stesse condizioni», «anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

In ulteriore, e particolare, angolatura, attraverso la creazione²⁷ di un nuovo art. 21 *ter* all'interno della legge penitenziaria in parola, viene introdotta la disciplina concernente le «visite al minore infermo», a cui, «in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente», sono autorizzati la madre condannata, internata – o anche imputata –, ovvero «il padre che versi nelle stesse condizioni della madre».

Più in specifico, l'autorizzazione, adottata «con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto», consente di «recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo», dovendosi disporre, in caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia (comma 1).

Alla condannata, internata, – o anche imputata –, «madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non

²⁶ Operato tramite la legge 8 marzo 2001, n. 40, dal più che eloquente titolo «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori».

²⁷ Ad opera della legge 21 aprile 2011, n. 62 cit.

convivente», ovvero al padre, condannato, internato, – o anche imputato –, «qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole», è altresì data autorizzazione, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, di «assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute» (comma 2).

Né, poi, per altro verso, può essere qui sottaciuto il contenuto dell'art. 14, comma 10, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, sopra citato, che, in tema di «Ricezione, acquisto e possesso di oggetti e di generi alimentari», stabilisce che le limitazioni prescritte al riguardo «non si applicano ai pacchi, agli oggetti ed ai generi destinati alle detenute madri con prole in istituto per il fabbisogno dei bambini».

Ovvero, il contenuto dell'art. 37, comma 9, dello stesso d.P.R., che, in materia di «Colloqui», stabilisce, tra l'altro, che quando il colloquio nell'istituto penitenziario si svolge con prole di età inferiore a dieci anni, «possono essere concessi colloqui anche fuori dei limiti stabiliti».

Nonché, ancora, il contenuto dell'art. 39, comma 3, del medesimo testo normativo, che, occupandosi di «Corrispondenza telefonica» da parte del detenuto, ne prevede la possibilità di concessione oltre i limiti stabiliti «in considerazione di motivi di urgenza o di particolare rilevanza, se la stessa si svolga con prole di età inferiore a dieci anni».

Davvero incisivi, poi, gli interventi del legislatore, impositivi di limiti al regime carcerario a fini di tutela del rapporto genitoriale con figli minori, nello specifico ambito della disciplina della «detenzione domiciliare».

Da un nuovo e travagliatissimo art. 47 *ter*²⁸ della legge penitenziaria figura infatti disciplinata – comma 1 – la previsione, a favore di «donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente» (lett. *a*), nonché a favore di «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» (lett. *b*), della possibilità di espiare la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, «nell'ipotesi di cui alla lettera *a*»²⁹, in case famiglie protette.

Dovendosi peraltro rilevare, in punto, che, di recente, la Corte cost. (decisione 22 ottobre 2014, n. 239), proprio in ragione della preminenza da doversi accordare alla tutela del rapporto genitoriale con figli minori, alla luce, oltre che degli artt. 29-31 Cost. e dell'art. 3, comma 1, della Convenzione O.N.U. sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 cit., anche, segnatamente, giustappunto dell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del

²⁸ Il cui odierno testo è frutto di davvero molteplici, quanto variegati, interventi legislativi, oltre che della Corte costituzionale: cfr. puntualmente P. CORSO (a cura di), *Codice di procedura penale e leggi complementari*, 30^a ed., Piacenza, 2014, 812-813, note 1-17.

²⁹ E dunque – secondo il tenore letterale della norma –, solo limitatamente all'ipotesi in cui si tratti di condannata donna («incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente»). Ma, per vero, si è già avuto modo di rilevare (v. *supra*, paragrafo 6) che, oltre a quanto già di per sé disposto dall'art. 284, comma 1, c.p.p., il d.m. 26 luglio 2012, con riguardo alla delineazione delle caratteristiche delle case famiglia protette, detta invece, correttamente, regole specificamente mirate anche alla evenienza della presenza di soggetti di sesso maschile.

12 dicembre 2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, della sopra citata legge 26 luglio 1975, n. 354, sull'ordinamento penitenziario, recante in rubrica "Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti", nella parte in cui, pure a fronte della condanna per i ben gravi delitti ivi previsti ("associazioni di tipo mafioso anche straniero", "delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale", etc.), non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dalle sopra indicate lettere *a)* e *b)* dell'art. 47 *ter*.

Là dove, altresì, da un anch'esso nuovo, e anch'esso travagliato, art. 47 *quinquies*³⁰ (30), risulta configurata la disciplina della «detenzione domiciliare speciale», che, fuori dalle condizioni di cui all'art. 47 *ter* (relativo alla «detenzione domiciliare» *tout court* di cui si è sopra detto), a fronte della non sussistenza di «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti», è concedibile, anche nel caso di esecuzione di pene di lunga durata, alle «condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci», «se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli».

Con la conseguenza che, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo, le predette condannate madri saranno ammesse ad espiaare la pena 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 alla assistenza dei figli».

Prevedendosi ulteriormente – comma 1 *bis* – che la stessa espiazione della parte di pena (un terzo o almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo – come sopra rilevato –) necessaria

³⁰ V. dettagliatamente P. Corso (a cura di), *Codice di procedura penale e leggi complementari*, cit., 814, note 1-3.

quale presupposto per la concedibilità del beneficio, può avvenire, sempre «al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli», 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, o, in caso di impossibilità, nelle case famiglia protette, ove istituite³¹.

Alle stesse condizioni previste per la madre, la detenzione domiciliare speciale può altresì essere concessa anche «al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre» (comma 7).

Anche a riguardo della misura della detenzione domiciliare speciale, va segnalato che la Corte cost., con la stessa decisione 22 ottobre 2014, n. 239, sopra citata, sempre in ragione della preminenza da doversi accordare, alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali sopra indicati, alla tutela del rapporto genitoriale con figli minori, ha dichiarato l'ulteriore illegittimità dello stesso art. 4 *bis*, comma 1, della legge di ordinamento penitenziario, nella parte in cui non esclude anche la misura *de qua* dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito. Limiti alla carcerazione in vista della tutela del rapporto genitoriale con figli minori risultano poi, su altro, e parallelo, fronte, posti anche dal legislatore del codice penale.

È quanto avviene, nell'ambito delle disposizioni contenute negli artt. 146 e 147³² di quel codice, in materia e a proposito della disciplina del rinvio della esecuzione della pena, con relativa

³¹ Su tutte queste tematiche, peraltro, v., in modo più diffuso, dello scrivente, *Il trattamento dei condannati cit.*, 173 ss.

³² Entrambi innovati ad opera della legge 8 marzo 2001, n. 40 cit.

disciplina estesa, *ex art. 211 bis*, anche in materia di rinvio della esecuzione delle misure di sicurezza.

Pure se, per vero, la tutela legislativa del rapporto genitoriale risulta qui riferita e rapportata esclusivamente alla figura della madre, atteso che, in punto, da un lato, il differimento obbligatorio della pena, che non sia pecuniaria, è limitato ai casi che essa debba aver luogo «nei confronti di donna incinta» o «nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno» (art. 146, n. 1 e n. 2). E, dall'altro lato, il differimento facoltativo della esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale è limitato al caso che essa debba essere eseguita «nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni» (art. 147, n. 3)³³.

8. Le disomogeneità tra la disciplina della fase cautelare e la disciplina della fase esecutiva: rilievi critici

Il pur breve e sommario percorso condotto all'interno del sistema consente, dunque, di constatare che, con riguardo alla gestione dei limiti alla carcerazione posti a tutela del rapporto genitoriale con figli minori, la tipologia e i profili del rapporto genitoriale specificamente considerati dal legislatore, rispettivamente, nella fase cautelare e in quella esecutiva, non risultano affatto coincidenti.

La disomogeneità – giammai, in genere, di per sé opportuna, e, vieppiù, non di certo opportuna nel caso di specie – non appare agganciabile ad una qualche *ratio* che minimamente la giustifichi, sibbene pare piuttosto essere frutto dei numerosi e non coordinati

³³ Al riguardo, v. ancora il nostro *Il trattamento dei condannati* cit., 170 ss.

interventi legislativi in materia, svariatemente succedutisi e stratificatisi nel tempo.

Essa segnatamente investe, intanto, l'età della prole nei cui confronti il rapporto genitoriale risulta tutelato.

Età che, se nella fase cautelare figura ristretta ai sei anni³⁴, nella fase esecutiva, invece, assume connotazioni variamente e incongruamente diversificate, e, comunque, in più occasioni, figura dilatata fino ai dieci anni³⁵.

Sicché, a tacer d'altro, in punto si profila *in primis* – in modo prorompente – una preliminare, e naturale, considerazione: posto che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, appare di certo, a dir poco, “risibile”, il ritenere che il detto rischio di grave pregiudizio per la formazione del bambino, derivante, appunto, dall'assenza della figura genitoriale, sussista solo fino all'età di sei anni se il genitore versi in stato di carcerazione di «tipo» cautelare e, di contro, esso sussista invece fino alla diversa e più ampia età di dieci anni se, viceversa, il genitore versi in stato di carcerazione di «tipo» esecutivo.

Ma vi è di più.

La disomogeneità in parola che, nella tutela del rapporto genitoriale nei confronti della carcerazione, vede incongruamente stabilita una minore età della prole tutelata nella fase cautelare rispetto alla fase esecutiva, appare, addirittura, aberrante.

Basti appena pensare, infatti, che nella detta fase cautelare – a differenza di quella esecutiva – non figura ancora accertata la penale responsabilità dell'imputato-genitore, e, dunque, il *favor libertatis* – ovvero, per dirla in modo tendenzialmente speculare, la *repulsio carceris* – dovrebbero di certo, al contrario di quanto invece oggi

³⁴ V. *supra*, paragrafo 2.

³⁵ V. paragrafo precedente.

risulta sancito, essere di gran lunga maggiori rispetto alla fase esecutiva.

Ulteriore sbavatura normativa risulta poi registrabile a proposito della disciplina dei concreti parametri di operatività dei limiti alla carcerazione nei confronti del padre del minore.

Operatività, che, nella fase cautelare – come si è sopra rilevato³⁶ –, risulta condizionata alla circostanza che «la madre sia deceduta» o che essa «sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole». Con ciò, dovendosi segnatamente ritenere³⁷, attesa l'assoluta infungibilità della figura genitoriale, e in assenza di esplicite disposizioni ostantive, che l'operatività del divieto carcerario nei confronti del padre sia assolutamente sussistente anche nel caso in cui la prole possa essere affidata a congiunti o a altri familiari disponibili o a strutture assistenziali.

Al contrario, l'infungibilità della figura genitoriale paterna, a fronte del divieto carcerario, risulta talora invece dubbia e, in alcune specifiche fattispecie, addirittura espressamente negata, nell'ambito della disciplina della fase esecutiva.

Così succede, ad esempio, nel contesto di cui agli artt. 21 *bis*, comma 3, e 47 *quinquies*, comma 7, legge 26 luglio 1975, n. 354 cit., dove figura rispettivamente stabilito che l'assistenza all'esterno dei figli minori, da un lato, e la detenzione domiciliare speciale, dall'altro lato, possono essere concesse al padre detenuto «se la madre è deceduta o impossibilitata» «e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre»³⁸.

Di talché la figura genitoriale paterna, nei casi in questione, non solo non risulta minimamente riconosciuta come infungibile, ma

³⁶ V. paragrafo 4.

³⁷ V. ancora *supra*, paragrafo 4.

³⁸ V. paragrafo precedente.

risulta totalmente svilita e nientemeno degradata e relegata a ultimissima ipotesi opzionalmente percorribile, subordinata com'è, la sua entrata in gioco, alla condizione che non vi sia «modo» di affidare la prole ad «altri».

E, di certo, appare francamente difficile poter pensare che l'infungibilità, nei confronti dei figli minori, della figura genitoriale paterna, possa subire mutilazioni, limitazioni, variazioni, o oscillazioni, a seconda che la vicenda carceraria del genitore vada ad inserirsi nella fase cautelare piuttosto che in quella esecutiva.

Insomma – avviandoci, così, a concludere –, è il caso di segnalare come sarebbe ben più che auspicabile una opportuna e congrua rivisitazione normativa di questa materia, anche al fine di renderla più giusta, più umana e, in specie, pure più omogenea.