

**ANNA LORENZETTI**  
**La giurisprudenza costituzionale sulla maternità reclusa.**  
**Il punto sullo stato dell'arte**

SOMMARIO: 1. La complessità della condizione delle madri detenute. – 2. Le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, fra interesse del minore, esigenze di difesa sociale e statuto costituzionale della pena. – 3. Imprigionare la maternità: le operazioni di bilanciamento fra evoluzioni normative, prospettive di (necessaria?) riforma.

*1. La complessità della condizione delle madri detenute*

Il presente contributo intende ripercorrere la giurisprudenza costituzionale sulla condizione delle madri detenute, vicenda particolarmente complessa per la difficoltà di conciliare l'espletamento della funzione materna con le modalità di espiazione della pena nell'odierno contesto italiano<sup>1</sup>.

Per quanto possa apparire contenuta nei numeri, riguardando poche decine di persone<sup>2</sup>, si tratta di una vicenda che invoca una peculiare attenzione costituzionale sulla base del rilievo per cui la pena di una madre genera effetti esiziali sulla prole "rubando l'infanzia" nei termini di continuità, affettività e serenità del rapporto genitoriale<sup>3</sup>. Spesso infatti la madre reclusa è l'unica responsabile della cura del minore che, a seguito della detenzione, si trova a dover "scontare" una pena senza aver commesso alcun reato, con un profondo condizionamento sia sul piano affettivo, sia materiale<sup>4</sup>. L'espiazione di una pena da parte del minore può risultare, in primo luogo, dalla sua "carcerizzazione" quando la condanna della madre giunga nei primi sei anni di vita del bambino, periodo in cui l'ordinamento ne consente la permanenza presso l'istituto penitenziario, all'interno delle cd. "sezioni nido"<sup>5</sup>, dunque in un contesto povero di stimoli, in cui diviene un "detenuto collaterale"<sup>6</sup>. Vi è però la non meno gravosa alternativa dell'allontanamento del minore dalla madre condannata, che genera una frattura, spesso brusca e inattesa, del legame affettivo<sup>7</sup>, questione ben presente anche nelle agende politiche sovranazionali che hanno messo a tema la specificità della

---

<sup>1</sup> Per un inquadramento delle questioni giuridiche, v. D.M. SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto pen.*, Agg., vol. IX, Utet, Torino, 2016, 242 ss.; F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. mer.*, 11, 11, 2626; se si vuole, il mio *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 2, 2019.

<sup>2</sup> Al 29 febbraio 2020, le detenute madri con figli al seguito presenti negli istituti penitenziari italiani erano 54 e 59 i minori. Sono 26 le detenute con cittadinanza italiana, con 30 minori al seguito e 28 cittadine straniere, con 29 minori al seguito. Ricorda G. FABINI, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, (Antigone, XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione – Torna il carcere), che nell'imminenza del varo della l. 40/2001, si ebbe il maggior numero di bambini reclusi (83) in ragione dei ristretti requisiti per le misure alternative.

<sup>3</sup> L'espressione è di M.P. GIUFFRIDA, *Studio sulle donne ristrette negli istituti penitenziari*, DAP, Gruppo di lavoro ICAM, Roma, 3 aprile 2009.

<sup>4</sup> L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Women in Prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Pensa, Lecce, 2013, 184.

<sup>5</sup> Attualmente, sono 19 le sezioni "nido" presenti nell'Istituto femminile di Roma-Rebibbia e nelle 18 sezioni femminili degli istituti di Agrigento, Avellino, Bologna, Cagliari, Castrovillari, Firenze "Sollicciano", Foggia, Forlì, Genova, Messina, Milano Bollate, Perugia, Pesaro, "Giuseppe Panzera" di Reggio Calabria, Sassari, Teramo, Torino e Trento. Si ricordi pure la presenza di bambini sotto i tre anni negli Istituti penali per minorenni (lpm) che vengono poi rapidamente assegnati a Case famiglia protette. V. Relazione al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà (d'ora in avanti, Relazione Garante), presentata il 27 marzo 2019, 66-67. Quando la madre sia ammessa a una misura alternativa, la pena può essere espiata presso gli altri luoghi previsti per legge (su cui, v. *infra*).

<sup>6</sup> O. ROBERTSON, *Collateral Convicts: Children of incarcerated parents. Recommendations and good practice from the UN Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011*, Quaker United Nations Office, Human Rights & Refugees Publications, March 2012.

<sup>7</sup> V. J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, in AA.VV., *Donne ristrette*, cit., 120 ss.

vicenda<sup>8</sup>.

Proprio in ragione della peculiarità della condizione, la “maternità reclusa” ha riscosso un significativo interesse da parte del legislatore, con l’introduzione di una serie di normative che, negli anni, hanno progressivamente esteso le tutele del rapporto con la prole e, attraverso di questo, per la maternità vissuta durante la detenzione<sup>9</sup>.

Attualmente, per la madre detenuta, l’ordinamento prevede la possibilità di accedere a una serie di istituti diversamente articolati in ragione dell’età e della disabilità del minore, della gravità dei reati commessi, in specie con alcune preclusioni in caso di reati cd. “ostativi”<sup>10</sup>, ma anche della sussistenza del pericolo di fuga o di commissione di altri delitti<sup>11</sup>. Per quanto riguarda l’età, le tutele sono regolate attraverso la previsione di benefici penitenziari in caso di prole fino ai tre<sup>12</sup>, sei<sup>13</sup> e dieci anni di vita<sup>14</sup>, non prevedendosi più alcun beneficio particolare se la carcerazione avvenga

---

<sup>8</sup> V. le Risoluzioni del Parlamento europeo del 26.5.1989, sulla situazione di donne e bambini in carcere; del 13.3.2008, sulla particolare situazione delle donne detenute e l’impatto dell’incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare; del 15.12.2011, sulle condizioni detentive nell’UE; del 27.11.2014, sul 25° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia; del 5.10.2017, sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione. V. anche le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, tra cui le Raccomandazioni R(87)3 e R(2006)2, sulle regole penitenziarie europee; la Raccomandazione R(2000)1469, sulle madri ed i neonati in carcere; la Raccomandazione R(2018)5, concernente i bambini figli di detenuti.

<sup>9</sup> Si ricordino l. 10.6.1986, n. 663, «Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»; d.l. 13.5.1991, n. 152, conv. mod. l. 12.7.1991, n. 203; d.l. 14.6.1993, n. 187, conv. mod. l. 12.8.1993, n. 296; l. 27.5.1998, n. 165, cd. “Legge Simeone” (che ha aumentato prima a cinque poi a dieci anni l’età soglia del figlio in presenza della quale la madre può essere ammessa alla detenzione domiciliare); d.l. 24.11.2000, n. 341, conv. mod. 19.1.2001, n. 4; l. 8.3.2001, n. 40, «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», cd. “Legge Finocchiaro” (allora ministra per le pari opportunità) o “legge otto marzo” (poiché approvata in questa data), su cui v. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 807; L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 547; l. 5.12.2005, n. 251; l. 21.4.2011, n. 62, «Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori»; d.l. 1.7.2013, n. 78, conv. mod. l. 9.8.2013, n. 94; d.l. 23.12.2013, n. 146, conv. mod. 21.2.2014, n. 10. V. G. MANTOVANI, *La de-carcerizzazione delle madri nell’interesse dei figli minorenni: quali prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 1/2018; ID., *La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio*, in AA.VV., *Donne ristrette*, a cura di G. Mantovani, L’edizioni, Milano, 2018, 196 ss.

<sup>10</sup> Si tratta dei reati ex art. 4-bis o.p.

<sup>11</sup> In tale caso, vi è la possibilità di ricorrere a benefici penitenziari, ad esempio, alla detenzione domiciliare ordinaria, quando sia possibile disporre il rinvio obbligatorio o facoltativo dell’esecuzione della pena a prescindere dall’entità della pena da espiare (art. 47-ter, comma 1, o.p.), alla detenzione domiciliare speciale (Art. 47-quinquies, comma 1-bis, o.p.), dunque anche per le madri condannate a pene detentive superiori a quattro anni, o che devono ancora scontare più di quattro anni di pena, purché abbiano già scontato almeno un terzo della pena, ovvero almeno quindici anni in caso di condanna all’ergastolo, diversamente dovendosi scontare la pena presso un istituto penitenziario.

<sup>12</sup> In questa fascia di età, la madre può tenere con sé la prole (art. 11, comma 9, o.p.), anche se reclusa per una misura cautelare (art. 285 c.p.p.).

<sup>13</sup> Fino ai sei anni della prole, l’ordinamento prevede che la prima parte di pena (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo) possa essere espiata dalla madre convivente presso un I.C.A.M.; salvo esigenze eccezionali, la custodia cautelare in carcere non è ammessa (art. 275, comma 4, c.p.p.) e spetta al giudice la valutazione sulla possibilità di una misura cautelare presso gli ICAM, quando esigenze eccezionali impediscano il ricorso a misure ancor meno invasive (art. 285-bis, c.p.p.).

<sup>14</sup> Fino all’età di dieci anni del bambino con lei convivente, alla madre è riconosciuta l’assistenza extramuraria e la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare (art. 21-bis o.p.), che può essere attuata oltre che nell’abitazione anche in altro luogo di privata dimora oppure in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, come in case famiglia protette (art. 47-ter o.p.). Se non vi sono le condizioni per accedere alla detenzione domiciliare ordinaria e nei medesimi luoghi ritenuti per questa idonei, è pure possibile accedere alla detenzione domiciliare speciale, quando non vi sia pericolo di recidiva o di fuga. Tale misura è prevista anche per le pene di lunga durata, potendo accedervi «dopo l’espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l’espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all’ergastolo» (art. 47-quinquies o.p.), se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli.

quando il bambino ha già compiuto i dieci anni<sup>15</sup>.

Vi è poi una diversa modulazione anche in base al motivo della privazione della libertà personale, se in applicazione di una misura cautelare o di una condanna, o ancora rispetto alla lunghezza della pena già scontata o residua.

Sono così previste misure alternative, come la detenzione domiciliare (ordinaria o speciale)<sup>16</sup>, ma pure la possibilità di una assistenza extramuraria alla prole<sup>17</sup>, della temporanea libertà della madre<sup>18</sup> e dell'espiazione presso i cd. "istituti a custodia attenuata per detenute madri" (in sigla, I.C.A.M.) – pensati per offrire un ambiente familiare anche attraverso sistemi di sicurezza non percepibili come tali dai bambini – o nelle case-famiglia protette, la cui attuazione è ancora oggi molto condizionata dalla discontinuità dei finanziamenti e dalla scarsa presenza sul territorio<sup>19</sup>.

In via di approssimazione, può riconoscersi come l'ordinamento tenda a evitare l'ingresso in carcere di una madre, con l'espiazione della pena in luoghi ritenuti idonei (la propria abitazione o se non disponibile altri luoghi di privata dimora, luoghi pubblici di cura, assistenza o accoglienza, come le case-famiglia protette), quando non vi sia un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga e salvo casi eccezionali.

Il complesso quadro delineato sul piano normativo consente di valorizzare l'obiettivo dei diversi istituti che è di tutelare, in primo luogo, la prole e il fascio di diritti e libertà che attorno a essa gravitano, nonché le funzioni di cura che essa richiede. Come diretto precipitato, a risulturne tutelata sarà anche la condizione materna (e in parte genitoriale<sup>20</sup>) e dunque i diritti e le libertà della madre detenuta, dando forma a un bilanciamento complesso rispetto ai contro-interessi della difesa sociale, della pretesa punitiva da parte dello Stato, del rispetto delle regole che alla pretesa di espiazione della pena sono sottese.

## *2. Le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale fra interesse del minore, esigenze di difesa sociale e statuto costituzionale della pena*

Il tema della "maternità reclusa" è stato attraversato – in specie nell'ultimo decennio – da una copiosa giurisprudenza costituzionale che, in via di prima approssimazione e con le specifiche che saranno ricordate, può individuarsi come decisamente rivolta a riconoscere una tutela primaria alla instaurazione o al mantenimento di un rapporto quanto più possibile "normale" tra madri detenute e figli in tenera età ma soprattutto al fascio dei diritti e delle libertà del minore, soggetto particolarmente meritevole di protezione e incolpevolmente coinvolto dalla vicenda detentiva della

---

<sup>15</sup> V. art. 47-*quinquies*, comma 8, lett. b), o.p., ex art. 21-*bis* o.p. Residua la sola possibilità della proroga della detenzione domiciliare speciale già concessa, qualora ricorrano i requisiti per l'applicazione della semilibertà (art. 47-*quinquies*, comma 8, lett. a), o.p.).

<sup>16</sup> Artt. 47-*ter* e 47-*quinquies* o.p. I due istituti – che condividono la medesima finalità di garantire la continuità della cura del minore, evitando l'ingresso in carcere dei minori in tenera età – hanno presupposti diversi, poiché la detenzione domiciliare "ordinaria" può essere disposta quando la pena da espiare non sia superiore a quattro anni, mentre quella speciale riguarda persone che devono scontare una pena maggiore e richiede che non vi sia un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti; entrambe le misure sono primariamente indirizzate a consentire la cura dei figli minori. V. Corte cost. sentt. 76/2017; 239/2014; 177/2009.

<sup>17</sup> Art. 21-*bis* o.p.

<sup>18</sup> V. il rinvio della pena, obbligatorio nei riguardi di una donna in stato di gravidanza o che abbia partorito da meno di sei mesi (art. 146 c.p.) e facoltativo nel caso di una madre di prole di età inferiore ai tre anni (artt. 147, 211-*bis* c.p.).

<sup>19</sup> Sull'esperienza delle case famiglia, v. A. TOLLIS, *Le case famiglia protette e il "caso milanese"*, in AA.VV., *Donne ristrette*, cit., 330 ss.

<sup>20</sup> Come si vedrà, in presenza di specifiche condizioni, vi è stata una estensione anche ai padri delle tutele previste per le madri detenute.

genitrice<sup>21</sup>.

Particolare rilevanza è stata riconosciuta all'interesse del figlio minore nel mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, posto che si tratta di un interesse complesso, articolato in diverse situazioni giuridiche<sup>22</sup>, che hanno trovato tutela anche nell'ordinamento internazionale<sup>23</sup>.

Fondando le proprie decisioni sul prioritario interesse del minore a mantenere un rapporto con la madre, la Corte è stata chiamata a intervenire su una pluralità di ambiti, temi e istituti.

In tema di detenzione domiciliare speciale, prevista a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni, ha dichiarato l'incostituzionalità della previsione che non consentiva l'esclusione dal divieto previsto nei casi di reati ostativi<sup>24</sup>, in presenza degli ulteriori requisiti di legge, ossia l'assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti<sup>25</sup>.

Rispetto alle persone condannate per reati ostativi, la Corte ha precisato la necessità di verificare il bilanciamento fra l'interesse del minore a beneficiare in modo continuativo dell'affetto e delle

---

<sup>21</sup> Corte Cost. 239/2014, su cui V. A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in Arch. pen., n. 3/2014; M.T. TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, in Arch. Pen.; L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in Giur. cost., 5/2014, 3948 ss.; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in Giur. cost., 5/2014, 3940 ss.; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in Arch. pen., 3, 2015; U. ZINGALES, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in Minorigiust., 2/2015, 186 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in Diritto penale contemporaneo ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 27.10.2014; F. CASSIBBA, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in Arch. pen.; Corte cost. sent. 177/2009, su cui v. C. FIORIO, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, in Giur. cost., 3/2009, 1986 ss.; 350/2003; 76/2017, su cui v. G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in Diritto penale contemporaneo ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 5/2017, 321 ss.; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in Giur. cost., 2017, 733; A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in Dir. pen. proc., 2017, 1047; L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi legislativi alla luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in Studium Iuris, 2017, 1453; D. MONE, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in Diritto pubblico europeo, Rassegna online (<http://www.serena.unina.it/index.php/dperonline>), 2, 2017; M. TIBERIO, *La detenzione domiciliare speciale nella lettura della Corte costituzionale*, in Arch. Nuova proc. Pen., 6, 2017, 593 ss.; S. TOGNAZZI, *La detenzione domiciliare della madre: bilanciamento tra tutela della collettività e tutela del minore*, in Diritto penale e processo, 8, 2018, 1034 ss.; E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello "speciale interesse del minore"*, in Processo penale e giustizia (<http://www.processopenaleegiustizia.it/>), 5/2017, 872. V. D.M. SCHIRÒ, *L'interesse del minore*, cit., 119, che analizza la giurisprudenza costituzionale nella prospettiva del minore coinvolto.

<sup>22</sup> V. Corte cost. sent. 17/2017, su cui E. APRILE, in Cass. pen., 2017, 1465; v. E. ANDOLFATTO, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.*, Diritto penale contemporaneo ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 3, 2017, 286-288; A. GASPARRE, *Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore*, in Cass. pen., 2017, 3174; M. CAREDDA, *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, in Giur. cost., 2017, 98. V. Corte cost. sentt. 239/2014; 7/2013, su cui v. V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in Diritto penale contemporaneo ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)); Corte cost. sent. 31/2012.

<sup>23</sup> Corte cost. sentt. 31/2012; 7/2013. V. art. 3, comma 1, Convenzione sui diritti del fanciullo; art. 24, comma 2, CFUE.

<sup>24</sup> Art. 4-bis, comma 1, o.p.

<sup>25</sup> Corte cost. sent. 239/2014.

cure materne e le contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena. Infatti, affinché l'interesse del minore non resti irragionevolmente recessivo rispetto alle esigenze di protezione della società dal crimine, «occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»<sup>26</sup>.

Per quanto non sia «in principio vietato alla legge differenziare il trattamento penitenziario delle madri condannate, a seconda della gravità del delitto commesso», la Corte ha tuttavia riconosciuto che l'assoluta preclusione per i reati ostativi è certamente lesiva dell'interesse del minore, in nome della tutela costituzionale della maternità (art. 31, co. 2, Cost.). Occorre infatti strutturare il bilanciamento fra la pretesa punitiva statale e le esigenze, che pur dovrebbero essere preminenti, di tutela della maternità e del minore, la cui esclusione finirebbe per vanificare la *ratio* ispiratrice della detenzione domiciliare speciale, volta primariamente a ripristinare la convivenza tra madri e figli<sup>27</sup>.

Sempre in nome del preminente interesse del minore, le medesime tutele previste, attraverso l'accesso alla detenzione domiciliare ordinaria<sup>28</sup> e speciale<sup>29</sup> della madre, per i figli fino a una certa età, sono state estese, a prescindere dall'età, anche in caso di figlio totalmente disabile con essa convivente.

Ancora richiamando il primario obiettivo di preservare il rapporto madre-figlio, la Corte ha dichiarato la manifesta irragionevolezza della norma che punisce l'allontanamento dal domicilio di una madre sottoposta a detenzione domiciliare ordinaria, trattandosi di una disposizione che impone un trattamento deteriore a carico di colei che abbia da scontare una pena pari o inferiore a quattro anni, rispetto a quello previsto per la madre che, in uguali condizioni, debba ancora espiare una pena di durata maggiore<sup>30</sup>. Proprio sulla scia di tale pronuncia e richiamando in gran parte le argomentazioni, la stessa questione è stata posta rispetto all'istituto della detenzione domiciliare speciale e rispetto alla posizione del padre ammesso alla misura alternativa in ragione dell'impossibilità della madre, consentendo alla Corte di dichiarare l'incostituzionalità del reato di allontanamento soltanto se superiore alle dodici ore, alla luce della identica finalità delle due misure alternative, ossia garantire la cura del minore evitando il suo ingresso nell'istituto penitenziario<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Corte cost. sentt. 239/2014; 76/2017.

<sup>27</sup> Corte cost. sent. 76/2017.

<sup>28</sup> Corte cost. sent. 350/2003, L. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giur. cost.*, 2003, 3643, e G. REPETTO, *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, in *Giur. cost.*, 2004, 754.

<sup>29</sup> Corte cost. sent. 18/2020, su cui v. il mio *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza 18 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), in corso di pubblicazione.

<sup>30</sup> Corte cost. sent. 177/2009.

<sup>31</sup> Corte cost. sent. 211/2018, avente a oggetto l'art. 47-ter, comma 1, lett. b), e 8, o.p. Rilevando un contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevolezza della distinzione, la pronuncia ha equiparato le discipline della detenzione domiciliare speciale e di quella ordinaria, rifiutando l'automatismo della rilevanza penale dell'allontanamento superiore alle 12 ore dal proprio domicilio per il padre detenuto. Soltanto la prima infatti consentiva di considerare l'allontanamento ingiustificato dal domicilio della madre ammessa alla detenzione domiciliare speciale per prendersi cura dei figli (art. 47-quinquies, comma 7) come reato di evasione (*ex art.* 385 c.p.) nel solo caso in cui si fosse protratto per più di dodici ore (art. 47-sexies, comma 2, o.p.), prevedendo invece la possibilità di revoca della misura per le assenze di durata inferiore (art. 47-sexies, comma 1, o.p.). Era dunque lasciato al giudice il compito di esaminare la vicenda concreta, rifiutando ogni automatismo e riconoscendo "il giusto peso" all'interesse del minore. Per la detenzione domiciliare ordinaria, invece, la previsione del reato vi era a prescindere dalla durata dell'allontanamento ingiustificato, configurando un paradosso poiché alle madri che avevano pene inferiori da scontare veniva riservata una maggiore durezza sanzionatoria. È stata così dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 47-ter, comma 1, lett. a), o.p., nella parte in cui non prevede l'applicazione del trattamento più flessibile anche agli allontanamenti in

In nome della tutela della relazione genitoriale e della maternità, il giudice delle leggi è poi intervenuto dichiarando l'illegittimità della disposizione che esclude il detenuto condannato per reati ostativi che non abbia ancora espiato almeno un terzo della pena dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni<sup>32</sup>.

Ancora valorizzando la tutela della prole attraverso il mantenimento della relazione materna, la giurisprudenza costituzionale è intervenuta scardinando il requisito della necessaria collaborazione con la giustizia quale causa di esclusione dai benefici di espiazione all'esterno. Ha infatti ritenuto che se anche la strategia di contrasto della criminalità organizzata vada certamente perseguita tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari dipendenti dalla valutazione del progresso trattamentale del condannato, che la condotta collaborativa attesta, non appare costituzionalmente legittimo ammettere che la preclusione investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico. In tal modo, infatti, si farebbe infatti gravare la scelta della persona condannata di non collaborare alla lotta al crimine organizzato, su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna<sup>33</sup>.

Con una pronuncia di manifesta infondatezza, la Consulta è anche intervenuta in tema di rinvio obbligatorio della pena detentiva nei confronti di donna incinta o madre di prole di età inferiore a un anno ritenendo, ancora una volta prevalente sull'interesse dello Stato all'esecuzione immediata della pena la protezione del rapporto madre-figlio in un ambiente idoneo. Il giudizio aveva a oggetto la disposizione che non consente al giudice di negare il differimento dell'esecuzione, qualora lo ritenga non adeguato alle finalità di prevenzione generale e la detenzione domiciliare non sia idonea a prevenire il rischio di recidiva<sup>34</sup>. La Corte ha però ritenuto non irragionevole la disposizione censurata e ribadito come il rinvio del momento esecutivo non esclude la funzione di intimidazione e dissuasione della pena, poiché non si tratta di una rinuncia *sine die* della potestà punitiva statale. Nel bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti, l'evocato rischio di una strumentalizzazione della maternità con lo scopo di ottenere il rinvio dell'esecuzione della pena è infatti già stato considerato dal legislatore attraverso la previsione tra le condizioni ostative alla concessione del differimento<sup>35</sup> della dichiarazione di decadenza della madre dalla potestà sul figlio e l'abbandono o l'affidamento del figlio ad altri<sup>36</sup>.

---

caso di detenzione domiciliare ordinaria. Per un commento, v. D. 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 della detenzione domiciliare 'speciale'*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

<sup>32</sup> Corte cost. sent. 174/2018, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 21-bis o.p., per contrasto con l'art. 31 (restando assorbiti i parametri artt. 3, 29, 30 Cost.); v. D.M. SCHIRÒ, *L'interesse del minore*, cit., 105-124; M. PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 15.3.2019; M.C. SAPORITO, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, in *Processo Penale e Giustizia* (<http://www.processopenaleegiustizia.it/>), 1, 2019; G. MARRA, *La Corte costituzionale prosegue l'opera di smantellamento delle preclusioni "rigide" all'accesso ai benefici penitenziari*, in *ilPenalista* (<http://ilpenalista.it/>), 22 ottobre 2018; A. LO CALZO, *Il diritto all'assistenza e alla cura nella prospettiva costituzionale tra eguaglianza e diversità*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 3, 2018, 211 ss. Sul tema, v. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4, 2017, 18.

<sup>33</sup> Corte cost. sent. 239/2014, ripresa da sent. 76/2017.

<sup>34</sup> Art. 146, comma 1, nn. 1) e 2), c.p.

<sup>35</sup> Corte cost. sent. 145/2009; ord. 260/2009, P. COMUCCI, *Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte costituzionale*, in *Corr. mer.*, n. 1/2009, 59 ss.

<sup>36</sup> Art. 146, comma 2, c.p.

Ancora, la Corte è intervenuta circa la sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale inizialmente prevista come automatica, senza possibilità alcuna per il giudice di valutare il caso concreto<sup>37</sup>. Se in un primo momento aveva avallato l'automatismo sanzionatorio ricordando come proprio per i casi di rilevata incapacità genitoriale la legge aveva previsto la possibilità di assegnare la cura del minore a terze persone<sup>38</sup>, successivamente è intervenuta dichiarando l'incostituzionalità dell'automatismo, in nome della centralità del minore e dei suoi interessi<sup>39</sup> che devono essere valutati nella vicenda concreta, anche in ragione della tipologia di reati. Si pensi alla peculiarità rappresentata da vicende che riguardano la criminalità organizzata, laddove talvolta sono proprio le madri a fare da «anello di congiunzione tra i minori e la criminalità organizzata»<sup>40</sup>. Tuttavia, pur dovendosi necessariamente considerare in modo diverso le condotte criminose compiute dalla genitrice, è comunque da ritenere che neppure nel caso di crimini efferati possa presumersi – in modo assoluto e insuperabile – l'inidoneità genitoriale, piuttosto dovendosi attivare gli organismi di riferimento per la tutela del minore<sup>41</sup>.

Se nella giurisprudenza costituzionale può riconoscersi una evoluzione, deve però porsi in evidenza come le tutele della relazione materna e, di rimando, della maternità reclusa abbiano comunque incontrato alcuni limiti, alla ricerca di una incessante e faticosa verifica circa la compatibilità costituzionale delle disposizioni in materia di accesso ai benefici penitenziari. Pure a fronte dell'«elevato» rango dell'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, non può infatti non ritenersi come debba profilarsi un bilanciamento con gli

---

<sup>37</sup> Art. 569 c.p., allora potestà genitoriale.

<sup>38</sup> Corte cost. sent. 723/1988.

<sup>39</sup> Corte cost. sent. 31/2012, su cui v. J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 114 ss.; L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1585; S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, 597; G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 27 febbraio 2012; M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 377; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909).

V. anche Corte cost. sent. 7/2013, ancora in occasione del vaglio di legittimità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevedeva che conseguisse la perdita di diritto della responsabilità genitoriale alla condanna pronunciata nei confronti del genitore ritenuto responsabile del delitto di soppressione di stato, art. 566, comma 2, c.p.; su cui v. S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 554; M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p. sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 2013, 176; V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2, 2013, 199.

<sup>40</sup> Così, «Risoluzione in materia di tutela dei minori nel quadro della lotta alla criminalità organizzata», approvata dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera del 31 ottobre 2017.

<sup>41</sup> G. MANTOVANI, *La de-carcerizzazione delle madri*, cit., 239. Proprio in riferimento alla criminalità organizzata, la Risoluzione CSM del 2017 ricordava l'importanza di una «eventuale previsione di un obbligo per il giudice ordinario di comunicare al Tribunale per i minorenni e al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni competenti provvedimenti limitativi della libertà personale o i procedimenti in corso nei confronti di soggetti coinvolti nelle associazioni mafiose che abbiano figli di età inferiore agli anni 18, consentirebbe di intervenire adottando i provvedimenti di cui agli artt. 330 e ss. c.c.». Appare ovvio che nel caso di decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c. si verrebbe a generare una condizione ostativa alla fruizione del beneficio volto alla salvaguardia del benessere psico-fisico della prole, venendo meno il presupposto stesso del beneficio, ossia il rapporto affettivo da salvaguardare e il rapporto di convivenza da non interrompere bruscamente. Nella Risoluzione del 27 luglio 2006, dedicata alla «Disciplina delle esigenze della tutela della maternità e dei figli minori dei detenuti, con particolare riferimento all'esercizio dei poteri del magistrato di sorveglianza e del Tribunale per i minorenni», il CSM ha rilevato che la decadenza ex art. 330 c.c. e l'abbandono materno sono «situazioni che possono comportare accertamenti istruttori complessi presso il Tribunale per i Minorenni, talora impossibili per i soggetti che usano alias o irregolarmente presenti nel territorio dello Stato». Lo rileva G. MANTOVANI, *La de-carcerizzazione delle madri*, cit., 231-232.

interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono quelli di difesa sociale, sottesi alla necessaria esecuzione della pena. Tale bilanciamento è rimesso alle scelte discrezionali del legislatore e può realizzarsi attraverso regole che determinano, in astratto, i limiti entro i quali i diversi principi possono trovare contemperata tutela<sup>42</sup>, dovendosi lasciare al giudice qualsiasi verifica di appropriatezza nel caso concreto.

In termini generali, può rilevarsi come la Corte abbia nettamente respinto gli automatismi legislativi basati su indici presuntivi, che comportino il totale sacrificio dell'interesse del minore, non consentendo al giudice un'analisi del caso concreto nella sua peculiarità. Qualsiasi bilanciamento – operato in astratto dal legislatore – fra le esigenze di difesa sociale e la tutela della posizione del minore attraverso la salvaguardia del rapporto materno, deve infatti essere verificato per come si pone in quell'incerto del mestiere di vivere<sup>43</sup>, che solo che condizioni concrete della concreta vicenda consentono di comprendere<sup>44</sup>. Soltanto così potrà realmente dirsi invero il principio della necessaria individualizzazione della pena, non soltanto in ragione del fatto commesso, ma pure della persona coinvolta (*rectius*, delle persone coinvolte).

La giurisprudenza costituzionale circa la condizione delle madri detenute conferma dunque le linee di tendenza che la Corte ha tracciato in ambito penitenziario<sup>45</sup>, quanto alla individualizzazione<sup>46</sup> e proporzionalità della pena<sup>47</sup>.

In proposito, il giudice delle leggi ha precisato come «le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole», dovendosi rimettere al prudente apprezzamento del giudice la verifica delle caratteristiche del caso concreto, ad esempio, quanto all'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga<sup>48</sup>.

Per quanto le tutele siano state coniate in riferimento alla condizione della madre detenuta, la giurisprudenza ha pure esteso, sia pure in via residuale e non completa<sup>49</sup>, al padre i benefici riconosciuti nel caso in cui la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, ancora valorizzando la migliore tutela della posizione del bambino<sup>50</sup>. Secondo la Corte, in materia di detenzione domiciliare, in presenza di prole di età inferiore ai tre anni e di assenza della madre per decesso o per assoluta impossibilità ad adempiere la funzione di cura del minore, il riconoscimento dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, su cui è ordinato il matrimonio, e il riconoscimento dei diritti della famiglia, il dovere-diritto dei genitori di cura della prole con pari responsabilità, nonché le provvidenze che la legge deve disporre affinché siano assolti i compiti dei genitori nei casi di loro incapacità, come pure la tutela dell'infanzia che chiede alla Repubblica di

---

<sup>42</sup> Corte cost. sentt. 17/2017; 177/2009.

<sup>43</sup> Si ricordino le preziose parole della Corte costituzionale, nella pronuncia sul riconoscimento dei figli nati da rapporti incestuosi (sent. 494/2002).

<sup>44</sup> Corte cost. sentt. 239/2014; 76/2017; 177/2009; 211/2018; 174/2018; 31/2012.

<sup>45</sup> Sul rifiuto di automatismi, v. Corte cost. sentt. 40 e 253/2019; 149/2018; 78/2007; 418/1998; 161 e 173/1997; 186/1995; 306/1993; 282/1989.

<sup>46</sup> Corte cost. sentt. 149/2018; 90/2017; 255 e 257/2006; 436/1999; 306/1993; 282/1989.

<sup>47</sup> *Inter alia*, Corte cost. sentt. 255 e 257/2006; 299/1992.

<sup>48</sup> Corte cost. 76/2017, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, o.p., limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*».

<sup>49</sup> Secondo M.T. ZAMPOGNA, L.N. MEAZZA, *La tutela del rapporto genitoriale tra i padri detenuti in custodia cautelare e i figli minori: profili di illegittimità costituzionale*, in *Giur. Pen.*, le disposizioni che prevedono tutele a favore della sola madre sarebbero incostituzionali.

<sup>50</sup> Corte cost. sent. 211/2018 che, sulla base dell'identità di *ratio* dell'istituto, ha esteso al padre detenuto ammesso alla detenzione domiciliare speciale in ragione dell'impossibilità da parte della madre, il non automatismo della configurazione del reato di evasione nel caso di allontanamento dal proprio domicilio per un tempo maggiore delle 12 ore.

favorire gli istituti necessari a tale scopo, consentono l'estensione dei benefici anche al padre. Si tratta infatti di un complesso di eminenti valori che rendono radicale l'incompatibilità della previsione a favore delle sole madri, con l'art. 3, in connessione con gli artt. 29, 30 e 31 Cost.<sup>51</sup>.

### 3. Imprigionare la maternità: le operazioni di bilanciamento fra evoluzioni normative e prospettive di (necessaria?) riforma

Occorre tener conto di come il tema della "maternità reclusa" si inserisca in modo problematico in un contesto già di per sé particolarmente complesso, come quello carcerario, in cui spesso si assiste a quel tradimento del senso costituzionale della pena che la dottrina non ha mancato di segnalare<sup>52</sup>, anche in ragione delle condizioni materiali dell'espiazione.

Si pensi al tema del sovraffollamento<sup>53</sup>, ma anche alla povertà delle attività trattamentali o alla tensione che spesso emerge rispetto alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone reclusi, in particolare in ambito sanitario ed educativo<sup>54</sup>, che pongono in dubbio l'inveramento del principio per cui le pene devono tendere alla rieducazione della persona condannata<sup>55</sup>.

Rispetto alle generali condizioni della detenzione, la maternità reclusa andrebbe poi contestualizzata nella specifica prospettiva del fiaccamento dei legami familiari che genera<sup>56</sup> ma anche nella peculiarità che alla criminalità femminile gli studi riconoscono, ad esempio, quanto all'essere per lo più espressione di marginalità sociale<sup>57</sup>.

Si tratta inoltre di una vicenda poco analizzata<sup>58</sup>, poco conosciuta e rappresentata, marginale,

---

<sup>51</sup> Corte cost. sent. 215/1990.

<sup>52</sup> Valorizza il portato di questa affermazione dell'art. 27, comma 3, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, aprile 2014. Sul tema, v. gli studi M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; AA.VV., *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; AA.VV., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

<sup>53</sup> La dottrina sul tema è significativa, soprattutto a seguito della condanna della Corte di Strasburgo su "caso Torreggiani". V. almeno A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2016, 1204, e i significativi scritti di Alessandro Albano e Francesco Picozzi, tra cui v. da ultimo "Conoscere per deliberare"? *Lo strano caso delle statistiche europee sul sovraffollamento carcerario*, in *Cass. Pen.*, 3, 2020, in corso di pubblicazione.

<sup>54</sup> Sia consentito un rinvio a *Le "zone d'ombra" dei diritti sociali: la tutela della dignità delle persone detenute fra strumenti di soft law e discrezionalità amministrativa*, in AA. VV., *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, a cura di P. Bonetti - A. Cardone - A. Cassatella - F. Cortese - A. Deffenu - A. Guazzarotti, Aracne, Roma, 2014, 229-246.

<sup>55</sup> Valorizza il portato di questa affermazione dell'art. 27, comma 3, A. Pugiottio, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, aprile 2014.

<sup>56</sup> S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it (www.costituzionalismo.it)*, 2, 2015.

<sup>57</sup> Ad es. furto, rapina, truffa, violazione della legge sulla droga, sfruttamento della prostituzione, riduzione in schiavitù; così rileva J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 122, richiamando la dottrina secondo cui spesso le donne con prole sono reclusi per reati e spesso non possono fruire di misure alternative poiché senza il necessario requisito del domicilio ai fini della detenzione domiciliare, spesso trattandosi di donne straniere e/o rom e sinti.

<sup>58</sup> AA. VV., *Donne ristrette*, cit.; L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Women in Prison*, cit., 13. N. GANDUS, C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Milano-Udine, Mimesis, 2019; V. però gli studi di C. PECORELLA, C. JUANATEY DORADO, *Madres con hijos en prision: una vision comparada de los sistemas penitenciarios espanol e italiano*, in AA. VV., *Derechos de condenado y necesidad de pena*, a cura di C. Juanatey Dorado - N. Sanchez-Moraleda Vilches, Aranzadi, 2018, 311-341; ID., *Donne in carcere. Una ricerca empirica tra le donne detenute nella Casa di Reclusione di Milano-Bollate*, in AA. VV., *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2018, 663-689.

quasi invisibile<sup>59</sup>, anche perché collocata in un ambito pensato prevalentemente al maschile<sup>60</sup>, aspetto che interroga problematicamente sulla compatibilità degli istituti previsti e delle modalità di espiazione della pena, rispetto alla specificità della condizione.

Pur nella sicura evoluzione normativa attraversata, i monitoraggi evidenziano ancora oggi una difficoltà nell'applicazione delle tutele esistenti per le madri, così come delle possibilità volte a rendere il carcere una *extrema ratio*<sup>61</sup>. A influire in maniera decisiva sulle tutele previste vi è anche la tendenziale inadeguatezza degli spazi ai bisogni del bambino, ad esempio, per la mancanza di spazi esterni adibiti (o da adibire) a giochi, per la presenza di sbarre, porte blindate e cancelli, ma anche di forti rumori che nella società esterna non esistono (ad esempio, per aprire i chiavistelli), di poca luce e aria all'interno degli istituti; ancora, si pensi alla non adeguata presenza di personale specializzato e di volontari, di convenzioni per l'inserimento scolastico, di possibilità per i bambini di uscire con i volontari, aspetti che profondamente condizionano lo sviluppo delle capacità di apprendimento del bambino delle fasi cruciali della sua crescita<sup>62</sup>.

La questione si è mostrata con ancor più vistosa drammaticità anche in occasione dell'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia da Covid-19 che, in un quadro generale di profonda complessità in tema di carcere con il verificarsi di rivolte e sommosse in molti istituti<sup>63</sup>, ha visto una facilitazione nell'accesso alle misure alternative per alcune donne detenute con i propri figli<sup>64</sup>.

Appare certo come l'interesse del minore incolpevolmente coinvolto dalla detenzione della madre dovrebbe sempre prevalere orientando le decisioni della magistratura laddove possano idealmente contrapporsi a controinteressi che, se dotati di copertura costituzionale, richiedono comunque una attenta valutazione.

A partire dal caso concreto andrebbe così impostata ogni operazione di bilanciamento, dovendosi tuttavia attentamente verificare la comparabilità dei principi o valori che trovano ingresso. Si pensi al caso della difesa sociale che, pure, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale<sup>65</sup> e

---

Nel 2016, l'associazione mondiale delle magistrato (International Association Women Judges, in sigla I.A.W.J.) ha promosso una conferenza mondiale sul tema, come pure l'Associazione Nazionale Donne Magistrato (A.D.M.I.), sempre nello stesso anno, il proprio convegno associativo, i cui atti sono confluiti in AA. Vv., *Donne e carcere*, cit., e in specie nello scritto, C.M. LENDARO, *Dalla 13<sup>a</sup> Conferenze biennale 2016 I.A.W.J.-International Association Women Judges – (Washington D.C., 2016) al Convegno A.D.M.I. “Donne e carcere – normativa, criticità e soluzioni” (Lecce, 2016)*, 239 ss.

<sup>59</sup> C. CANTONE, *La detenzione al femminile*, in AA. Vv., *Donne e carcere*, cit., 185 ss., rileva la specificità non soltanto dell'analisi criminologica, ma anche di quella psico-sociale e trattamentale, evidenziando come la marginalità numerica che deriva da una netta sproporzione fra donne e uomini in stato di detenzione porta con sé il rischio di rendere invisibile la condizione femminile. V. *La criminalità femminile come differenza tra i sessi; teorie classiche*, in *Psicolab* (<https://www.psicolab.net/>).

<sup>60</sup> Vi è una diretta corrispondenza rispetto alla società libera nel rilevare come il femminile sia considerato “altro” dal “maschile”, con un segno implicito (ma inesorabile) di disvalore su cui si rinvia al dibattito avviato nell'ambito del femminismo. V. S. RONCONI, G. ZUFFA, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere*, Ediesse, Roma, 2014.

<sup>61</sup> Gli I.C.A.M. sono presenti a Torino “Lorusso e Cutugno”, Milano “San Vittore”, Venezia “Giudecca”, Cagliari e Lauro; per quanto si tratti di strutture che avrebbero dovuto essere attivate nel 2014, sulla base di un piano straordinario penitenziario non ancora approvato, lo stato dell'arte segna una inattuazione. M.P. GIUFFRIDA, *Studio sulle donne ristrette*, cit.

<sup>62</sup> Così pone criticamente in evidenza la Relazione del Garante nazionale, cit., 66.

<sup>63</sup> Sia consentito un rinvio al mio *Il carcere al tempo dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 3, 2020.

<sup>64</sup> Ne dà notizia la stampa del 30.3.2020, in riferimento all'uscita dal carcere di quattro madri con altrettanti bambini per differimento della pena, per l'espiazione presso una casa-famiglia protetta e per detenzione domiciliare.

<sup>65</sup> La giurisprudenza costituzionale ha intercettato un concorso fra la rieducazione da un lato e la prevenzione generale e la difesa sociale dall'altro quali finalità della pena, potendo prevalere ora l'una, ora l'altra, sulla base della discrezionalità del legislatore senza tuttavia poterne del tutto escludere alcuna (*inter alia*, v. Corte cost. sent. 183/2011; richiama anche la riparazione, Corte cost. sent. 179/2017).

convenzionale<sup>66</sup> come caratterizzante le finalità della pena, di concerto con obiettivi di prevenzione speciale e generale e la rieducazione del condannato. Per quanto presente in maniera costante nel bilanciamento operato dalla Corte, va però ribadito come l'unico riferimento testuale in Costituzione sia la risocializzazione, certamente declinabile nei suoi vari aspetti come «reinserimento nell'ordine sociale»<sup>67</sup>, «reinserimento del reo nel contesto economico e sociale»<sup>68</sup>, «reinserimento nel corpo sociale»<sup>69</sup>, «risocializzazione»<sup>70</sup>, «ravvedimento» o «recupero sociale»<sup>71</sup>, «riadattamento alla vita sociale»<sup>72</sup> o ancora acquisizione di «valori fondamentali della vita sociale»<sup>73</sup>.

È comunque da richiedere la verifica circa la presenza di un livello minimo di offensività del comportamento dell'autrice del reato, non sempre rinvenibile nei casi di carcerazione delle madri, verificando altresì che il legame genitoriale non venga del tutto compresso o eccessivamente condizionato, perché ad esso sottostà la tutela dell'interesse del bambino coinvolto spesso sacrificato in nome di criteri generali e astratti, soltanto apoditticamente riportati e non motivati.

Un ulteriore esempio di bilanciamento potrebbe individuarsi fra la tutela della relazione materna – che potrebbe ad esempio indurre a recludere il minore con lei convivente – e la tutela dell'infanzia, attraverso la protezione della crescita del bambino dall'esperienza della reclusione di cui va però smontato il potenziale antagonismo. In alcun modo, è infatti da ritenere che la maternità possa essere scissa dalla relazione verticale e dunque dalla tutela del superiore interesse del minore, attraverso la garanzia della cura che questa assicura, senza spazio alcuno all'intenderla quale leva della riabilitazione della donna autrice di reato. Ciò infatti significherebbe ammettere uno scivolamento periglioso, funzionalizzando il minore coinvolto al recupero sociale della madre detenuta che non appare rispettoso della pienezza della sua tutela<sup>74</sup>.

L'interesse del minore dovrebbe altresì essere valutato attraverso il canone dell'idoneità genitoriale, chiedendo una verifica circa il permanere della capacità educativa di chi abbia commesso delle condotte criminose. In merito, la dottrina può dirsi sostanzialmente polarizzata fra due opposte posizioni. Da un lato, è stato ritenuto come neppure la commissione dei più gravi reati possa far presumere l'inidoneità educativa e la “necessità” di interrompere il legame genitoriale a tutela di quei *best interest* che devono sempre prevalere<sup>75</sup>. Dall'altro, si è ipotizzata una forte presunzione di inidoneità genitoriale di chi sia autrice di alcune tipologie di reato poiché la stessa scelta di delinquere la pone in un contrasto frontale e diretto con il dovere di educare i figli alla legalità, obiettivo direttamente proiettato a inserirli nel contesto sociale di riferimento e dunque

---

<sup>66</sup> Pure la Corte di Strasburgo ha contribuito a definire un obiettivo multiplo della pena nei termini di “*punishment, deterrence, public protection and rehabilitation*”, da ultimo con *Hutchinson c. the United Kingdom*, 17 gennaio 2017, par. 43 (ricorso n. 57592/08), ma v. anche *Murray c. The Netherlands*, 26 aprile 2016 (ricorso n. 10511/10); *Khoroshenko v. Russia*, 30 giugno 2015 (ricorso n. 41418/04); *Vinter and others c. United Kingdom*, 9 luglio 2013, (ricorso n. 66069/09); *James, Wells and Lee c. UK*, 8 settembre 2012 (ricorsi nn. 25119/09, 57715/09 and 57877/09); *Maiorano e altri c. Italia*, Seconda Sezione, 15 dicembre 2009 (ricorso n. 28634/06); *Dickinson v. United Kingdom*, 4 dicembre 2007 (ricorso n. 44362/04); *Mastromatteo c. Italy*, 24 ottobre 2002 (ricorso 37703/97).

<sup>67</sup> Corte cost. sent. 168/1972.

<sup>68</sup> Corte cost. sent. 126/1984.

<sup>69</sup> Corte cost. sent. 274/1983.

<sup>70</sup> Corte cost. sent. 450/1998.

<sup>71</sup> Corte cost. sent. 271/1998.

<sup>72</sup> Corte cost. sent. 204/1974.

<sup>73</sup> Corte cost. sent. 138/2001. Per una disamina, v. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale, intervento nell'ambito del Master “Diritto penitenziario e Costituzione”* (<https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/>).

<sup>74</sup> G. MANTOVANI, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 196 ss.

<sup>75</sup> V. *supra*, la nota 41.

limite vistoso a un adeguato esercizio della responsabilità genitoriale da parte della madre rea<sup>76</sup>.

Certamente, sono però da evitare modalità che, nell'applicare i benefici a favore delle madri condannate, inneschino il rischio di un uso strumentale della relazione genitoriale, in chiave di pressione ai fini della collaborazione o per lo scardinamento della criminalità organizzata<sup>77</sup>.

Deve infine ricordarsi sulla tendenziale e strutturale incompatibilità della condizione materna con la detenzione, potendosi l'interrogativo circa la ragionevolezza dei limiti previsti in ragione dell'età della prole, individuata quale soglia di (non) garanzia del rapporto affettivo. Ad oggi infatti, il sistema non prevede alcuna tutela quando il bambino abbia già compiuto i dieci anni al momento dell'arresto della madre; al di là di questa soglia-limite, si considera dunque non più meritevole di tutela la relazione materna, per quanto difficilmente il legame affettivo e le necessità di cura possano considerarsi di minore importanza in questo momento della vita<sup>78</sup>. Residua l'ipotesi di una proroga dei benefici già concessi che però di certo non pare esaurire le necessità di tutela della prole in una età nella quale comunque fondamentale è da ritenersi la presenza materna nel processo educativo e di crescita.

Sarebbe dunque da interrogare quanto la fissazione di un limite di età della prole possa rappresentare un automatismo, poiché di fatto rende l'interesse del minore la cui madre viene reclusa cedevole di fronte a esigenze di difesa sociale, peraltro spesso evocate ma non adeguatamente verificate per come si pongono nel caso concreto.

Conclusivamente, va ribadito come dato il valore degli interessi in gioco e la difficoltà di assolutizzare alcun genere di riflessioni, le diverse istanze debbano orientare il bilanciamento senza aprioristicamente gerarchizzare diritti e libertà che – se dotati di copertura costituzionale – non possono essere del tutto sacrificati in nome di non meglio precisate esigenze contrapposte.

Deve dunque essere la concreta vicenda nella sua dimensione oggettiva – mutevole, in primo luogo, in base alla tipologia di condotte commesse – e soggettiva – tenendo conto cioè conto delle persone a vario titolo coinvolte – a orientare le valutazioni della magistratura. Solo così sarà possibile tenere in adeguata considerazione la specificità della condizione detentiva di una madre, ma ancor prima di una donna, ricordando gli studi che hanno mostrato come i reati di cui sono autrici le donne sono più di frequente espressione di marginalità sociale<sup>79</sup> e chiedono pertanto un intervento che – *ex ante* – consenta di intercettare situazioni di disagio che possono sfociare in forme di criminalità, evitandole. Parallelamente, ricordando come sia stato mostrato il peculiare

---

<sup>76</sup> J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 114 ss.

<sup>77</sup> Della sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 569 c.p., allora potestà genitoriale) si è occupata la giurisprudenza costituzionale che, in un primo momento, aveva confermato la compatibilità costituzionale dell'automatismo sanzionatorio (Corte cost. sent. 723/1988). Successivamente, riconoscendo centralità al minore e ai suoi interessi, la Corte ha invece dichiarato l'illegittimità della disposizione che prevedeva come automatica la perdita della responsabilità genitoriale, senza possibilità alcuna per il giudice di valutare il caso concreto (Corte cost. sent. 31/2012). V. anche Corte cost. sent. 7/2013, ancora in occasione del vaglio di legittimità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevedeva che conseguisse la perdita di diritto della responsabilità genitoriale alla condanna pronunciata nei confronti del genitore ritenuto responsabile del delitto di soppressione di stato, art. 566, comma 2, c.p. V. *supra*, nota 39 del presente scritto.

<sup>78</sup> Art. 47-*quinquies*, comma 8, lett. b), o.p., *ex art. 21-bis* o.p. A tutela del minore di età superiore ai dieci anni, permane la sola possibilità di ammettere la persona condannata all'assistenza dei figli minori all'esterno dell'istituto, in presenza di requisiti specifici.

<sup>79</sup> J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 122, e G. FABINI, *Donne e carcere*, cit. Per quanto esuli dal tema specifico del presente lavoro, si ritiene di interesse segnalare come molte donne vengano condannate alla pena detentiva per crimini applicati al solo genere femminile. Si pensi, in alcuni contesti stranieri, all'adulterio, alla violazione delle regole sull'abbigliamento, alla prostituzione, persino alla violenza sessuale subita che è in reato in molti ordinamenti. Così, ritengono C.A. ROMANO, L. RAVAGNANI, *La detenzione al femminile in una prospettiva sovranazionale*, in D. PAJARDI, R. ADORNO, C.M. LENDARO, C.A. ROMANO (a cura di), *Donne e carcere*, Giuffrè, Milano, 2018, 267 ss. e in specie 276.

atteggiarsi del rapporto fra affettività<sup>80</sup> e genitorialità<sup>81</sup>, nel suo essere caratterizzato da sentimenti di inadeguatezza e di percezione di scarsa autorevolezza genitoriale provocata dalla reclusione<sup>82</sup>, sarebbe importante potenziare gli istituti e benefici già presenti, consentendo così un reale invero delle previsioni legislative che – assai solidamente costruite attorno all’idea del carcere come *extrema ratio* per una madre – si scontrano spesso con l’inattuazione pratica, di fatto vanificandoli<sup>83</sup>.

Proprio in ragione di tale peculiarità, è però ancor più rilevante che il sistema sia in grado di forgiare una risposta di natura trattamentale adeguata alla condizione della madre detenuta, così da rispettare il principio della individualità della pena, valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale, diversamente infrangendosi contro i postulati costituzionali che ne hanno tracciato un ben preciso orientamento teleologico.

Solo così lo Stato potrà assumere con ancora maggior forza il compito di cura che gli è proprio quando priva una persona della libertà personale, rendendo effettiva l’idea che il carcere sia un «luogo di ricostruzione – o a volte di costruzione – del senso di legalità [in cui] non possono essere fatte vivere situazioni che ledono la legalità stessa»<sup>84</sup>. Diversamente, dovrebbe ammettersi che esso sia soltanto uno spazio racchiuso da mura per contenere corpi e perpetrare un’afflizione, disconoscendo il senso costituzionale della pena che la intende come proiettata al recupero della persona alla socialità.

---

<sup>80</sup> V. S. RONCONI, *Il carcere delle donne. Insanabili aporie e forza delle soggettività*, in N. GANDUS, C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena*, cit., 13 ss.; M.L. FADDA, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in *Ristretti*, 2010. M. MIRAVALLE, *Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, cit., 31 ss.

<sup>81</sup> Si veda in proposito, l’attento lavoro di B. GIORI, *Il diritto all’affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, cit., 59 ss., che richiama la questione dell’accesso alle tecniche di procreazione assistita e le difficoltà di concepimento, ad esempio, per coloro che sono destinate a lasciare l’istituto in età non più fertile (95 ss.).

<sup>82</sup> I. CASCIARO, *Esecuzione e carcere: uno sguardo alle problematiche femminili*, in AA. VV., *Donne e carcere*, cit., 124; M.L. FADDA, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in *Ristretti* (<http://ristretti.it/>), 2010. M. MIRAVALLE, *Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa*, in AA. VV., *Donne ristrette*, cit., 31 ss. V. però L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Women in Prison*, cit.; G. FABINI, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, (Antigone, XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione, cit.).

<sup>83</sup> Si tratta dell’auspicio contenuto anche nella Relazione Garante nazionale, cit., 67, che «auspica una piena e ampia applicazione della legge intitolata propriamente alla tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori, nel segno di una riflessione che coinvolga nella ricerca della soluzione tutti i soggetti interessati e responsabili».

<sup>84</sup> V. Relazione Garante nazionale, cit., 5, che ricorda come «La detenzione di una donna con i propri figli deve essere sempre una misura estrema; se adottata, richiede una grande attenzione da parte del personale, sia nei confronti delle madri che nei confronti dei bambini» (66).