

ART. 15. (MODIFICHE AL CODICE PENALE IN MATERIA DI ESECUZIONE DELLA PENA E DI MISURE CAUTELARI NEI CONFRONTI DI DONNE INCINTE E MADRI DI PROLE DI ETÀ INFERIORE A UN ANNO O A TRE ANNI)

di Martina Galli

(Ricercatrice di diritto penale, Università degli Studi della Tuscia)

L'art. 15 d.l. 11.4.2025 n. 48 (decreto sicurezza) incide sulla disciplina del rinvio dell'esecuzione della pena di cui agli artt. 146 e 147 Cp, da un lato sopprimendo il rinvio obbligatorio previsto per le donne incinte e le madri di prole di età inferiore a un anno e, dall'altro lato, riconducendo tali ipotesi nell'alveo del rinvio facoltativo, già riservato alle madri di prole di età compresa tra uno e tre anni. Contestualmente, la riforma introduce, con il nuovo art. 147 co. 5 Cp, una clausola preclusiva del rinvio nei casi in cui da esso derivi un pericolo di eccezionale rilevanza di commissione di ulteriori delitti, destinata a operare nei confronti di entrambe le categorie di condannate, seppure con modalità esecutive differenziate. Muovendo da una ricostruzione sistematica e nel tentativo di offrire una lettura costituzionalmente orientata della disciplina, il commento analizza la portata e i limiti applicativi della riforma, con particolare attenzione al ruolo che, nel nuovo assetto, può ancora svolgere l'alternativa della detenzione domiciliare. Su queste basi, il contributo giunge, infine, a individuare i residui profili di incostituzionalità che permangono là dove l'interpretazione non riesca a evitare esiti incompatibili con il senso di umanità della pena e, in particolare, con la tutela dei minori coinvolti nell'esecuzione intramuraria.

Article 15 of Decree-Law No. 48 of 11 April 2025 amends the rules governing the deferral of the execution of custodial sentences laid down in Articles 146 and 147 of the Criminal Code. It abolishes mandatory deferral for pregnant women and for mothers of children under one year of age, bringing these cases within the scope of the discretionary deferral regime already applicable to mothers of children aged between one and three. At the same time, the reform introduces, through the new Article 147(5) of the Criminal Code, a clause precluding deferral where it would give rise to an exceptionally serious risk of further offending. The clause applies to both categories of convicted persons, albeit with differentiated consequences in terms of enforcement modalities. Building on a systematic reconstruction and seeking to offer a constitutionally oriented interpretation of the new framework, the commentary examines the scope and limits of the reform, with particular attention to the role that home detention may still play within the revised system. On this basis, it ultimately identifies the residual issues of unconstitutionality that persist where interpretation alone fails to avert outcomes incompatible with the humanity of punishment and with the protection of minors affected by sentence enforcement.

Rinvio dell'esecuzione della pena – Maternità – Umanità della pena

Deferral of sentence enforcement – Maternity – Humanity of punishment

Sommario: 1. L'art. 15 del d.l. "sicurezza": introduzione. – 2. Il differimento obbligatorio per gestanti e puerpere: il significato dell'istituto nel quadro costituzionale e del suo abbattimento, oltre le suggestioni storiche. – 3. L'applicazione della nuova disciplina, tra questioni interpretative e delicati esercizi di discrezionalità. – 3.1. Dentro il co. 5: l'«eccezionale rilevanza del pericolo di commissione di ulteriori delitti» come limite negativo del rinvio. – 3.1.1. Un'area sottratta al bilanciamento giudiziale? – 3.1.2. L'alternativa (ancora disponibile) della detenzione domiciliare. – 3.2. La discrezionalità del giudice quando è possibile il rinvio: criteri orientativi e scenari esecutivi. – 3.3. La revoca del differimento. La nuova ipotesi di «comportamenti che causano un grave pregiudizio alla crescita del minore». – 3.4. Note di diritto intertemporale. – 4. Punire nonostante i bambini: quando il giudice è riluttante ma il domicilio è inidoneo.

1. L'art. 15 d.l. 11.4.2025 n. 48 (d.l. sicurezza) può essere idealmente diviso in due parti. La prima parte (co. 1), rimasta immutata rispetto al testo del corrispondente disegno di legge¹, contiene le modifiche agli articoli del codice penale in materia di rinvio dell'esecuzione della pena. Mentre l'art. 146 Cp in tema di rinvio *obbligatorio* viene abrogato relativamente alle previsioni dedicate alle donne incinte e madri di prole di età inferiore all'anno (co. 1 nn. 1 e 2 e co. 2), l'art. 147 Cp in tema di rinvio *facoltativo* si amplia corrispondentemente, sancendo, al nuovo co. 1 n. 3, che la pena privativa della libertà personale può essere differita «se deve essere eseguita nei confronti di donna incinta o di madre di prole di età inferiore a un anno». Il regime del rinvio dedicato a gestanti e puerpere si allinea dunque a quello già previsto per le madri di prole di età superiore a un anno e inferiore a tre anni: ipotesi che, scalzata dal n. 3, passa a essere disciplinata nel nuovo n. 3-bis. Al contempo, viene ritoccato il co. 3 dell'art. 147 dedicato ai casi di *revoca* del differimento, in particolare integrandoli con la nuova ipotesi relativa a «comportamenti che causano un grave pregiudizio alla crescita del minore». Particolarmente significativa è la modifica consistente nell'aggiunta di un nuovo co. 5, ai sensi del quale «[n]ei casi indicati nei numeri 3) e 3-bis) del primo comma, l'esecuzione della pena non può essere differita *se dal rinvio derivi una situazione di pericolo, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti*». La causa ostativa al rinvio abbraccia, dunque, tanto le ipotesi in precedenza affidate al differimento obbligatorio quanto quelle già sottoposte al regime facoltativo.

¹ Cfr. *Disegno di legge - Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, A.C. n. 1660, approvato dalla Camera dei Deputati in data 18.9.2024 e trasmesso al Senato della Repubblica (A.S. n. 1236), ove le Commissioni I e II lo avevano esaminato e approvato il 26.3.2025, apportando limitatissime modificazioni.

Le conseguenze sono però differenziate: mentre nell'ipotesi di cui al n. 3 l'esecuzione *deve* comunque avere luogo presso un ICAM, in quelle di cui al n. 3-bis l'invio in ICAM rimane affidato alla discrezionalità del giudice («può avere luogo»), purché «le esigenze di eccezionale rilevanza lo consentano».

La seconda parte dell'art. 15 (commi da 2 a 7), apporta, invece, una serie di modifiche al codice di rito allo scopo – così la *Relazione illustrativa* di accompagnamento alla proposta di conversione del d.l.² – di «coordinare la disciplina dettata dagli articoli 146 e 147 del codice penale come modificati dal comma 1, con la disciplina in materia di misure cautelari». In questo senso, richiamiamo la modifica all'art. 285-bis Cpp («*Custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri*»): nei casi di cui all'art. 274 co. 4 Cpp, le donne incinte e le madri di prole di età inferiore a un anno dovranno oggi essere obbligatoriamente destinate a un ICAM; ciò a fronte della facoltatività prevista in precedenza, che continua ad assistere le madri di prole di età superiore a un anno e non superiore a sei anni, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano³. Sempre in questo senso, da segnalarsi è anche la soppressione, nell'ambito dell'art. 678 co. 1-bis Cpp in tema di procedimento di sorveglianza semplificato, del riferimento agli abrogati nn. 1 e 2 dell'art. 146 co. 1 Cp⁴: soppressione indispensabile tanto a fini di raccordo testuale quanto a fini logici, considerato il passaggio al regime di facoltatività e il correlato inserimento di un momento valutativo, prima assente⁵.

Chiude l'articolo la disposizione finale del co. 8: il Governo, entro il 31 ottobre di ciascun anno, «presenta alle Camere una relazione sull'attuazione delle misure cautelari e dell'esecuzione delle pene non pecuniarie nei confronti delle donne incinte

² Cfr. *Disegno di legge - Conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, A.C. n. 2355, presentato in data 11.4.2025, approvato dalla Camera dei Deputati il 28.5.2025 e trasmesso al Senato della Repubblica (A.S. 1509), che lo ha a sua volta approvato in data 4.6.2025. Si abbia particolare riguardo alla qui contenuta *Relazione illustrativa*, 19. Il medesimo documento contiene la *Relazione tecnica*, 40 ss.

³ Art. 15 co. 2 d.l. 48/2025. Il senso dell'adeguamento è reso chiaro dalla *Relazione illustrativa*, cit., 19; in difetto, il trattamento riservato alle donne incinte e alle madri di prole di età inferiore a un anno nei cui confronti sia applicata – in presenza di esigenze di eccezionale rilevanza – la misura cautelare della custodia in carcere, sarebbe stato «persino peggiore rispetto alle donne incinte o madri di prole di età inferiore a un anno condannate in via definitiva».

⁴ Art. 15 co. 7 d.l. 48/2025. Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 20.

⁵ Sulla traccia della ricercata armonizzazione si collocano anche gli interventi – operati rispettivamente dai commi 4, 5 e 6 dell'art. 15 – che hanno interessato: l'art. 293 Cpp in materia di adempimenti esecutivi della polizia giudiziaria e di modifica della misura cautelare nei casi di cui all'art. 275 co. 4 Cp; l'art. 386 in materia di arresto o di fermo; l'art. 558 Cpp in materia di giudizio direttissimo.

e delle madri di prole di età inferiore a tre anni».

Ebbene, subito dobbiamo chiarire che, rispettando i confini di materia, il presente commento⁶, intende concentrarsi esclusivamente sul co. 1: lì dove risiede il cuore dell'intervento normativo.

Ciò non ci esime, tuttavia, dal verificare quantomeno i termini del coordinamento normativo. Già ad una rapida occhiata è possibile accorgersi di come la seconda parte dell'art. 15 non contenga solo modifiche *en cascade*. Nessun bisogno di allineamento sistematico sostiene, infatti, l'aggiunta, dopo l'art. 276 Cpp, di un nuovo art. 276-bis, a mente del quale se la persona sottoposta alla custodia cautelare in ICAM «evada o tenti di evadere oppure ponga in essere atti che compromettono l'ordine o la sicurezza pubblica dell'istituto, il giudice dispone nei suoi confronti la custodia cautelare in

⁶ Per altri commenti sulla modifica di cui all'art. 15, relativi anche ai contenuti dell'originario d.d.l. sicurezza: F. Forzati, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in www.archiviopenale.it, 18.12.2023, 16 s.; M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in *SP*, 27.5.2024; E. Dolcini, *Un paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *SP*, 15.5.2025, § 5; S. Zirulia, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del Codice Rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, in *RIDPP* 2025, 226 s.; I. Pellizzone, *Da disegno di legge pendente in Parlamento a decreto legge: la vicenda del "pacchetto sicurezza" come iperbole dell'abuso dell'art. 77 Cost.*, in *RIDPP* 2025, 240; G. Balbi, *Il "decreto sicurezza" e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.7.2025, 54. Inoltre, con analisi dedicata: F. Fiorentin, *Detenute madri: maglie strette per il differimento della pena*, in *GD* 2025 (17), 48 ss.; D. Livreri, *Il tramonto del differimento obbligatorio della pena, nel prisma dei valori costituzionali*, in *Profili di (in)costituzionalità del decreto-sicurezza. Atti del Webinar del 30 maggio 2025*, a cura di G. Losappio-A. Manna, in *SP*, 30.5.2025, 43 ss.; A. Martufi, *Il carcere ai tempi della "controriforma": D.L. sicurezza ed esecuzione penale*, in *DPP* 2025, 7, 889 ss.; L. Forte, *Esecuzione della pena e misure cautelari nei confronti di donne incinte e madri di prole di età inferiore a un anno o a tre anni (art. 15)*, in *Pacchetto sicurezza: tutte le novità*, a cura di G. Spangher, Milano 2025, 115 ss.; E. Tidu, *Il "silenzio degli innocenti": infanzia reclusa. Quali possibili strategie per tutelare chi non può difendersi?*, in *DisCrimen* 2025, 2, in part. 247 ss. Tra i contributi scritti offerti all'esame parlamentare, a seguito di audizione, si veda: L. Risicato, *Brevi note su A.C. 1660 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario)*, 20.5.2024 (reperibile in www.camera.it); R. Cornelli, *Il Ddl Sicurezza alla prova della ricerca criminologica: prime annotazioni critiche (Testo a integrazione dell'audizione del 20 maggio 2024 presso le Commissioni competenti, in relazione disegno di legge c. 1660/C)*, in *SP*, 27.5.2024; M. Ruotolo, *Su alcune criticità costituzionali del c.d. pacchetto sicurezza (Memoria scritta presentata l'8 ottobre 2024 alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica, in occasione dell'audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1236)*, in *SP*, 9.10.2024, § 4; F. Gianfilippi, *Il DDL Sicurezza e il carcere. Audizione del 22.10.2024. Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato in relazione all'esame del disegno di legge n. 1236 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, in www.giustiziainsieme.it, 29.10.2024; M. Palma, *Audizione presso le Commissioni Affari costituzionali e Giustizia del Senato sul ddl 1236*, in *QuestG*, 31.10.2024; P. Bonetti, *Osservazioni costituzionali sul ddl (A.C. 2355) di conversione in legge del Decreto-Legge 11 aprile 2025, n. 48 - Audizione informale presso le Commissioni Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei deputati*, 22.4.2025 (reperibile in www.camera.it); M. Passione, *Ancora a proposito del decreto-sicurezza (d.l. 11 aprile 2025, n. 48)*, in *SP*, 16.5.2025. Si aggiungono le osservazioni dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, della Corte di Cassazione contenute nella *Relazione* del 23.6.2025 n. 33 (d'ora in poi *Relazione Massimario*), 101 ss., nonché quelle avanzate dal C.S.M. nel *Parere* sul d.l. sicurezza di cui alla pratica 6/PP/2025, 14.5.2025 (d'ora in poi *Parere C.S.M.*), in www.avcon.csm.it.

carcere e la persona viene condotta in istituto senza la prole, salvo il preminente interesse del minore a seguirla in istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessaria». Semmai, manifestando un certo «retropensiero del legislatore che rinvia all'immagine di una donna incline alla delinquenza»⁷, la disposizione invero un prolungamento del presidio repressivo per l'ordine e la sicurezza negli istituti di pena che il d.l. ha affidato a nuove fattispecie⁸. Il legislatore ha qui compiuto una scelta di campo dai contorni castiganti⁹ che, a vedere bene, contrasta con l'orientamento di fondo espresso dalla riforma. Mentre l'art. 276-bis Cp predispone una separazione forzata, le modifiche all'art. 147 al contrario delineano – in continuità con la riforma operata dalla l. 8.3.2001 n. 40 (c.d. legge “Finocchiaro”)¹⁰ – una parametrizzazione del rinvio facoltativo all'idea-guida dell'insostituibilità delle cure materne fino ai tre anni (a meno di un volontario affidamento ad altri). La possibilità di ricongiungimento aperta dalla clausola di salvezza attenua solo in parte il rigore della previsione: rimessa al giudice la valutazione dell'interesse del minore¹¹ al mantenimento del contatto con la madre¹², l'esito positivo ha l'effetto di restringere i minori in carcere (pur attrezzato

⁷ A. Martufi, *op. cit.*, 892.

⁸ Facciamo riferimento al nuovo art. 415-bis Cp rubricato «Rivolta all'interno di un istituto penitenziario», nonché alla nuova aggravante di cui al co. 2 dell'art. 415 Cp per l'istigazione a disobbedire le leggi commessa all'interno di un istituto penitenziario, quali fattispecie incluse nel catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis, co. 1-ter, Op. In proposito, v. il commento agli artt. 26 e 34 del d.l. sicurezza di G. Martiello in www.lalegislazionepenale.eu 2026; inoltre, L. Riscato, *Il nuovo reato di rivolta carceraria e nei centri di trattenimento per migranti*, in *GI* 2025, 948 ss.

⁹ A. Martufi, *op. cit.*, 893, laddove l'A. acutamente nota come «[l]a saldatura logica tra le condotte inosservanti della donna e la “sanzione” dell'allontanamento dai figli» lasci «trasparire un intento pedagogico del legislatore, il quale – per la prima volta – impone alla madre la traduzione in carcere senza i figli in tenera età e, prescindendo dal consenso del genitore, in funzione disciplinare o punitiva; fin qui, infatti, ogni separazione tra madre e prole di età inferiore ai tre anni poteva avvenire solo in maniera volontaria». Inoltre, A. Marandola, *I pochi interventi di natura processuale*, in *DPP* 2025, 925 e L. Forte, *op. cit.*, 122, che similmente individuano in tale disposizione un *vulnus* al principio di proporzionalità ed *extrema ratio*. Segnaliamo come una disposizione affatto simile fosse contenuta all'art. 2 del *Disegno di legge - Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, A.S. n. 2635.

¹⁰ Tale riforma, eliminando il requisito per la concessione del rinvio ex art. 147 Cp rappresentato del non esservi «modo di affidare il figlio ad altri che alla madre», aveva infatti conformato il rinvio facoltativo all'idea di inseparabilità della coppia madre-figlio (cfr. *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), Factsheet on women in prison*, 2018, 5); idea data già per assodata nei casi di rinvio obbligatorio, in presenza dei bambini più piccoli. Cfr. G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Ead., Milano 2018, 205.

¹¹ Anche quando si tratti di infanti che non abbiano superato l'anno di età. Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 19, laddove sottolinea la necessità di una disposizione *ad hoc* che permetta la sistemazione in carcere anche per le donne incinte o madri di prole di età inferiore a un anno, altrimenti esclusa dall'interpolazione operata all'art. 285-bis Cpp.

¹² L'assenza di criteri orientativi è sottolineata da A. Marandola, *op. cit.*, 295.

con sezioni-nido)¹³.

2. Scardinando il regime di *obbligatorietà* del differimento dell'esecuzione della pena detentiva impostato dall'art. 146 Cp in favore di gestanti e puerpere, la modifica di cui all'art. 15 d.l. sicurezza mira – l'intento politico è scoperto¹⁴ – a contrastare l'asserita capacità di borseggiatrici abituali e professionali di sfuggire al carcere¹⁵ mediante la strumentale precostituzione di gravidanze, con il fine di aumentare la

¹³ L'incisività di questo ritocco non deve oscurare quella insita nelle altre modifiche al codice di rito: le criticità osservabili nella materia dell'esecuzione della pena, legate in modo particolare alla realtà degli ICAM (v. par. 3.1.1), si trasferiscono infatti – fatalmente – nell'ambito cautelare: cfr. *Parere C.S.M.*, cit., 30; *Relazione Massimario*, cit., 108 s. Non si può perciò affermare che l'intervento, solo perché sistematicamente congruo, sia per ciò solo "neutro". Vero è, d'altra parte, che la situazione precedente non era migliore: il previgente art. 285-bis Cpp già disponeva il trasferimento in ICAM nei casi di cui all'art. 275 co. 4, secondo un regime facoltativo che non teneva conto dell'età della prole.

¹⁴ Cfr. il *Disegno di legge - Modifiche all'articolo 146 del codice penale in materia di rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena* (A.S. 629), comunicato alla Presidenza il 27.3.2023, già contenente la proposta di modifica all'art. 146 Cp al fine di «normare i casi che vedono le borseggiatrici abituali e professionali che, grazie al loro stato di gravidanza o di madri di bambini piccoli, evitano il carcere e continuano a delinquere». In questo d.d.l., di cui l'art. 15 in commento non è altro che la finale concretizzazione, il fenomeno delle borseggiatrici si trova definito come «di tale rilievo da creare forti paure, allarmi e tensioni nei cittadini, soprattutto nei più anziani», tanto da meritare l'attenzione – si dice – anche di «diversi programmi televisivi di rilievo nazionale, fra cui "Striscia la notizia"; ma «[q]ueste donne non possono essere arrestate (un po' come nel film «Ieri, oggi, domani», dove Sophia Loren nei panni di una venditrice ambulante di sigarette sfuggiva sempre all'arresto perché incinta), perché incinte o perché madri di bambini molto piccoli». Per una netta posizione critica sulle ragioni politiche che hanno alimentato la riforma, v. l'intervista di Mauro Palma per *La Stampa* sulle donne rom del 24.3.2023 (accessibile sul portale garantenazionaleprivatiliberta.it, nella sezione "Interviste"). Inoltre, inquadrando la narrazione legislativa come "discorso sulla paura" tipico di legislazioni securitarie, R. Cornelli, *Verso democrazie autoritarie? Paradossi, presupposti e tendenze delle politiche di sicurezza contemporanee*, in *RIDPP 2025*, 211 s. Sulla creazione del fenomeno "social" delle c.d. borseggiatrici, E. Tidu, *op. cit.*, 252 ss.

¹⁵ La modifica sembra dare per scontato che l'istituto del rinvio si ponga come eccezione alla (subitanea) indefettibilità della pena *carceraria*, quale concreta espressione di ciò che il codice definisce come "pena privativa della libertà personale o detentiva". In realtà, occorre ricordare che l'istituto si applica anche alle pene sostitutive delle pene detentive brevi diverse dalla pena pecuniaria, oggi elencate all'art. 20-bis Cp e disciplinate agli artt. 53 ss. l. 24.11.1981 n. 689 (semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità sostitutivi). La l. 689/1981, all'art. 57 co. 1, dispone che «[p]er ogni effetto giuridico, la semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva e il lavoro di pubblica utilità sostitutivo si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita». Nella medesima legge, l'art. 69 co. 3 prevede che «[p]er il rinvio dell'esecuzione della pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare nei casi di cui agli articoli 146 e 147 del codice penale si applica l'articolo 684 del codice di procedura penale». Il rinvio deve inoltre considerarsi applicabile alle sanzioni che convertono le pene pecuniarie ineseguite e, in generale, a tutte le pene equiparate a quella detentiva. Cfr. G. Grasso, *Commento all'art. 146 Cp*, in *Commentario sistematico del codice penale*, II, a cura di M. Romano, G. Grasso, Milano 2012, 423 s.; M. Romano, *Commento all'art. 147 c.p.*, *ivi*, 429; A. Gargani, *Esecuzione della pena*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. De Francesco, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2011, 76 s. e 82; D.M. Schirò, *Detenute madri*, in *DigDPen 2016*, *Agg. IX*, 247.

sicurezza in ambito urbano¹⁶.

Il finale abbattimento di un beneficio che – già tratteggiato nel diritto romano¹⁷ e riconosciuto nei codici ottocenteschi – aveva solcato i secoli, resistendo persino alla scure del regime fascista, non può che turbare. Ciò nondimeno, lo scandalo va immediatamente ricondotto a misura.

Non si può, infatti, tralasciare la specificità del contesto in cui l'istituto del rinvio obbligatorio si è storicamente affermato: quello dell'esecuzione della pena capitale. Solo nell'ipotesi di condanna a tale pena, difatti, il Codice penale albertino del 1839¹⁸, il Codice di procedura criminale del 1847¹⁹ e il codice di procedura penale del 1865²⁰ obbligavano al differimento. Tale contesto ne segnava contorni applicativi – esso era riservato alle donne incinte – e finalità: evitare, assieme a quella della madre, la morte del feto. Non è un caso che il Codice Zanardelli non recasse traccia dell'istituto e che il codice di procedura del 1913 prevedesse la mera *possibilità* di sospendere l'esecuzione della condanna in caso di donna incinta o che avesse partorito da meno di tre mesi²¹. Con il Codice del 1930, e con la ricomparsa della pena di morte, il differimento

¹⁶ Cfr. l'Analisi tecnico-normativa di cui al Disegno di legge - Conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario, A.C. n. 2355 - Supplemento, 4. Questo Supplemento contiene anche l'Analisi d'impatto della Regolamentazione, 42 ss.

¹⁷ D. 1.5.18 (Ulp. 27 ad Sab.): «Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet»; D. 48.19.3 (Ulp. 14 ad Sab.): «Praegnatis mulieris consumeandae damnatae poena differtur quoad pariat»; Paul. Sent. 1.12.4: «Praegnantis neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt». Per una ricostruzione delle opinioni dottrinali in merito alla tutela del nascituro al cospetto della condanna a morte della madre: M.V. Sanna, Spes nascendi - spes patris, in *Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo (AUPA)*, Vol. LV, diretto da G. Purpura, Torino 2012, 524 ss.; P.L. Carucci, *Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al principato. Principi e politiche*, in *TSDP* 2018, 13 ss. Cfr. inoltre F. Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, Vol. VI, Roma 1884, 261.

¹⁸ Così disponeva l'art. 14: «Nell'ipotesi di donna incinta condannata a pena capitale prevede, in una somma di crudeltà e pietà, che tale forma di esecuzione sia rinviata fino a dopo il parto».

¹⁹ V. art. 515: «L'esecuzione delle sentenze passate in giudicato sarà sospesa nei casi seguenti: 1° quando una donna condannata a morte sarà riconosciuta incinta: in questo caso si osserverà quanto prescrive il disposto dal secondo alinea dell'art. 14 c.p.; 2° se il condannato ad una pena corporale si trova in stato di demenza o di malattia grave; 3° quando la sospensione viene ordinata dal Re».

²⁰ All'art. 586 si legge che: «L'esecuzione delle sentenze passate in giudicato sarà sospesa [...] 1° Quando una donna condannata a morte sarà riconosciuta incinta: in questo caso si differirà l'esecuzione della sentenza sino a tanto che sia seguito il parto». Nel commento di F. Saluto, *op. cit.*, 261, si riporta l'opinione secondo cui la pena capitale avrebbe dovuto essere commutata, anziché sospesa; questo perché la sospensione «per favorire il figlio come giustizia richiede, diviene ingiusta e crudele verso la madre per la straziante angoscia che soffre in una permanente agonia, pensando che la sua guarigione importa salire il patibolo»; angosce, peraltro, «che non possono non influire gravemente sulla vitalità del feto».

²¹ Cfr. art. 583 del Codice di procedura penale di cui al r.d. 27.2.1913 n. 127.

dell'esecuzione della pena torna ad affacciarsi nella sua versione obbligatoria, sulla scorta della «*manifesta esigenza di non troncare la vita anche di altro essere umano*»²². È ben vero che, nel disegno di questo codice, l'istituto operava anche per la pena detentiva; copriva, inoltre, il periodo del primissimo puerperio (sei mesi dal parto). Queste estensioni erano, d'altra parte, motivate dalle riconosciute «difficoltà di assistenza negli stabilimenti carcerari»²³: la totale assenza di presidi penitenziari diretti a rispondere persino alle più basilari esigenze di cura, avrebbe potuto pregiudicare il corso della gravidanza e i bisogni alimentari dei neonati, compromettendone la vita, non le esigenze di corretto sviluppo. Occorre, dunque, non lasciarsi andare a suggestioni retrospettive e impropri confronti storici: la recente modifica, per quanto retrograda, di certo non arriva a intaccare il livello davvero "minimo" di tutela alla vita apprestato dai vecchi codici né a comprimere il correlato senso di umanità.

Piuttosto, crediamo che un'utilità possa trarsi dall'osservare cosa il rinvio obbligatorio per madri rappresentasse in una prospettiva attualizzata al quadro costituzionale. Dalla Costituzione, infatti, il rinvio obbligatorio era uscito rinvigorito²⁴, divenendo il "campione" degli istituti penalistici diretti alla protezione della famiglia, della maternità e dell'infanzia (artt. 29, 30, 31 Cost.), oltre che della salute (art. 32 Cost.) e più in generale delle prerogative della persona (art. 2 Cost.). Ben al di là di quel basilare nucleo di tutela che lo caratterizzava alle origini, l'istituto si era così vestito di un *telos* più ampio: quello di garantire, da un lato, il diritto della donna di portare a compimento serenamente la gravidanza e poi di attendere pienamente al ruolo di madre nella fase del puerperio; dall'altro lato, di assicurare il diritto dei bambini nella più tenera età di vivere la relazione con la figura materna in un contesto adeguato al loro sviluppo psico-fisico, nel loro migliore interesse. A quest'ultimo proposito, l'obbligatorietà del rinvio tendeva a escludere quella valutazione caso per caso che ordinariamente il principio del *best interest of the child*²⁵ richiede; d'altra parte,

²² Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. 5. *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, Parte I – Relazione sul libro I*, Roma 1929, 196.

²³ *Ibidem*. Cfr. sul punto M. Pavarini, *L'esecuzione della pena*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, Parte generale*, III, diretta da F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino 1996, 118.

²⁴ D.M. Schirò, *op. cit.*, 246.

²⁵ Il principio nasce nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, trovandosi sancito nella *Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo* del 1959 (par. 2) e nella *Convenzione sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne* del 1979 (artt. 15 e 16). Di qui, esso è confluito nella *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 1989 (art. 3 co. 1) e nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (art. 24 par. 2). La giurisprudenza della Corte EDU lo inquadra come contenuto implicito del diritto alla vita familiare di cui

l'automatismo mirava a tutelare quell'interesse nel massimo grado, e in ogni caso.

All'espansione incardinata nei diritti si aggiungeva la legittimazione derivante dalla corrispondenza ai principi. Primo su tutti, quello di *umanità* delle pene. Qui, la corrispondenza era talmente forte che non solo per la via dell'art. 27 co. 3 Cost. l'istituto trovava – come lumeggiato dall'ordinanza n. 145/2009²⁶ – un sicuro aggancio costituzionale, ma da questo aggancio lo stesso principio usciva rinsaldato nella sua portata precettiva. Il rinvio obbligatorio ha così offerto significato e concretizzazione²⁷ a quel “senso di umanità” che è attribuito indefettibile delle pene, spingendolo al di là della sua portata precettiva più ovvia del divieto di tortura e di pene corporali. La potente chiave dell'umanità impediva l'accesso al carcere, quale che fosse l'entità delle esigenze di difesa sociale. Risultava così tracciata un'area protetta per gestanti, puerpere e neonati, solo al di fuori della quale la destinazione *intra moenia* tornava possibile. L'umanità pressava dall'interno per estendere l'area: la riforma del 2001 aveva portato l'originario limite dei sei mesi a un anno. Oltre quell'area d'intangibilità, essa continuava a rischiarare il paesaggio: corrispondentemente, la medesima riforma aveva modificato l'art. 147 Cp, portando da uno a tre anni il limite di età del bambino²⁸. Se osservata da questa zona esterna, l'obbligatorietà del rinvio non riusciva, invero, completamente a corrispondere all'idea di giustizia, poiché la soglia di un anno tendeva a mostrarsi assieme troppo bassa e troppo rigida. Allo stesso tempo, però, la sola presenza di un'area intangibile, per quanto riservata, pareva sorvegliare le situazioni prossime, chiamando i giudici a prediligere, ove non fosse possibile il rinvio, la detenzione domiciliare in presenza di bambini infratreenni²⁹.

all'art. 8 CEDU (C. eur. GC, 6.7.2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, par. da 49 a 56 e 135; C. eur. GC, 26.11.2013, *X c. Lettonia*, par. 96; C. eur. GC, 19.9.2000, *Gnahoré c. Francia*, par. 59). La Corte costituzionale considera tale principio incorporato nell'art. 31 Cost., da interpretarsi alla luce delle pertinenti norme internazionali e dell'Unione europea: C. cost., 29.5.2020 n. 102, § 4.1 del *Considerato in diritto* (richiamando C. cost., 18.12.2017 n. 272, C. cost., 12.4.2017 n. 76, C. cost., 24.1.2017 n. 17 e C. cost., 22.10.2014 n. 239), nonché, da ultimo, C. cost., 18.4.2025 n. 52, § 6.1 del *Considerato in diritto*.

²⁶ C. cost., ord. 8.5.2009 n. 145, su cui v. P. Comucci, *Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte costituzionale*, in *CMer* 2009, 59 ss.

²⁷ Sulle difficoltà di «concretizzazione e inveramento nella realtà normativa e nella prassi della pena criminale» sperimentate dal principio in parola: F. Cingari, *Principio di umanità e pena carceraria*, in *Il carcere come extrema ratio. Atti del convegno Trento, 20-21 dicembre 2024*, a cura di G. Fornasari, A. Menghini, Trento 2025, 22. Cfr. inoltre V. Manes, *Un principio disabitato: l'umanità delle pene*, in Editoriale *Ante Litteram*, 2, settembre 2024.

²⁸ Noto è il tentativo della proposta di legge, d'iniziativa dei deputati Siani e altri, di innalzare sino a tre anni la soglia di età del minore per il rinvio obbligatorio, fino a sei anni per il rinvio facoltativo. Cfr. *Proposta di legge - Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, A.C. n. 2298, presentata alla Camera dei Deputati in data 11.12.2019.

²⁹ V. *infra*, par. 3.2.

Il rinvio obbligatorio dialogava, poi, con il principio *rieducativo*, che a quello di umanità è legato a doppio filo³⁰, se è vero che la percezione di giustizia della risposta al reato e l'eliminazione di sofferenze tanto inutili quanto dannose – in questo caso, sia quelle patite dalla madre sulla propria pelle sia quelle derivanti dalla consapevolezza del patimento dei figli – è il cardine di ogni progetto che miri alla costruzione di una nuova responsabilità sociale, cui l'impoverimento della relazione materna non può che nuocere.

Anche la *proporzionalità* giocava la sua parte, tanto nella sua accezione “stretta” (proporzionalità della pena rispetto al reato), quanto nella sua accezione “larga” (proporzionalità della pena rispetto al fine)³¹. Nella prima accezione, essa quantomeno confermava l'opportunità di riparare la condannata da una pena che, per l'immane gravosità manifestata nel delicato periodo di vita considerato, anche in rapporto al contenuto di sofferenza derivato dalla condizione del figlio appena nato, avrebbe rischiato di far saltare il rapporto di misura rispetto al reato commesso. Nella seconda, essa sosteneva la ragionevolezza di un'opzione sanzionatoria che, nel suo complesso, faceva bene i conti dei benefici e dei costi. Per quanto il sacrificio imposto dalla restrizione carceraria possa apparire elevato, specie in termini di lesione dei diritti fondamentali dei c.d. *collateral convicts*³², non è detto che, alla luce della finalità preventiva, esso riesca sempre a sopravanzare i benefici della pena: la proporzionalità ha la caratteristica – a differenza del principio di umanità – di ricercare un compromesso tra interessi contrapposti, senza completamente frustrarne alcuno. Tuttavia, il rinvio obbligatorio non arrivava a questo. Le esigenze di difesa sociale erano, infatti, salvaguardate sia dal carattere solo temporaneo del rinvio³³, sia dalla possibilità offerta al giudice di disporre la detenzione domiciliare (in particolare nella sua versione surrogatoria *ex art. 47-ter co. 1-ter Cp*) nei casi in cui la pericolosità sociale

³⁰ Cfr. ad es. C. cost., 22.11.2013 n. 279. In dottrina, G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.* 2012, 190 s., laddove afferma che il rapporto tra i due principi deve essere considerato biunivoco, nel senso che non può esserci rieducazione in assenza di una pena umana, ma al tempo stesso non può immaginarsi alcuna umanità in una vicenda detentiva che sia priva della finalità rieducativa. Inoltre, E. Dolcini, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *RIDPP* 2018, 1673 ss. e Id., *Pena e Costituzione*, in *RIDPP* 2019, 23 ss.

³¹ Per una distinzione tra i due modelli: N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020 233 s.; F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 116 s.

³² 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, Ginevra 2012.

³³ In assenza, dunque, di una rinuncia da parte dello Stato alla potestà punitiva: M. Pavarini, *op. cit.*, 116.

della condannata lo consigliasse³⁴.

Ultima, preziosissima, veste costituzionale era quella del *personalismo*: dell'idea di persona intesa come valore e come scopo ultimo dell'intervento penale. Persona che, qui, porta in grembo una nuova vita ovvero che alla vita si è appena affacciata, e che, a maggior ragione, non dovrebbe mai essere strumentalizzabile per fini di politica criminale. Il rischio che la maternità potesse essere utilizzata «come scudo al fine di ottenere il rinvio» era, del resto, già perfettamente noto³⁵. Tuttavia, le condizioni ostative al beneficio e al suo proseguimento delineate al co. 2 dell'art. 146 Cp (segnatamente, decadenza dalla responsabilità genitoriale, abbandono o affidamento ad altri del figlio) erano ritenute bastevoli: purché la madre svolgesse il suo ruolo e la relazione con il figlio rispondesse all'interesse di questi, il pericolo di strumentalizzazione che più contava fuggire era quello dello Stato nei confronti dei neonati per finalità punitive.

Nell'abbattere il regime di obbligatorietà, la modifica esprime, al contrario, la scelta di punire *nonostante* i nascituri e i neonati; se non addirittura sfruttando la “leva” che la loro sofferenza offre per tenere le madri alla larga dai reati³⁶. E di punire nonostante quelle condizioni ostative siano sempre in piedi³⁷: la presenza di una sana relazione con la madre diventa il veicolo per costringere i più innocenti a condividere con lei il carcere. Ciò che, oltre a essere contrario al *personalismo*, stride anche – non diciamo con il principio di personalità per come formalizzato nell'art. 27 co. 1 Cost. – ma con il criterio di massima inerenza alla persona responsabile del sacrificio scaturente dalla pena, quale generale criterio di legittimazione dell'impiego della stessa³⁸. La bieca rappresentazione autoriale³⁹ che sostiene il disegno di carcerizzazione, assieme alla

³⁴ Cfr. C. cost., ord. 8.5.2009 n. 145 e C. cost., ord. 19.10.2009 n. 29. Per una complessiva ricostruzione dei (controversi) rapporti tra rinvio obbligatorio della pena e detenzione domiciliare, si rinvia a A. Gargani, *op. cit.*, 74 ss. V. anche *infra*, par. 3.2.1 (in part. nota 84).

³⁵ In entrambi i giudizi di legittimità costituzionale di cui alle ordinanze appena richiamate, il giudice rimettente aveva fatto leva sul rischio di strumentalizzazione della maternità e del rapporto di filiazione, al fine di ottenere una sostanziale impunità per i reati commessi. L'abuso dell'istituto del rinvio obbligatorio veniva descritto come fenomeno imponente, da attribuirsi, in particolare, a «donne nomadi in età fertile [...] che generalmente [...] iniziano a procreare precocemente, appena adolescenti, e che per le abitudini di vita non conoscono il fenomeno delle nascite ridotte».

³⁶ Sulla inaccettabilità dell'impiego delle sofferenze patite da soggetti vicini al reo in funzione deterrente, sia consentito il rinvio a M. Galli, *Gli effetti collaterali della pena*, Torino 2024, 78 ss.

³⁷ *Infra*, par. 3.3.

³⁸ Dobbiamo qui rinviare ancora a M. Galli, *op. cit.*, 408 ss.

³⁹ Sulla curvatura razzista di questo e di altri interventi del d.l. sicurezza: G. Balbi, *op. cit.*, 54. Riscontrano i connotati del diritto penale d'autore, E. Dolcini, *Un paese meno sicuro*, cit., par. 5; E. Tidu, *op. cit.*, 254 s. V. anche *Relazione Massimario*, cit., 105.

sua dichiarazione di urgenza, ne rende ancora più turpi i contorni.

3. Che un passo indietro sul piano culturale e sul tracciato costituzionale sia stato compiuto appare indubbio. Tale arretramento risulta ancora più evidente se osservato nel suo carattere di controtendenza rispetto alla linea evolutiva “*child sensitive*” sperimentata dall’ordinamento – con il fondamentale contributo della Corte costituzionale – nella direzione di ridurre l’impatto delle pene sui minori, al tempo stesso proteggendo le prerogative genitoriali, e in specie materne⁴⁰. L’ampiezza della falcata in retromarcia deve, però, essere misurata con precisione, evitando giudizi affrettati.

La modifica, del resto, com’è stato notato⁴¹, sembra sfruttare un margine dischiuso dalla stessa giurisprudenza costituzionale: proprio l’ordinanza che nel 2009 aveva validato la ragionevolezza del rinvio obbligatorio per gestanti e puerpere richiamava l’ampia discrezionalità di cui gode il legislatore in materia esecutiva. Al tempo stesso, le regole internazionali in materia – talvolta citate come contraltare della modifica – non solo non impongono sospensioni dell’esecuzione, ma neppure escludono aprioristicamente la destinazione *intra moenia*, a valle di un bilanciamento: le alternative alla detenzione in via ordinaria sono dichiarate preferibili nel limite del *possibile* e dell’*opportuno*⁴².

Lo studio, di qui, intende affrontare i principali nodi interpretativi e applicativi della nuova disciplina: l’obiettivo è offrirne un’esegesi quanto più possibile coerente con la

⁴⁰ Per una efficace sintesi, v. ad es. G. Mantovani, *Quando il reo è genitore. Giustizia penale e tutela della prole*, in *DPP* 2018, 1347 ss. Sulla scelta del legislatore di apprestare un trattamento di particolare favore per il rapporto tra la madre condannata e il bambino in tenera età, in consonanza con l’obbligo di proteggere la maternità stabilito dall’art. 31 della Costituzione, oltre che con numerose raccomandazioni di diritto internazionale che mirano ad assicurare, per quanto possibile, la presenza della madre condannata accanto ai propri figli, v. da ultimo C. cost., 18.4.2025 n. 52.

⁴¹ A. Martufi, *op. cit.*, 893.

⁴² Cfr. in particolare la regola 64 delle *Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e misure non detentive per le donne autrici di reati* (c.d. *Regole di Bangkok*, d’ora in poi indicate così), adottate con la Risoluzione dell’Assemblea generale del 21 dicembre 2010 («*Non-custodial sentences for pregnant women and women with dependent children shall be preferred where possible and appropriate*»). V. inoltre le posizioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (CPT) adottate nel *Factsheet on women in prison* del 2018 (già citato), in part. a pagina 5, e il 24th *General Report on the CPT’s activities*, al par. 117; la *Raccomandazione CM/REC (2018)5 del Comitato dei Ministri degli stati membri relativa ai figli delle persone detenute* del 4.4.2018 e, in precedenza e la *Raccomandazione dell’Assemblea* n. 1469/2000 («*Mothers and babies in prison*»), al punto 5.3; la *Carta europea dei diritti del fanciullo* (Risoluzione A3-0172/92), al punto 8.15. Anche le *Regole penitenziarie europee*, che le *Regole di Bangkok* in buona parte ricalcano, a loro volta non escludono la soluzione detentiva (*Raccomandazione Rec(2006)2-rev del Comitato dei ministri degli stati membri*, 1.7.2020, in part. regola 36.1).

Costituzione, utile a orientare l'attività dei Tribunali in questa prima fase di vigenza per arrivare, in ultimo, a verificare se la retromarcia sia tale da superare la linea della legittimità costituzionale.

3.1. L'analisi non può che principiare da quel punto della disciplina che disegna il limite negativo del rinvio, ossia dal co. 5 dell'art. 147 Cp. Ai sensi di questa previsione, infatti, il Tribunale di sorveglianza⁴³ non potrà in alcun modo disporre il differimento laddove dallo stesso «*derivi una situazione di pericolo, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti*». La previsione, riferita ai soli casi di cui ai nn. 3 e 3-bis del co. 1, viene ad aggiungersi, nel testo dell'articolo, a quella dell'immutato co. 4, in base al quale il provvedimento di differimento non possa essere adottato se sussiste il «*concreto pericolo della commissione di delitti*».

A primo acchito, le ragioni di prevenzione speciale⁴⁴ necessarie a giustificare il mancato rinvio sembrerebbero oscillare «tra la sussistenza di un mero (ma “concreto”) pericolo di commissione di delitti [...] e l'esistenza di un pericolo (non concreto ma) di “eccezionale rilevanza”»⁴⁵. A un più attento sguardo, però, l'oscillazione si rivela soltanto apparente. Non vi è infatti dubbio che il pericolo in parola debba essere *quantomeno* concreto, nel senso di presentarsi, alla luce di una rigorosa prognosi giudiziale come conseguenza probabile e realistica del mantenimento in libertà della donna condannata. La soluzione discende *de plano* dalle regole della specialità tra norme: l'ipotesi di cui al co. 5 si presenta, infatti, come norma speciale che – elevando la soglia del pericolo⁴⁶ – arricchisce gli elementi di quella generale, integrandoli e non obliterandoli.

Semmai, l'incertezza è se, in questo rapporto di specialità, il requisito dell'“eccezionale rilevanza” abbia una valenza di mera specificazione del grado di probabilità del pericolo ovvero introduca una nota qualificativa aggiuntiva. La soluzione dell'incertezza è di non poco momento, considerato che dalla stessa passa l'aprioristica esclusione della *libertà* e l'apertura della destinazione carceraria.

L'applicazione di uno sguardo sistematico conduce, anzitutto, a osservare la giurisprudenza formatasi sulla fattispecie cautelare di cui all'art. 275 co. 4, in cui la

⁴³ La competenza del Tribunale di sorveglianza è stabilita dall'art. 684 Cpp.

⁴⁴ Cfr. F. Fiorentin, *Detenute madri*, cit., 51.

⁴⁵ Cfr. *Parere C.S.M.*, cit., 16 e la *Relazione Massimario*, cit., 106.

⁴⁶ S. Carnevale, F. Siracusano, M.G. Coppetta, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Torino 2025, 223.

formula dell'eccezionale rilevanza similmente ricorre in riferimento alla possibilità di disporre la custodia in carcere. Del resto, benché l'eccezionale rilevanza sia qui testualmente riferita, più ampiamente, alle esigenze cautelari, queste si manifestano (anche) in relazione al pericolo di reiterazione di reati, che diviene oggetto di giudizio. Ebbene, giurisprudenza in osservazione ora interpreta il requisito solo come una progressione quantitativa del grado di probabilità insita nell'elemento della concretezza⁴⁷; ora invece inserisce una diversa connotazione qualitativa del pericolo, alla luce della proiezione offensiva dei reati che si ritiene saranno commessi⁴⁸. Nel primo caso, la ricorrenza di un pericolo di eccezionale rilevanza è stata, ad esempio, riconosciuta in presenza di comportamenti seriali relativi a reati contro il patrimonio, documentati da precedenti penali e di polizia e in carenza di fonti di reddito o di supporti socio-familiari esterni⁴⁹. Nel secondo caso, si è dato invece spazio a «effettive situazioni di assoluta peculiarità per quanto concerne la tutela dei cittadini» e, nella specie, a un pericolo caratterizzato da «un non comune, spiccatissimo ed allarmante rilievo», in presenza di soggetti «imputati di delitti di criminalità organizzata o di altri gravi crimini che più inquietano la collettività».

Ora, a noi pare che i due profili – qualitativo e quantitativo – del pericolo meritino di essere combinati, nella direzione di ricercare assieme un'elevata (oltre che concreta) probabilità di commissione di ulteriori delitti e una gravità offensiva degli stessi⁵⁰. Se è vero, infatti, che i diritti coinvolti, compreso quello del minore⁵¹, non formano oggetto di tutela assoluta, il loro elevato rango deve orientare verso la soluzione maggiormente protettiva consentita dal testo normativo: in fondo, la stessa operazione specializzante in sé invita a riempire la clausola di nuovo conio di un significato pregnante, quanto più possibile distante da quella del “mero” pericolo concreto⁵². Di tal modo, il pericolo di commissione di reati contro il patrimonio che, ancorché seriali, riempiono il modello della bagatella, dovrà considerarsi insufficiente a impedire in ogni caso il rinvio.

Vale la pena notare come l'interpretazione qui proposta tenda ad allinearsi alle

⁴⁷ V. ad es. Cass. 1.2.2017 n. 7983; Cass. 21.3.2024 n. 20045; Cass. 3.4.2025 n. 13111.

⁴⁸ Cass. 2.7.1996 n. 1699; Cass. 16.3.2017 n. 12754.

⁴⁹ Cass. 2.12.2019 n. 48999.

⁵⁰ Si rileva che la nuova causa ostativa introduce un regime più stringente rispetto al passato per la negazione del differimento nei casi di madri di prole di età compresa tra uno e tre anni, in precedenza assoggettati alla disposizione generale del co. 4 e ora ricompresi nella disciplina del co. 5.

⁵¹ C. cost., 22.10.2014 n. 239.

⁵² F. Fiorentin, *Detenute madri*, cit., 51.

disposizioni internazionali più sopra richiamate: se la *regola 64* delle c.d. *Regole di Bangkok* introduce un elemento qualitativo a fianco di quello quantitativo, ammettendo la custodia in carcere «*when the offence is serious or violent or the woman represents a continuing danger*», la *Raccomandazione dell'Assemblea n. 1469/2000* («*Mothers and babies in prison*»), l'ammette solo «*for those women convicted of the most serious offences and who represent a danger to the community*».

3.1.1. Il co. 5 parrebbe tracciare uno spazio in cui, verificata la particolare consistenza delle esigenze di difesa sociale, quelle materne e filiali risultano *sempre* soccombenti e in cui la soluzione intramuraria (ICAM o carcere, a seconda) è l'unica disponibile. Questo in macroscopico contrasto, fra l'altro, con il principio del *best interest of the child*; principio che, sebbene in sé non sottragga l'interesse del fanciullo al bilanciamento con altri interessi in gioco, comunque impone che tutte le decisioni pubbliche⁵³ – ivi comprese quelle giudiziarie nel settore penale⁵⁴, specie se implicanti conseguenze detentive⁵⁵ – che coinvolgano, direttamente o indirettamente, un minore, siano prese a valle di una valutazione circa il possibile impatto che la stessa avrà sul suo sviluppo⁵⁶.

L'invio in una struttura a custodia “attenuata” non vale a salvare la situazione. Anzitutto, concepiti per ridurre l'impatto della carcerazione sui minori, gli ICAM non rispondono ai peculiari bisogni psico-fisici della donna in gravidanza, non garantendo, di conseguenza, neppure la tutela del nascituro⁵⁷. Inoltre, la sfera relazionale ed emotiva dei bambini è solo parzialmente salvaguardata. Gli accorgimenti a livello visivo (il personale non è in divisa, le pareti sono colorate) e strutturale (non ci sono

⁵³ V. per tutti E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, in part. 15 ss.

⁵⁴ «*In criminal cases, the best interests principle applies to children in conflict (i.e. alleged, accused or recognized as having infringed) or in contact (as victims or witnesses) with the law, as well as children affected by the situation of their parents in conflict with the law*»: Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29.5.2013, par. 28.

⁵⁵ V. in particolare la *regola 49* delle *Regole di Bangkok*, in base alla quale «*Decisions to allow children to stay with their mothers in prison shall be based on the best interests of the children*».

⁵⁶ Occorre sottolineare che «il principio *de quo* funge innanzitutto da regola procedurale, nel senso che, quando si tratta di prendere una decisione che coinvolge un fanciullo, è imprescindibile una ponderata valutazione in merito al possibile impatto che essa avrà sul suo sviluppo»: M. Colamussi, *Detenzione e maternità*, Bari 2023, 53 ss. Cfr. inoltre G. Mantovani, *Quando il reo è genitore*, cit., 1347 ss.; G. Laneve, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla “cecità” dell'automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *RIDPP* 2020, 2079.

⁵⁷ A. Martufi, *op. cit.*, 897.

porte blindate, è prevista la possibilità di frequentare asili nido esterni e scuole materne), non eliminano la sostanza dello *status* detentivo⁵⁸ e l'impovertimento del contesto di crescita, anche a fronte della scarsità di opportunità socio-educative, spesso affidate al volontariato⁵⁹. Soprattutto, gli ICAM – soltanto cinque in tutta Italia – sono distribuiti in maniera disomogenea sul territorio: il che rende probabile l'accompagnarsi della detenzione a uno sradicamento geografico tale da pregiudicare il mantenimento dei rapporti delle donne e dei bambini con le proprie famiglie⁶⁰. Tale sradicamento, violando il principio di territorialità dell'esecuzione (art. 42 Op), rischia di compromettere la finalità rieducativa della pena, se è vero che il contesto familiare descrive il primo veicolo di risocializzazione. E, soprattutto, frustra il diritto dei minori a continuare a intrattenere rapporti con l'altro genitore⁶¹, oltre che con gli altri familiari⁶².

Tantomeno il problema può dirsi risolto (lato istituti ordinari e madri con figli di età compresa tra uno e tre anni), dalle evoluzioni sperimentate negli anni dall'ordinamento penitenziario, consistenti nell'adeguamento delle carceri alle esigenze di donne e bambini, tramite – in particolare – l'assicurazione di servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere (art. 11 co. 8 Op) e l'organizzazione di asili nido (art. 14 co. 7 Op), per come precisati dall'art. 19 del Regolamento di esecuzione di cui al d.P.R. 30.6.2000 n. 230. Nota è, infatti, la distanza tra le norme e

⁵⁸ Solo l'ICAM di Milano è attivo fuori dalle mura del carcere: v. ad es. M. Grimaldi, *op. cit.*, 47. Sul disagio che generalmente i minori sperimentano in contesto carcerario: G. Biondi, *Lo sviluppo del bambino in carcere*, Milano 1994; C. Forcolin, *Mamme dentro. Figli di donne recluse: testimonianze, riflessioni e proposte*, Milano 2016, 21 ss., nonché Ead., *Uscire dal carcere a sei anni. I figli delle detenute tra diritti che confliggono: stare con la madre o essere liberi*, Milano 2020.

⁵⁹ E. Colla, *op. cit.*, 84; F. Bonassi, M. Colacurci, *Gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri: valutazioni a margine delle recenti proposte di riforma legislativa*, in *Riv. Antigone* 2022, 304.

⁶⁰ «Non basta che vengano approntate strutture sufficienti, come numero di posti, per ricevere tutte le persone in possesso dei requisiti per esservi alloggiate. È altresì fondamentale che esse coprano tutte le aree del Paese. Il principio di territorialità dell'esecuzione penale, infatti, non può essere oltremodo sacrificato per le madri con prole al seguito»: G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 309. Cfr. inoltre F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista AIC* 2012, 8. La disomogenea articolazione geografica degli ICAM conduce «molte donne a preferire scontare la pena in istituti tradizionali per rimanere più vicine ai propri affetti»: F. Bonassi, M. Colacurci, *op. cit.*, 304.

⁶¹ Da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione e istruzione, affonda nell'art. 30 co. 1 Cost. ed è ormai acquisizione consolidata del diritto di famiglia (v. in particolare la l. 8.2.2006 n. 54 in materia di affido condiviso). Riconosciuto dalla Corte Edu in relazione all'art. 8 della Convenzione, esso è normativamente sancito dall'art. 9 co. 3 della *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 1989 e dall'art. 24 par. 3 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*.

⁶² Cfr. O. Robertson, *op. cit.*, 17.

la realtà⁶³. Basti richiamare i rilievi operati nell'ambito del Tavolo n. 3 istituito nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penale⁶⁴, nonché le testimonianze del Garante dei detenuti, che nel 2018 denunciava come molte sezioni-nido fossero tali solo nominativamente, poiché madri e figli risultavano collocati «in un reparto detentivo classico, talvolta anche in cattive condizioni materiali con carenza persino di un lettino adatto a un bimbo»⁶⁵. Le notizie raccontano ora di madri prostrate dalla situazione detentiva e dal carico di dolore legato alla condizione dei figli con loro costrette (con il culmine della tragedia di una detenuta di Rebibbia che ha ucciso i propri figli di sei e diciannove mesi gettandoli dalle scale⁶⁶), ora di gravi implicazioni per i bambini sul piano dello sviluppo psicofisico (è giunto all'attenzione dei media il caso del bambino, recluso sempre a Rebibbia, che a tre anni pronunciava solo le parole “mamma”, “pappa”, “apri” e “chiudi”⁶⁷).

Occorre qui osservare che, se è vero che le regole internazionali non escludono la destinazione intramuraria in presenza di consistenti esigenze di difesa sociale, è anche vero che queste partono dalla premessa che gli istituti penitenziari siano – in ottemperanza alle regole stesse⁶⁸ – *sempre ed effettivamente adeguati* alle esigenze di donne e bambini; premessa che in Italia non può dirsi avverata. D'altra parte, vero è anche che non tutte le carceri italiane sono uguali: vi sono esempi virtuosi in cui le ospiti e i loro bambini potrebbero trovare una sistemazione consona alle loro esigenze. Le indicazioni emerse per il problema del sovraffollamento suggeriscono la strada del trasferimento della coppia madre-bambino in un istituto opportunamente attrezzato con sezione-nido idonea⁶⁹. Tuttavia, di nuovo, emerge il problema dello sradicamento territoriale. La Corte costituzionale, riconoscendo nell'umanità della pena e nella funzione rieducativa un patrimonio garantistico inscindibile, ha ricordato l'inammissibilità di interventi che, per ristabilire l'una, opprimano l'altra, assieme

⁶³ Sul tratto di effettività “rinneante” che, sin dalla sua riforma, caratterizza l'ordinamento penitenziario: F. Bricola, *Introduzione*, in *Il carcere riformato*, a cura di Id., Bologna 1977, 9 s.

⁶⁴ Cfr. I. Del Grosso, *Icam e case-famiglia protette (legge 62 del 2011)* – Allegato 2 alla Relazione del Tavolo 3 (*Donne e carcere*), Stati Generali dell'Esecuzione Penale, in www.giustizia.it, 5.2.2016, 12 ss.

⁶⁵ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2018*, reperibile in www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

⁶⁶ La donna aveva poi dichiarato di averli voluti così liberare: v. ad es. gli articoli *Detenuta uccide la figlia a Rebibbia: «I miei bimbi adesso sono liberi»*, in www.roma.corriere.it, 19.9.2018; *Rebibbia, la detenuta che ha ucciso i figli: «Adesso sono liberi»*, in www.ilfattoquotidiano.it, 19.9.2018.

⁶⁷ Cfr. l'articolo dal titolo *Il piccolo Giacomo, in cella a Rebibbia a due anni: “Dice solo: apri e chiudi”*, pubblicato in www.ildubbio.news, 21.7.2024.

⁶⁸ Per una panoramica dei contenuti di queste regole, v. ad es. M. Colamussi, *op. cit.*, 53 ss.

⁶⁹ C. cost., 22.11.2013 n. 279, § 7.1 del *Considerato in diritto*.

all'interesse del minore⁷⁰.

3.1.2. Quanto detto spinge a verificare se effettivamente il co. 5 tracci un'equazione indefettibile con la soluzione intramuraria. Ebbene, a noi pare non sia così, dovendo considerarsi disponibile la soluzione della detenzione domiciliare, in particolare nella sua versione surrogatoria *ex art. 47-ter co. 1-ter Op*, quale alternativa "umanitaria" che – anche al di fuori del limite di pena impostato dall'art. 47-ter co. 1 Op – si offre proprio al ricorrere dei presupposti per il rinvio facoltativo⁷¹. Gli ostacoli di ordine testuale che a prima vista parrebbero precluderla devono, infatti, ritenersi superabili.

Il co. 5 ritaglia una circostanza in cui, *ai sensi* dell'art. 147 Cp, il differimento *non può* essere disposto, venendo così a incrociare la clausola di apertura dell'art. 47-ter co. 1-ter Op («[q]uando *potrebbe* essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena *ai sensi* degli articoli 146 e 147 del codice penale»). Il combinato normativo potrebbe dunque condurre a ritenere che la detenzione domiciliare surrogatoria sia immancabilmente tagliata fuori⁷². Occorre però considerare come l'art. 47-ter co. 1-ter Op proponga un'alternativa esecutiva non solo capace, in chiave umanitaria, di tutelare le esigenze delle persone condannate ma anche di salvaguardare le istanze di sicurezza pubblica⁷³; e come, prescindendo da ogni limite di pena, essa fosse pensata dal legislatore del '98 per operare anche in rapporto ad autori di reati di estrema gravità.

Riteniamo, in sostanza, che debbano considerarsi perfettamente estese al co. 5 le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale nel 2005⁷⁴, laddove, ragionando in merito alla preclusione al differimento prevista dal co. 4 dell'art. 147, si era chiaramente espressa nel senso della astratta compatibilità tra la ricorrenza di quella ipotesi e l'applicazione della detenzione domiciliare surrogatoria: la circostanza che la

⁷⁰ *Ibidem*. Cfr. I. Del Grosso, *op. cit.*, 1; G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 268.

⁷¹ L'istituto, introdotto con la l. 27.4.1998 n. 165, per «colmare una lacuna legislativa esistente nella previgente normativa, per la quale si imponeva un'alternativa secca tra carcerazione e libertà senza vincoli in presenza dei presupposti di fatto indicati dagli artt. 146 e 147 cod. pen., configura la polifunzionalità del regime detentivo mirato, per un verso, all'esigenza di effettività dell'espiazione della pena e del necessario controllo cui vanno sottoposti i soggetti pericolosi e, per altro verso, a una sua esecuzione mediante forme compatibili con il senso di umanità [...], in presenza di negativa condizione soggettiva del condannato che non ne consente la piena liberazione derivante dall'applicazione dell'istituto della sospensione, obbligatoria o facoltativa, dell'esecuzione della pena»: Cass. 7.12.1999 n. 6952. Cfr. anche C. cost., ord. 1.7.2005 n. 255 e C. cost., 19.4.2019 n. 99.

⁷² In questo senso concludono F. Fiorentin, *Detenute madri*, cit., 52 e D. Livreri, *op. cit.*, 46.

⁷³ *Supra*, par. 3.3.

⁷⁴ C. cost., ord. 1.7.2005 n. 255.

pericolosità risulti incompatibile, nel caso concreto, con la liberazione pura e semplice, non esclude che possa essere disposta la misura, ove «per i suoi contenuti, i controlli che ad essa accedono e il regime sanzionatorio che presidia l'inosservanza delle relative prescrizioni» appaia viceversa idonea ad arginare il pericolo. Insomma, il pericolo deve essere valutato «con riferimento al regime della cui applicazione si discute».

Queste conclusioni valgono a maggior ragione oggi, considerato che il co. 5, a differenza del più laconico co. 4, oppone testualmente la presenza del pericolo alla *libertà* e non ad altre modalità esecutive («l'esecuzione della pena non può essere differita *se dal rinvio derivi* una situazione di pericolo di eccezionale rilevanza»). Si aggiunga che, se il decisore politico avesse voluto escludere l'applicabilità della detenzione domiciliare surrogatoria avrebbe dovuto farlo: il tema del coordinamento normativo era stato a più riprese presentato alla sua attenzione⁷⁵.

Un'altra incertezza potrebbe derivare dal secondo periodo del co. 5, laddove si dispone che «nell'ipotesi di cui al numero 3), l'esecuzione *deve comunque* avere luogo presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri». E tuttavia, ci pare chiaro⁷⁶ che la disposizione imponi l'accoglienza in ICAM come soluzione necessitata rispetto al carcere ordinario, non rispetto alla concessione di benefici penitenziari extramurari⁷⁷. In altri termini, la disposizione semplicemente individua la tipologia di istituti cui devono essere assegnate le gestanti e le puerpere ove la detenzione intramuraria rappresenta l'unica via percorribile.

Lo scenario dell'esecuzione in ambiente domiciliare deve essere, dunque, considerato pienamente servibile. Sebbene non possa essere descritta come destinazione di *default*, avuto riguardo alle “eccezionali” esigenze di difesa sociale che si agitano sullo sfondo, a questa, riteniamo, la magistratura di sorveglianza, valorizzando la natura umanitaria e assistenziale dell'istituto, dovrebbe ricorrere⁷⁸ *almeno* nelle seguenti ipotesi. Per le gestanti e le puerpere, quando: a) emergano

⁷⁵ Cfr. il *Parere espresso sul disegno di legge AC 1660 dal Comitato per la legislazione*, nel *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 29.5.2024, 4 e il *Dossier del Servizio studi della Camera e del Senato - Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, 3.6.2025, 100. Inoltre, CSM, *Parere*, cit., 27.

⁷⁶ E ciò alla luce della stessa *Relazione illustrativa*, cit., 19, laddove specifica la dizione del co. 5 tramite il riferimento al «divieto di esecuzione della pena negli istituti penitenziari (case di arresto e di reclusione)».

⁷⁷ F. Fiorentin, *Detenute madri*, cit., 53.

⁷⁸ E ciò in osservazione del rapporto cangiante tra «situazioni individuali e condizioni dell'ambiente carcerario», secondo un metodo che rassomiglia a quello suggerito da giurisprudenza e dottrina nel giudizio che sostiene l'applicazione del rinvio facoltativo per chi si trovi in condizioni di grave infermità fisica (art. 147 co. 1 n. 2 Cp): A. Gargani, *op. cit.*, 80.

esigenze peculiari che facciano apparire inadeguata la sistemazione in ICAM⁷⁹; b) la sistemazione in ICAM importi l'allontanamento dalla famiglia di origine. Per le madri di prole di età compresa tra uno e tre anni, quando: c) la sistemazione in un ICAM (vicino alla famiglia) – ancorché consentita dalle esigenze di eccezionale rilevanza nei casi del co. 1 n. 3-bis – non dovesse apparire adeguata alle specifiche esigenze della coppia madre-figlio; d) la medesima sistemazione non dovesse essere più disponibile per ragioni di incapienza⁸⁰. Rispetto a questo profilo, occorre notare come il Governo, pur impostando un sistema di monitoraggio, abbia scelto di non investire in nuove strutture⁸¹: ci parrebbe inaccettabile che di questa improvvida scelta facessero le spese le madri e i loro bambini, costretti al carcere per motivi di *overbooking*. Sempre per le madri di prole di età compresa tra uno e tre anni, si aggiungono le ipotesi in cui: e) la sistemazione in un qualsiasi istituto ordinario – pur suggerita dalla pericolosità sociale della madre – sia da ritenersi in concreto incompatibile con specifiche esigenze della madre e/o del bambino; d) la sistemazione in un istituto ordinario adeguato ad accogliere la coppia comporti uno sradicamento territoriale.

Si noterà, peraltro, come la possibilità stessa di accesso all'alternativa permetta di riaccordare la disciplina del co. 5 al principio del *best interest of the child*, aprendo uno

⁷⁹ Lo stato di gravidanza di per sé, soprattutto nella sua fase conclusiva, tende a mostrarsi incompatibile con la detenzione carceraria, anche in ICAM, visto che questi, come già osservato (par. 3.1.1), non sono ad oggi strutturalmente destinati ad accogliere donne in stato di gravidanza. Le *Regole penitenziarie europee*, alla regola 34.4, stabiliscono infatti che «[a]rrangements shall always be made for prisoners to give birth outside prison». Poiché tuttavia il momento del parto è per sua natura imprevedibile, appare coerente ritenere che le donne debbano trovarsi già al di fuori dell'istituto al sopraggiungere di tale evento (E. Dolcini, *Un paese meno sicuro*, cit., par. 5). Ad ogni modo, nei casi di gravidanza a rischio, l'incompatibilità con la detenzione dovrebbe considerarsi assoluta. Analoghe valutazioni valgono laddove sussistano condizioni di particolare fragilità fisica o psicologica della gestante, difficoltà legate all'allattamento o situazioni di vulnerabilità dell'infante, ad esempio in caso di nascita prematura.

⁸⁰ Descrive questo rischio G. Martufi, *op. cit.*, 896 s. V. inoltre M. Palma, *op. cit.*, 2. Poiché le gestanti e le puerpere sono ospiti necessitate degli ICAM, è logico ritenere che le prime vittime dell'eventuale *overbooking* sarebbero le madri e i bambini di età compresa tra uno e tre anni.

⁸¹ Cfr. *Relazione tecnica*, cit., 56: «Si assicura [...] che in ragione di un numero comunque modesto di detenute madri e di bambini al seguito, una più ampia richiesta di posti dovuta all'introduzione delle disposizioni in esame più favorevoli ad un collocamento presso strutture dedicate alle donne incinte e con prole, potrà essere fronteggiata avvalendosi delle strutture già esistenti e funzionanti senza determinare maggiori oneri a carico della finanza pubblica, potendosi avvalere delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente». Ma l'assicurazione lascia insoddisfatti, non essendo accompagnata da alcuna motivazione fondata su una analisi empirica degli effetti della nuova disciplina; onere cui il Governo ha avuto buon gioco a sottrarsi grazie alla qualificazione delle modifiche di cui all'art. 15 (così come per la maggior parte delle disposizioni del d.l. sicurezza) come interventi "incidenti nella materia della sicurezza interna dello Stato", per definizione rientranti nelle ipotesi di esclusione dell'Analisi di impatto della regolamentazione (AIR) ai sensi dell'art. 6 co. 1 lett. c DPCM 15.9.2017 n. 169. Cfr. *Analisi d'impatto della regolamentazione*, cit., 42 ss.

spazio procedurale in cui al giudice è consentito osservare l'impatto che la pena applicata alla madre ha sul bambino, facendone autonomo oggetto di valutazione, nella direzione di scegliere «*the form of punishment [...] that is least damaging to the interest of the children*»⁸², secondo quanto quel principio prescrive.

Subito, però, cala un'ombra. Modellata sugli arresti domiciliari (art. 47-ter co. 4 Op), la detenzione domiciliare (ordinaria come surrogatoria) di base circoscrive gli spazi di assenza dal luogo di restrizione a un'autorizzazione del Tribunale limitata al soddisfacimento delle «indispensabili esigenze di vita» della persona condannata, peraltro solo per un tempo «strettamente necessario» (art. 284 Cpp). Evidente è come la misura, così conformata, tenda a mostrarsi inadeguata a tutelare le prerogative materne e filiali, potendo, nei singoli casi, mostrarsi addirittura contraria al «senso di umanità»⁸³; circostanza che in passato, nel caso delle gestanti e delle puerpere, avrebbe consentito di abbandonare la misura in favore del rinvio, nonostante la presenza di una pericolosità elevata⁸⁴. In virtù del co. 5, tale strada è ora sbarrata: per evitare danni maggiori, ai giudici non resterà che applicare la misura.

Ma proprio questo sbarramento impone, oggi, di accedere a un'interpretazione costituzionalmente orientata delle modalità di svolgimento della detenzione domiciliare. In primo luogo, nel senso di includere tra le «indispensabili esigenze di vita»⁸⁵ la necessità della persona ristretta di far fronte all'attività di cura materna, per

⁸² Cfr. *Constitutional Court of South Africa*, M.v. The State, 26.09.2007, par. 33. La sentenza citata rappresenta un riferimento fondamentale in tema di principio del *best interest of the child* applicato nel quadro della giustizia penale: G. Mantovani, *Quando il reo è genitore*, cit., 1352.

⁸³ Ead., *Marginalizzazione del carcere*, cit., 225.

⁸⁴ Nell'assetto previgente, il carattere di obbligatorietà del differimento per donne incinte e puerpere poteva considerarsi derogato *in peius* – con apertura di uno spazio di discrezionalità – in casi caratterizzati da pressanti istanze di difesa sociale; in tali ipotesi, proprio la detenzione domiciliare surrogatoria si offriva come alternativa allo *status libertatis*: G. Grasso, *op. cit.*, 419 e 421; L. Cesaris, *Art. 47-ter o.p.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova 2015, 566; in giurisprudenza, v. ad es. Cass. 20.4.2023 n. 16820; Cass. 21.12.2021 n. 451. Ma ove la misura apparisse inadeguata alle esigenze del caso concreto, la soluzione della libertà avrebbe dovuto riespandersi secondo la *ratio* umanitaria dell'istituto (G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 280), anche in considerazione della sua obbligatorietà (M. Pavarini, *op. cit.*, 117).

⁸⁵ Sulle possibilità interpretative di tale locuzione: C. Vergine, *La vicenda cautelare: le modalità esecutive delle misure custodiali*, in *Donne e carcere*, a cura di A. Pajardi, R. Adorno, C.M. Lendaro, C.A. Romano, Milano 2018, 88. In giurisprudenza v. Cass. 30.3.2016 n. 16964, laddove si afferma che la nozione di «indispensabili esigenze di vita» di cui all'art. 284 co. 4 Cp deve essere intesa non in senso meramente materiale o economico, bensì tenendo conto della necessità di tutelare i diritti inviolabili della persona individuati dall'art. 2 Cost. E ciò anche alla luce del confronto con la diversa ipotesi di «assoluta indigenza», rispetto alla quale la formula d'interesse «ha una connotazione più sfumata e si carica di significati concreti con riferimento alle condizioni sociali dell'individuo ed alla tutela dei suoi diritti fondamentali».

tale via garantendo il soddisfacimento dei bisogni, non solo materiali ma anche psicologici, del minore convivente, in funzione del suo massimo benessere; inoltre, nel senso di non limitare, per ciò che concerne le gestanti, tali esigenze alle più basilari esigenze di salute, ma di autorizzare l'allontanamento del domicilio per attività funzionali (es. una passeggiata all'aria aperta) alla serena conduzione della gravidanza. In secondo luogo, nel senso di consentire un'ampiezza ed elasticità dell'autorizzazione ad assentarsi dal domicilio tale da assicurare, per la gestante, la migliore conduzione della gravidanza e, per la madre, la continuità dell'attività di cura rivolta al minore, prevedendo, in luogo di puntuali autorizzazioni per singole attività, una indicazione del periodo di tempo che la donna può trascorrere all'esterno⁸⁶, con precisazione delle finalità e magari predisponendo controlli appositi funzionali a preservare le esigenze di difesa sociale.

L'ombra però si allunga, facendosi ancora più densa, in caso di inidoneità del domicilio. L'esecuzione in ambiente domestico non può infatti essere concessa in caso di domicilio assente o inidoneo; circostanza, questa, che la giurisprudenza tende a legare, talvolta presuntivamente, a situazioni di marginalità sociale ovvero alla condizione di nomadismo⁸⁷. L'ordinamento offrirebbe la possibilità di una diversa sistemazione, in particolare in case-famiglia protette: strutture deputate a dare vita a modelli comunitari di vita quotidiana, tenuto conto dell'interesse dei minori. Sennonché, attualmente sono soltanto due le strutture convenzionate su tutto il territorio nazionale (una a Milano e una a Roma⁸⁸), con un limitato numero di posti

⁸⁶ E ciò seguendo la fisionomia che il legislatore ha impresso alla detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies*, Op); misura che, in luogo di puntuali autorizzazioni, consente al Tribunale di precisare «il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del proprio domicilio» (co. 3). È qui possibile richiamare la sentenza con cui la Corte costituzionale (C. cost., 12.6.2009 n. 177), ragionando sulle conseguenze sanzionatorie connesse a comportamenti trasgressivi della prescrizione di non allontanamento e di puntuale rientro dopo un'uscita autorizzata, ha indicato la necessità di allineare sul piano disciplinare le diverse forme di detenzione extramuraria funzionali all'accudimento dei figli: esse devono consentire di attendere concretamente ai bisogni di questi ultimi. Cfr. A. Pulvirenti, *Inosservanze degli orari di rientro nel domicilio: equiparato il regime della detenzione domiciliare generica (per la detenuta madre) a quello della detenzione domiciliare speciale*, in CP 2010, 470 ss.; G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 238. Viceversa, potrebbe non apparire congruo l'appaiamento con i contenuti, particolarmente elastici, della detenzione domiciliare quale pena sostitutiva (artt. 56 e 69 l. 689/1981): su questo profilo, v. C. cost., 11.4.2024 n. 84.

⁸⁷ V. ad es. J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, in *Donne ristrette*, cit., 122. Bisogna peraltro considerare che la detenzione domiciliare risulta soluzione impraticabile per donne esposte a violenza domestica; fenomeno questo che vede largamente coinvolte, dal lato delle vittime, donne sinti e rom: C. Pecorella, M. Dova, *Quale giustizia per le donne Rom?*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, a cura di G. Dodaro, M. Dova, C. Pecorella, C. Ruga Riva, Torino 2022, 245 ss. Cfr. inoltre A. Martufi, *op. cit.*, 896, nota 36.

⁸⁸ Sulla scelta di prevedere l'istituzione di case-famiglie protette senza oneri per l'amministrazione penitenziaria, quale pregiudiziale negativa per l'attecchimento del modello: M. Grimaldi, *Tra tutela, diritto e modelli*

disponibili⁸⁹. Viene, così, a delinearci un automatismo *de facto* – peraltro dagli evidenti contorni discriminatori – che costringe i giudici ad adottare la soluzione intramuraria (ICAM, ma potenzialmente anche carcere ordinario)⁹⁰, *sebbene* questa, alla luce della situazione concreta, non sia adeguata alle esigenze di madri e bambini. Ciò, di nuovo, per le gestanti e per le puerpere segna un mutamento sfavorevole rispetto al passato: in assenza di una sistemazione domiciliare idonea, l'art. 146 Cp avrebbe imposto la via della libertà.

L'automatismo, per un verso, ci dà conferma della necessità di restringere la portata del co. 5 ai casi di pericolo davvero “eccezionale”. Per altro verso, ci spinge a formulare un invito ai Tribunali nel senso di disinnescare meccanismi presuntivi che possono contribuire ad attivarlo, come quelli che tendono a essere frequentati nei giudizi di pericolosità e di inidoneità del domicilio⁹¹.

3.2. Fuori dal co. 5, al pari del passato e nella permanente assenza di criteri-guida legislativi per l'esercizio della discrezionalità giudiziale, la detenzione domiciliare continua a offrirsi come *regola*⁹². E questo per la capacità della misura di contemperare i diversi interessi in gioco. La misura, difatti, se da un lato attua immediatamente le aspettative di reinserimento sociale⁹³, soddisfacendo altresì le esigenze preventive tramite l'imposizione di prescrizioni, dall'altro lato ha il vantaggio di consentire alla coppia madre-figlio di vivere la relazione in un ambiente familiare⁹⁴, con possibilità di modulare le prescrizioni nel senso più consentaneo possibile alla serena conduzione

sperimentali. *L'esperienza di Milano*, in *Doppia pena*, a cura di N. Gandus, C. Tonelli, Milano 2019, 47; G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 228 ss.; A. Tollis, *Le case famiglia protette e il “caso milanese”*, in *Donne ristrette*, cit., 335 ss.; D. Mone, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in *Dir. pubbl. eur. rass. online* 2017, 2, 27 ss. e in part. 40.

⁸⁹ Cfr. E. Colla, *Donne detenute con figli in carcere: dalla genitorialità nell'istituzione totale alla responsabilità di servizi alternativi*, in *RIEdFam* 2024, 79 ss. e in part. 85.

⁹⁰ In mancanza di un'adeguata rete di strutture extramurarie, l'assegnazione agli ICAM tende ad assumere impropriamente i connotati di “surrogato” dell'esecuzione esterna, resa di fatto impraticabile dall'indisponibilità di un domicilio idoneo. Tale esito «tradisce tristemente la filosofia sottesa all'avvio dell'esperienza pilota dell'ICAM milanese», che «nacque per chiudere immediatamente», credendosi possibile un'applicazione più ampia delle misure alternative: G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 231.

⁹¹ Rammentiamo qui il suggerimento fatto proprio dal Tavolo tematico n. 3 su “Donne e carcere” degli Stati generali dell'esecuzione penale, secondo cui non è detto «che i cosiddetti “campi nomadi” [...] siano sempre da escludere quale domicilio»: *Stati generali dell'esecuzione penale – Tavolo 3 (Donne e carcere), Relazione di accompagnamento*, in www.giustizia.it, 5.2.2016, 12.

⁹² D.M. Schirò, *op. cit.*, 258, che ammette il carattere ormai residuale del differimento dell'esecuzione della pena. Inoltre, M. Pavarini, *op. cit.*, 120 s.; G. Grasso, *op. cit.*, 421.

⁹³ P. Corso, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano 2019, 324.

⁹⁴ Cfr. D.M. Schirò, *op. cit.*, 258.

della gravidanza e al benessere dei minori.

La regola, però, deve essere sempre parametrata al caso specifico. Come alternativa al rinvio⁹⁵, essa sta in piedi fintantoché le restrizioni connaturate alla detenzione domiciliare appaiano effettivamente necessarie⁹⁶. Inoltre, purché un domicilio idoneo sia disponibile: in caso contrario, la *ratio* umanitaria del differimento dovrebbe predominare e il Tribunale orientarsi per la liberazione, anche in presenza di una residua pericolosità⁹⁷.

Si noterà come, rispetto al passato, la scelta ora riguardi anche i casi di condannate incinte e madri di prole di età inferiore all'anno: sebbene non sia ammesso frequentare alcun automatismo che riediti il sistema previgente, la specificità delle situazioni descritte al n. 3 (non a caso peraltro separate normativamente da quella di cui al n. 3-bis) merita di essere valorizzata in sede decisoria, in qualità di *indice* per l'individuazione di condizioni in cui il rinvio appare opportuno.

Visti i diritti sul campo, la dismissal della soluzione domiciliare in favore dell'espiazione intramuraria dovrà seguire criteri particolarmente stringenti. In primo luogo, assegnando alla formula di cui al co. 5 un significato anche qualitativo, si riesce a ritagliare, per i casi rimessi al bilanciamento giudiziale, uno standard di valutazione del pericolo di commissione di delitti assestato sulla particolare (sebbene non "eccezionale") rilevanza in termini quantitativi, in termini di *elevata*, oltre che concreta, probabilità. Scontato è il rigetto di qualsiasi schema presuntivo, che possa

⁹⁵ Poiché mutua i presupposti dal rinvio dell'esecuzione della pena, la detenzione domiciliare surrogatoria talvolta inquadrata come modalità applicativa del rinvio: L. Cesaris, *op. cit.*, 565.

⁹⁶ Ciò a meno che, sempre comunque osservato l'interesse del minore, non sussista uno specifico interesse della madre a evitare di posticipare il termine finale della pena. Cfr. Cass. 8.6.2004 n. 25691. A tale proposito, riportiamo la notizia di un documento redatto in occasione dei lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale, in cui le donne detenute nella Casa di reclusione femminile della Giudecca appartenenti alla popolazione Rom o Sinti denunciavano la ritorsione a loro discapito del differimento, strumentalizzato da parte degli uomini della comunità: sfruttate come manodopera per attività illecite durante i successivi rinvii dell'esecuzione connessi alle gravidanze, le donne subivano poi, una volta non più in grado di procreare, la sottoposizione a lunghi periodi di carcerazione. La notizia, reperibile qui <https://www.ilpost.it/2016/09/19/donne-giudecca/>, è riportata anche da G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 280.

⁹⁷ Di valenza generale appaiono, infatti, le considerazioni contenute nell'ordinanza n. 145/2009 in tema di rinvio obbligatorio, laddove la Corte costituzionale osserva: «che, comunque, anche nei casi nei quali la misura della detenzione domiciliare non sia in concreto praticabile, deve escludersi che il differimento della pena integri un fattore di compromissione delle contrapposte esigenze di tutela collettiva; che, difatti, non è la pena differita in quanto tale a determinare una situazione di pericolo, ma, semmai, la carenza di adeguati strumenti preventivi volti ad impedire che la condannata, posta in libertà, commetta nuovi reati; tuttavia, se a colmare una simile carenza può provvedere soltanto il legislatore, deve escludersi che la eventuale lacunosità dei presidi di sicurezza possa costituire, in sé e per sé, ragione sufficiente per incrinare, sull'opposto versante, la tutela dei valori primari che la norma impugnata ha inteso salvaguardare».

condurre a schiacciare il giudizio di pericolosità sul riscontro di situazioni di marginalità sociale, desunte da circostanze socio-economiche o personali⁹⁸. Di portata generale è, infatti, il principio espresso dalla Corte costituzionale secondo cui l'interesse del minore, qui in gioco, non tollera il prevalere di esigenze contrapposte sulla base di "indici presuntivi"⁹⁹. In secondo luogo, l'opzione pare aprirsi solo laddove i controlli della detenzione domiciliare appaiano comunque insufficienti; punto che il Tribunale dovrà opportunamente motivare.

Quanto agli scenari esecutivi, vediamo come il codice penale nulla disponga – a differenza del co. 5 – per l'ipotesi di mancato di rinvio (senza applicazione della detenzione domiciliare) come esito del bilanciamento giudiziale. Sarebbe, però, del tutto irragionevole pensare che il *default* sia l'espiazione presso un istituto penitenziario ordinario, vista la previsione di invio in ICAM – obbligata o comunque possibile, a seconda delle categorie di condannate – che assiste i casi di pericolo di eccezionale rilevanza. La destinazione, allora, non potrà che essere proprio quella dell'ICAM: non solo per le gestanti e le puerpere, ma, riteniamo, anche per le madri con figli di età compresa tra uno e tre anni. Questo a meno che, nuovamente, la sistemazione presso l'ICAM non sia disponibile o sia tale da comportare uno sradicamento territoriale ovvero non appaia inadeguata alla situazione concreta. In tali casi, dovrà comunque essere prediletta la soluzione della detenzione domiciliare.

3.3. Un altro profilo di incertezza si cela nel nuovo co. 5 dell'art. 147 Cp. Il «pericolo di eccezionale rilevanza di commissione di ulteriori delitti» si presenta infatti testualmente solo come criterio ostativo del rinvio e non anche, a differenza della disposizione generale contenuta nel co. 4¹⁰⁰, come ipotesi di revoca del differimento. La conseguenza di tale disallineamento è che lo scarto probabilistico e qualitativo che separa il pericolo "di eccezionale rilevanza" da quello solo "concreto" possa divenire irrilevante subito dopo la concessione del beneficio ai sensi del co. 5, imponendone la revoca. Fagocitata dal meno stringente criterio generale, la disposizione del co. 5 rischia, dunque, di essere privata di qualsiasi effettività. La volontà legislativa, espressa con l'introduzione di una disciplina intenzionalmente differenziata, assieme alla tutela degli interessi materni e filiali, consentono, però, di superare tale irrazionale risultato

⁹⁸ Cfr. A. Martufi, *op. cit.*, 895.

⁹⁹ C. cost., 12.4.2017 n. 76, § 2.2.; C. cost., 22.10.2014 n. 239.

¹⁰⁰ «Il provvedimento di cui al primo comma non può essere adottato o, se adottato, è revocato se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti» (corsivi nostri).

in via interpretativa: il criterio di cui al co. 5 dovrà, dunque, considerarsi fermo anche ai fini di una eventuale revoca del beneficio.

Altre cause di revoca sono indicate nel rinnovato co. 3 dell'art. 147 Cp, che oggi rinvia alle due fattispecie di cui ai nn. 3 e 3-bis del co. 1, appaiandole. Le ipotesi della *decadenza dalla responsabilità genitoriale* ai sensi dell'art. 330 Cc¹⁰¹, di *morte del figlio*, del suo *abbandono* o *affidamento ad altri*¹⁰², già contenute nella versione previgente, si pongono in sostanziale continuità con l'abrogato art. 146 co. 2 Cp. Ma la continuità normativa è solo parziale. Il legislatore non si è infatti curato di integrare l'elenco dell'art. 147 Cp con l'ipotesi di *interruzione della gravidanza*, contenuta nell'articolo abrogato; così come non si è curato di riprodurre il riferimento ai due mesi di tempo dal parto, ovvero dall'interruzione della gravidanza, quale limite cronologico all'ordine di revoca. Di palmare evidenza è l'irragionevolezza di imporre la revoca per il decesso di un figlio nato e non per l'ipotesi di aborto: in entrambi i casi viene meno quello che è da considerarsi un imprescindibile presupposto fattuale del rinvio. Senza considerare l'assurdità (e l'ingiustizia) del risultato cui ci troviamo di fronte: la donna che ha sperimentato un aborto continua a beneficiare del rinvio, mentre la madre che ha sperimentato il lutto di un figlio nato rischia il carcere. Tuttavia, nonostante la evidente irragionevolezza dell'esclusione determinata dalla sciatteria legislativa, l'elenco non si può non ritenere tassativo¹⁰³. Anche perché non si riuscirebbe a recuperare in via interpretativa il limite dei due mesi precedentemente previsto a tutela della salute delle detenute e dei neonati¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sulla difficoltà di conciliare questa ipotesi di revoca, aggiunta dalla l. 8.3.2001 n. 40, con la previsione di cui all'art. 7 della medesima legge (in forza della quale l'applicazione di uno dei benefici ivi previsti determina, per il tempo in cui il beneficio è applicato, la sospensione delle pene accessorie in materia di responsabilità genitoriale), e per una possibile soluzione della contraddizione, v. D.M. Schirò, *op. cit.*, 247 s.

¹⁰² L'affidamento del figlio ad altri non si riferisce esclusivamente alla condizione giuridica scaturente dall'esercizio effettivo della giurisdizione minorile, ma anche a una situazione di fatto di delega delle funzioni genitoriali a parenti o a terzi; cosicché l'assenza di un provvedimento del giudice civile non impedisce di ritenere che un affidamento ad altri vi sia stato al fine di valutare l'insussistenza dell'esigenza di tutela del minore: cfr. Cass. 10.4.2013 n. 21367. Come è stato detto, «è certamente verosimile che, nelle ipotesi di decadenza della madre dalla responsabilità genitoriale [...] e di abbandono del figlio, il bambino sia affidato ad altri. In ogni caso, si tratta di due situazioni alle quali la legge 40/2001 ha conferito rilievo ostativo autonomo in quanto fattori di per sé idonei a rivelare la carenza, in concreto, di un'esigenza di protezione del rapporto fra madre e figlio [...]»: G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 207.

¹⁰³ F. Fiorentin, *Differimento della pena*, in *Misure alternative alla detenzione*, Torino 2012, 441.

¹⁰⁴ Cfr. D.M. Schirò, *op. cit.*, 247. Occorre comunque considerare che il regime processuale ordinario, che adesso copre l'intera materia del differimento, di per sé comporta tempi decisori più dilatati rispetto a quello semplificato previgente, consentendo un'interlocuzione tra giudice e difesa sulla situazione intaccata dalla revoca; in caso di impugnazione, tale situazione potrebbe fondare la decisione del Tribunale di sospendere l'esecuzione del provvedimento (art. 666 co. 7 Cpp). Questo rilievo, tuttavia, non ci sembra di per sé in grado di autorizzare a

Si aggiunge che, mentre l'art. 146 Cp ragionevolmente inibiva il rinvio laddove una delle situazioni elencate fosse già *ab origine* presente, elevando le cause di revoca anche a cause ostative del rinvio, il testo art. 147 Cp parlava e parla – incomprensibilmente – solo di *revoca*, con il rischio di rinviare inutilmente¹⁰⁵. L'occasione per correggere il disposto dell'art. 147 non è stata colta; tuttavia, la ricerca di un allineamento normativo con l'abrogato art. 146 Cp incoraggia a risolvere il problema. Quanto alla decadenza della responsabilità genitoriale, l'esplicita preclusione al differimento stabilita dall'art. 6 l. 40/2001, riferibile anche al differimento discrezionale¹⁰⁶, consente di sciogliere agilmente il nodo. Altrettanto agile è la soluzione per il caso di morte del figlio/interruzione della gravidanza: l'evenienza nega in partenza la sussistenza delle condizioni di fatto che il rinvio mira a proteggere¹⁰⁷. A ben vedere, anche nella situazione di affidamento a persona diversa dalla madre, manca un requisito fattuale essenziale alla concessione del rinvio: la *convivenza*, quale presupposto dello svolgersi del rapporto materno, conformemente alle esigenze di madre e bambino. Inoltre, tanto in questa ipotesi, quanto in quella di abbandono¹⁰⁸, sarebbe insussistente il presupposto giuridico del rinvio, ossia l'interesse a salvaguardare il rapporto filiale: la stessa Corte costituzionale ha sottolineato la necessità di leggere l'istituto in chiave *funzionalistica*, «ossia se e finché [la madre] sia sollecita nell'adempimento dei suoi doveri di assistenza morale e materiale verso il figlio»¹⁰⁹.

La disciplina della revoca è inasprita dalla nuova circostanza del porre in essere, durante il periodo del differimento¹¹⁰, «*comportamenti che causano un grave pregiudizio alla crescita del minore*». L'aggiunta adombra, anche in questo caso, un certo pregiudizio del legislatore nei confronti delle potenziali beneficiarie del differimento: la delinquenza assurge a marcatore di potenziale inadeguatezza alla

trasformare, *in malam partem*, un elenco tassativo in uno esemplificativo. Certo è che la irragionevolezza rimane, e questa al limite serve solo a ulteriormente rimarcare la fragilità di necessità di pena carceraria per una madre che ha appena perso il proprio figlio e si trova perciò ad entrare in carcere (una situazione che ha un'aria di famiglia con la *poena naturalis*), a maggiore ragione quando altre tragedie, ma di minore portata, invece non sono produttive dello stesso esito.

¹⁰⁵ M. Canepa, S. Merlo, *op. cit.*, 229.

¹⁰⁶ Cfr. G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 206.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ La nozione di abbandono ricavabile dalla normativa in tema di adozione non è di per sé incompatibile con la convivenza e si riferisce alla mancanza di «assistenza morale e materiale»: *ivi*, 208.

¹⁰⁹ C. cost., ord. 8.5.2009 n. 145.

¹¹⁰ Questo inciso fa sì che la circostanza debba essere considerata effettivamente solo un'ipotesi di revoca, non anche una condizione ostativa al rinvio.

funzione genitoriale¹¹¹. Al tempo stesso, l'ampliamento delle cause di revoca manifesta una certa sfiducia nel differimento stesso, in quanto istituto strumentalizzabile da parte di condannate immeritevoli e approfittatrici¹¹². Il biasimo per l'*arrière-pensée* del legislatore poco aiuta, tuttavia, quando si tratta di contornare i termini applicativi di una disposizione comunque ufficialmente rivolta alla salvaguardia dell'interesse del minore.

Quest'ultimo dovrà presentarsi uguale e contrario alle ragioni che, in prima istanza, avevano fondato l'accesso al beneficio. Lo scrutinio è tuttavia diverso per oggetto: non riguarda il minore *in rapporto alla detenzione*, ma il minore *in rapporto alla madre*. Ciò segna un elemento di novità rispetto all'approccio del passato: la previsione di cause codificate di decadenza, specie ove poggiate su determinazioni assunte in ambito civilistico, tendeva a sottrarre alla magistratura di sorveglianza valutazioni aperte su tale profilo¹¹³. E tuttavia, sul piano contenutistico, l'ipotesi sembra appaiarsi alla previsione di decadenza dalla responsabilità genitoriale di cui all'art. 330 Cc, quale conseguenza del violare o del trascurare i doveri genitoriali o dell'abusare dei relativi poteri «con grave pregiudizio del figlio» (senza arrivare alla situazione di «abbandono» materiale e morale, pena la perdita di significato della nuova causa). Ai presupposti fissati dal codice civile il Tribunale potrà, dunque, guardare al fine di decidere se occorra revocare lo *status libertatis* già concesso. Posto che tale potere gli è assegnato nell'ambito di un intervento anticipatorio, crediamo che a fondare il suo esercizio

¹¹¹ Sulla convinzione che una donna che commette un reato sia per definizione una cattiva madre, v. ad es. Home Office, *The Corston Report – A report by Baroness Jean Corston of a review of women with particular vulnerabilities in the Criminal Justice System, March 2007*, 20. Eppure, il nostro ordinamento opera una selezione a monte dei casi in cui il reato determina una presunzione di inadeguatezza alla funzione di genitore: sono quelli relativi a condotte a danno dei minori stessi, che aprono la possibilità di applicare le pene accessorie di cui all'art. 34 Cp (decadenza o sospensione dalla responsabilità genitoriale). La stessa giurisprudenza civile è restia a pronunciare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale ancorati alla condanna penale e alla detenzione del genitore, e in particolare della madre. Fanno eccezione alcuni, comunque circoscritti, procedimenti *de potestate* relativi a minori inseriti in contesti familiari connotati da un radicamento profondo nella criminalità organizzata: J. Long, *op. cit.*, 114 ss. Rimarca l'insostenibilità dell'equazione condanna (o detenzione) e inidoneità alla funzione genitoriale, G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 198.

¹¹² Del resto, anche per le altre cause di revoca (diverse dalla morte del figlio), il «bersaglio» del legislatore è sempre stato il pericolo che la condannata strumentizzi la condizione di madre per sfuggire alla pronta esecuzione della pena, pur in assenza di un concreto ed effettivo interesse filiale alle cure materne: C. cost., ord. 145/2009. In dottrina, v. ancora G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 207.

¹¹³ *Ivi*, 203 e 208 s. Si poteva infatti ritenere che l'art. 147 Cp chiedesse alla «giurisdizione rieducativa di arrestarsi, quanto all'apprezzamento dell'interesse filiale alle cure materne, alle rassicurazioni che indirettamente provengono [...] dalla mancata emersione di concreti indici di pericolosità sociale a carico della condannata (non decaduta dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c. e che nemmeno risulti aver privato di «assistenza morale e materiale» o affidato ad altri suo figlio)».

debbano ricorrere presupposti di urgenza, assieme a una valutazione di adeguatezza della revoca quale soluzione al pregiudizio. A tale proposito, vale la pena rimarcare che la revoca (in assenza di una rottura/sospensione del rapporto giuridico di filiazione) non comporta la separazione della coppia madre-figlio, ma semmai l'inizio di una detenzione congiunta; ciò a meno di non considerare tale possibilità esclusa proprio dal riconoscimento della situazione che dà causa alla revoca, al pari dei casi di abbandono e affidamento ad altri¹¹⁴. Va da sé che la nuova ipotesi impegna la Magistratura di sorveglianza sia ad attrezzarsi sul piano delle conoscenze e competenze, sia a impostare un'efficace cooperazione con gli attori pubblici (servizi sociali territoriali, organi giudiziari preposti alla tutela minorile) al fine di ricevere informazioni sulla situazione oggetto di giudizio: entrambe le condizioni sono garanzia della correttezza di valutazioni caratterizzate da un elevatissimo impatto.

3.4. Il co. 1 dell'art. 15 è sguarnito di una disciplina transitoria. Il tema dell'efficacia nel tempo della modifica è stato affrontato, in sede di prima applicazione, da una recente pronuncia del Magistrato di sorveglianza di Bologna¹¹⁵, chiamato a decidere sulla vicenda di una madre di bambino di età inferiore all'anno, condannata per un fatto commesso prima dell'entrata in vigore del d.l. sicurezza. Il caso era peculiare e la sua soluzione, invero, neppure dipendente dal diritto intertemporale¹¹⁶. Nondimeno, il provvedimento "apripista" contiene indicazioni fondamentali sulla questione, riassumibili nei due punti: *a)* della natura sostanziale degli istituti modificati, vista l'incidenza sulla *qualità* della pena e sul grado di privazione della libertà personale; *b)* degli effetti peggiorativi della modifica, segnatamente nei confronti di gestanti e puerpere (e degli infanti al loro seguito), alle quali il sistema previgente riservava l'alternativa differimento/detenzione domiciliare e per le quali oggi invece si delinea la soluzione intramuraria. Dai due punti discende linearmente l'applicazione irretroattiva: per tutti i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. sicurezza (dunque fino all'11 aprile 2025), ove le modifiche producano effetti sfavorevoli, rimane in piedi l'assetto previgente.

¹¹⁴ Ivi, 207.

¹¹⁵ V. Mag. sorv. Bologna, 3.6.2025 (Giud. Romano), in *SP*, 20.6.2025, con nota di G.L. Gatta, *Donne incinte e madri di neonati: irretroattiva l'abolizione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena*.

¹¹⁶ Il Magistrato era chiamato a pronunciarsi sulla proroga della detenzione domiciliare "surrogatoria" già applicata, come alternativa al differimento, a una donna incinta e al momento madre di un bambino di età inferiore a un anno. A guardar bene, il problema dell'efficacia retroattiva della modifica nel caso concreto neppure si poneva, se è vero che l'alternativa domiciliare continua ad applicarsi in ogni caso: *supra*, par. 3.1.2 e 3.3.

Il provvedimento centra perfettamente il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale 26.2.2020 n. 32. Qui si afferma che il principio del *tempus regit actum*, tradizionalmente accolto in contesto esecutivo per ragioni di parità di trattamento tra soggetti detenuti, deve essere dismesso e lasciare campo al principio di cui all'art. 25 co. 2 Cost. «allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato»¹¹⁷. Ancor più perspicuo il comunicato diffuso dall'Ufficio stampa della Corte: «[s]e al momento del reato è prevista una pena che può essere scontata “fuori” dal carcere ma una legge successiva la trasforma in una pena da eseguire “dentro” il carcere, quella legge non può avere effetto retroattivo. Tra il “fuori” e il “dentro” vi è infatti una differenza radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa, perché è profondamente diversa l'incidenza della pena sulla libertà personale»¹¹⁸. Ebbene, questo è esattamente il caso delle modifiche di cui ci occupiamo, non solo ove il “dentro” sia il carcere ordinario, ma anche ove sia un ICAM¹¹⁹.

Le medesime ragioni – l'*aliud* in cui si risolve l'esecuzione a seconda che il differimento sia o meno disposto – sostengono, viceversa, l'applicazione retroattiva della nuova normativa in quei, pur limitati, spazi in cui sembra dare luogo a un trattamento più favorevole. L'unitario criterio ostativo di cui al co. 5 dell'art. 147 Cp si propone come più rigoroso rispetto a quello del mero pericolo “concreto”, cui oggi si sostituisce “per specialità”. In questo punto, la nuova disciplina disegna, a tutti gli effetti, un regime meno severo per le donne con figli di età compresa tra uno e tre anni, già sottoposte al regime di rinvio facoltativo: alla stessa bisognerà dunque guardare allorché la condanna riguardi fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. sicurezza. Questo, peraltro, a nostro avviso senza che la presenza di un giudicato antecedente all'entrata in vigore della nuova disciplina possa essere di ostacolo. Essendo il giudizio di necessità dell'esecuzione della pena spostato *sul futuro*, non sussistono, infatti,

¹¹⁷ In applicazione di tale principio, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 co. 6 lett. b l. 9.1.2019 n. 3 (c.d. “spazzacorrotti”), nella parte in cui poneva il divieto di sospensione dell'esecuzione nei confronti di condannati per delitti previsti dalla stessa legge, anche se commessi prima della sua entrata in vigore.

¹¹⁸ Il comunicato riprende un passaggio fondamentale della sentenza, contenuto al § 4.3.3. Nello stesso paragrafo si precisa che la valutazione dell'*aliud* in cui si sostanzia il trattamento punitivo va operata mediante «valutazioni prognostiche relative, rispettivamente, al tipo di pena che era ragionevole attendersi al momento della commissione del fatto, sulla base della legislazione allora vigente, e quella che è invece ragionevole attendersi sulla base del mutato quadro normativo».

¹¹⁹ Cfr. *Relazione Massimario*, cit., 104.

quelle esigenze sistematiche di certezza dei rapporti esauriti che ordinariamente giustificano il limite di cui all'art. 2 co. 4 Cost.; viceversa, sovengono quelle ragioni di parità di trattamento condensate nella deroga di cui all'art. 2 co. 3 Cp in costanza di una radicale eterogeneità del contenuto delle pene. Sarebbe, dunque, a nostro avviso del tutto irragionevole impedire che, in *executivis*, il Tribunale di sorveglianza possa orientarsi per il rinvio in presenza di un pericolo giudicato astrattamente compatibile, alla luce della nuova disciplina, con la soluzione della libertà¹²⁰.

Tutto quanto detto vale se si osserva la pena intesa come privazione della libertà personale della persona condannata. Ma qui non si tratta solo di questo. Occorre infatti considerare anche il supplizio dei figli che con le madri condividono l'esperienza punitiva. Inoltre, volendo, il tormento delle donne consistente nel vivere l'esperienza della maternità in carcere e nell'assistere alla carcerazione dei figli: un portato afflittivo, questo, che non riesce in alcun modo a essere ricompreso nel contenuto basilare della pena prevista per il fatto di reato¹²¹. Entrambe queste dimensioni di sofferenza tendono a sfuggire a qualsiasi regime intertemporale, perché non fatte oggetto di uno specifico giudizio di necessità di pena (nel caso del minore, neppure propriamente di pena si può parlare). Se una qualche coordinata può offrirsi, questa è quella per cui una norma che sia contraria a un parametro costituzionale non può produrre effetti con efficacia *ex tunc*. Ciò a maggior ragione se il parametro in questione è il senso di umanità, il quale impone che *nessuno* possa *mai* essere sottoposto a trattamenti collegati a una pena che allo stesso siano contrari, *a prescindere da quando* il fatto da cui essi scaturiscono sia stato commesso. La conseguenza ci pare sia che, ove la nuova disciplina generi effetti contrari al senso di umanità, questi semplicemente non possano essere, chiamando in causa l'operatività delle vecchie regole per la parte in cui, invece, esse garantivano il senso di umanità.

4. L'art. 15 co. 1 del d.l. 48/2025 interviene su un terreno estremamente sensibile, in cui le esigenze di prevenzione, connesse all'effettività dell'esecuzione della pena,

¹²⁰ E ciò anche in considerazione del fatto che, sul piano dell'economia processuale, appare piuttosto facile per il Tribunale adeguare conformemente la situazione: basta disporre il rinvio.

¹²¹ Questo contenuto "esorbitante" rispetto alla pena comminata dal legislatore, potenzialmente confliggente con il principio di umanità (e invero anche con il principio di legalità), richiama le osservazioni svolte in dottrina a proposito dell'esecuzione nei confronti di chi si trovi in condizioni di grave infermità, quale condizione che prelude all'incidenza della pena non solo sulla libertà personale ma anche sull'integrità personale: G. De Vincetiis, F. Nanni, F. De Sando, *Sulla nozione di grave infermità fisica riguardo al differimento dell'esecuzione della pena*, in *GP* 1968, I, 129. Cfr. anche A. Gargani, *op. cit.*, 79.

entrano in delicato bilanciamento con valori del più elevato rango. L'opzione normativa si muove, per così dire, sul filo del rasoio; e tuttavia, all'esito dell'operazione ermeneutica intrapresa, a noi non pare che la nuova disciplina si candidi in linea di principio a una censura in punto di irragionevolezza, neppure laddove imposta una preclusione insuperabile al rinvio.

Ciò è dovuto, anzitutto, ai margini che l'art. 147 Cp, come novellato, dischiude sia in relazione all'interpretazione della formula del "pericolo di eccezionale rilevanza" di cui al co. 5 – da intendersi limitata alle ipotesi in cui non solo sia altamente probabile la commissione di ulteriori delitti, ma questi integrino una grave aggressione alla sicurezza pubblica – sia con riferimento alla possibilità di individuare criteri orientativi rigorosi per la decisione sul non rinvio nei casi diversi dal co. 5.

Va peraltro notato come il legislatore abbia conferito al Tribunale una delega piena alla ponderazione delle esigenze di difesa sociale che competono con i diritti dei minori: un profilo, questo, che la Corte costituzionale ha più volte ritenuto decisivo, divenendo direttrice delle censure operate sui meccanismi che, nel terreno dell'esecuzione penitenziaria¹²² e delle pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale¹²³, davano aprioristica prevalenza a esigenze punitive fondate sulla natura del reato commesso, sottraendo all'apprezzamento giudiziale la valutazione delle singole situazioni.

Problematica è apparsa in dottrina la stessa assegnazione al giudice di una valutazione discrezionale, volta a confermare l'interesse del minore di età inferiore a tre anni e financo inferiore a un anno a vivere fuori dal carcere nel caso di specie¹²⁴. Eppure, per quanto biasimevole, la scelta legislativa non appare illegittima. Oltre ai generali dettami del principio del *best interest of the child*, alle indicazioni traibili dalla giurisprudenza costituzionale nel senso di una sempre possibile bilanciabilità dei diritti dei minori in costanza di pene che su di essi possano incidere¹²⁵ e alle già citate regole internazionali in materia di detenzione di condannate madri, si può qui richiamare – in prospettiva comparata – la *Imposition of Community and Custodial Sentences Guideline* vigente nel Regno Unito: strumento finalizzato ad assistere

¹²² C. cost. 22.10.2014 n. 239, C. cost. 12.4.2017 n. 76, nonché C. cost. 23.7.2018 n. 174, i cui contenuti sono efficacemente sintetizzati da G. Mantovani, *Quando il reo è genitore*, cit., 1349 s.

¹²³ C. cost. 23.2.2012 n. 31, C. cost. 23.1.2013 n. 7 e C. cost. 29.5.2020 n. 102. In dottrina v. per tutti G. Laneve, *op. cit.*, 2078 ss.

¹²⁴ E. Dolcini, *Un paese meno sicuro*, cit., par. 5.

¹²⁵ Cfr. C. cost., 22.10.2014 n. 239, § 9 del *Considerato in diritto*; C. cost., 23.7.2018 n. 174, § 2.4 del *Considerato in diritto*; C. cost., 26.5.2023 n. 105, § 9 del *Considerato in diritto*.

l'attività di *sentencing* correlata all'applicazione di pene detentive che, avuto a riferimento l'art. 8 Cedu, è connotato da una avanzatissima sensibilità al problema dell'impatto di tali pene su soggetti terzi. Ebbene, lo strumento, nella sua versione più aggiornata, individua, tra i «*factors indicating that it may be appropriate to suspend a custodial sentence*», l'ipotesi in cui «*immediate custody will result in significant harmful impact upon others, including any dependent children or where the offender is pregnant or postnatal (has given birth in the previous 12 months)*»¹²⁶. Ma, appunto, solo di un fattore si tratta, da mettere in relazione con altri¹²⁷, all'interno di un bilanciamento complessivo che ammette la produzione di un impatto negativo, ancorché significativo, su soggetti vulnerabili, laddove esso risulti comunque proporzionato «*to achieving the purposes of sentencing*»¹²⁸.

Piuttosto, parrebbe problematica l'impossibilità di decidere in base all'impatto che la pena ha sul minore, ciò che accadrebbe ove non si ammettesse l'accesso alla detenzione domiciliare quale alternativa alla restrizione intramuraria anche nei casi del co. 5. Ma, come si è visto¹²⁹, tale alternativa – intrinsecamente idonea a contemperare l'interesse alla sicurezza con i diritti dei soggetti coinvolti, e da considerarsi modulabile in funzione del benessere della gestante e dei minori – anche in quel caso deve ritenersi percorribile. Alla stessa il Tribunale dovrebbe ricorrere tutti quei casi in cui la sistemazione in ICAM non sia disponibile per ragioni di incapacienza ovvero ove l'ICAM (e, in via residuale, il carcere per le madri di prole di età compresa tra uno e tre anni) si riveli, alla luce della situazione concreta, inadeguata: perché incapace di assicurare i necessari livelli di assistenza che spettano alle gestanti, specie se in condizioni di particolare vulnerabilità; perché implicante uno sradicamento territoriale contrario alle esigenze rieducative della madre e lesivo dell'interesse dei minori alla continuità dei rapporti familiari, in particolare con l'altro genitore; perché foriera di effetti intollerabili, segnatamente sul piano dello sviluppo e del benessere psico-fisico dei bambini. La disponibilità della soluzione domiciliare, dunque,

¹²⁶ Sentencing Council, *Imposition of community and custodial sentences*, 1.9.2025 (reperibile in www.sentencingcouncil.org.uk).

¹²⁷ «*Offender presents a risk to any person; The seriousness of the offence means that appropriate punishment can only be achieved by immediate custody; History of poor compliance with court orders AND unlikely to comply in the future*»: *ibidem*.

¹²⁸ V. la stessa *Guideline* anche nel punto dove fa riferimento al fatto che «*Custody should not be imposed on an offender who is pregnant or within the postnatal period (within 12 months after giving birth) where the impact on the offender or dependants, including unborn children, would make a custodial sentence disproportionate to achieving the purposes of sentencing*».

¹²⁹ *Supra*, par. 3.2.1.

consente di riequilibrare lo sbilanciamento verso le esigenze di sicurezza determinato dalla clausola preclusiva, altresì ricomponendo l'altrimenti drastica violazione del principio del *best interest of the child*.

Al contempo, essa reindirizza la nuova disciplina entro l'orizzonte tracciato dall'art. 27 co. 3 Cost., tanto sul profilo della necessaria tensione rieducativa delle pene quanto sul profilo della loro corrispondenza al "senso di umanità".

Qui però occorre indugiare. Il reindirizzamento, come si è osservato, non è completo. Nei fatti, l'assenza di un domicilio idoneo comporta l'immane riepansione della soluzione intramuraria, nonostante la previsione giudiziale di conseguenze talmente dannose da apparire contrarie, vista la particolare vulnerabilità dei soggetti che le subiscono, al senso di umanità. Tale esito, per quanto possa essere contenuto accedendo all'interpretazione più restrittiva della formula contenuta nel co. 5 e impiegando una particolare accortezza nel giudizio di inidoneità del domicilio, non riesce a essere del tutto scongiurato¹³⁰.

Benché remota, l'ipotesi segna, a nostro avviso, un punto in cui la nuova disciplina valica il limite della compatibilità costituzionale.

Lo valica perché l'indirizzo politico del punire *nonostante* – se non *attraverso* – i bambini, financo ancora in grembo o appena nati, in spregio al più basilare indirizzo personalistico della Costituzione, trova qui fatale concretizzazione, venendosi in ultimo a scontrare con il divieto di trattamenti inumani, sancito dall'art. 27 co. 3 Cost., in consonanza con l'art. 3 Cedu¹³¹. E lo fa per mano di un giudice riluttante, costretto a prendere una decisione che provoca ripulsa. Il suo *senso di umanità*, plasmato dall'essere uomo o donna in un Paese democratico prima ancora che dall'essere giudice che risponde al quadro assiologico tracciato dalla storia e dal testo costituzionale, si

¹³⁰ Le esigenze di difesa sociale potrebbero essere effettivamente del grado più elevato; il domicilio potrebbe difettare del tutto o essere oggettivamente carente dei presupposti necessari allo svolgimento della misura, mancando, al contempo, la disponibilità di diverse soluzioni abitative prossime al luogo dove è radicato il contesto familiare.

¹³¹ Si ricorda come l'art. 3 Cedu, nel sancire «uno dei valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa» (C. eur., 1.9.2015, *Khlaifia c. Italia*), imposti un divieto di inflizione di sofferenze fisiche e psicologiche di particolare intensità; sofferenze che nei loro contenuti, alla luce sia delle caratteristiche oggettive della detenzione sia delle caratteristiche soggettive della persona detenuta, eccedano l'afflizione connaturata allo stato di privazione della libertà. Cfr. ad es. A. Della Bella, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti*, in *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, Milano 2018, 783 ss.

trova inaccettabilmente imbrigliato dalla *sensibilità politica* del momento¹³².

Ogni bilanciamento deve bloccarsi quando la sua soluzione, pur non irragionevole, abbia in concreto un impatto che supera il limite dell'umanità¹³³. Finché dunque, il giudice può decidere conformemente a tale limite, a noi pare che l'innovazione legislativa non sia censurabile. Al giudice che, invece, non sappia come evitare l'esito, trovandosi agghiacciato nello scadimento delle politiche punitive, starà di rinviare alla Corte costituzionale.

Partendo dalla premessa dell'astratta adottabilità della detenzione domiciliare e della sua parametrizzazione ai bisogni di gestanti e minori, quale esito di un'interpretazione costituzionalmente orientata, la censura potrebbe riguardare il co. 5 del novellato art. 147 Cost. nella parte in cui non consente al giudice di rinviare la pena laddove l'applicazione della misura alternativa in luogo dell'invio in ICAM o in un istituto penitenziario ordinario, pur in presenza di una situazione concreta incompatibile¹³⁴ con tali sistemazioni, non sia possibile per inidoneità del domicilio e non siano disponibili collocazioni abitative diverse. In primo piano, quali parametri costituzionali richiamabili, dovrebbero trovarsi l'art. 2 e l'art. 27 co. 3 Cost. (in uno con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 3 Cedu) tenendo presente come il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità debba considerarsi esteso alle conseguenze che la pena produce sui minori, terzi rispetto alla vicenda punitiva¹³⁵ ma necessariamente coinvolti nella pena, poiché dalla madre, alla luce dello stesso divieto,

¹³² Sul rischio di relativismo cui è sottoposto il principio di umanità, particolarmente condizionato «dalla condizione di benessere in cui si trova la società in un dato momento storico» e «dai livelli di sicurezza percepiti dai consociati come necessari a garantire quel benessere»: F. Cingari, *op. cit.*, 22.

¹³³ Si richiamano qui le fulgide parole di D. Pulitanò, *Minacciare e punire*, in *La pena, ancora*, cit., 26 s.: «Fra le indicazioni di principio che la nostra Costituzione dà sulla pena, c'è il divieto di *trattamenti contrari al senso di umanità*. [...] Siamo abituati a ragionare sulla pena in termini generali e astratti; l'ideologia giuridica riduce la giustizia del punire al giudizio del giudice, per così dire immunizzandola dalle conseguenze materiali. I principi costituzionali ammoniscono che questa scissione non può essere mantenuta [...]. La sostenibilità morale della pena detentiva [...] dipende anche dalle condizioni materiali dell'esecuzione. E chiama in causa il senso di umanità: un parametro aperto a valutazioni etico-sociali, che rinvia a concezioni dell'umano (di condizioni necessarie al rispetto della dignità di qualsiasi persona) coerenti con il modello di civiltà delineato dall'insieme dei principi dell'ordinamento».

¹³⁴ Il concetto di incompatibilità tra la pena e le condizioni legate alla maternità trova riscontro nel tessuto normativo all'art. 69 co. 4 l. 689/1981, laddove dispone che «[q]uando le condizioni di cui agli articoli 146 e 147 del codice penale *non sono compatibili* con la prosecuzione della prestazione lavorativa, il giudice che ha applicato il lavoro di pubblica utilità, nelle forme previste di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, dispone il rinvio dell'esecuzione della pena».

¹³⁵ Sulla valenza del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità anche per soggetti terzi rispetto alla vicenda punitiva, ma che sulla propria pelle scontano, in virtù dei legami con la persona condannata, le conseguenze fattuali della pena, dobbiamo rinviare a quanto argomentato in M. Galli, *op. cit.*, 454 ss.

non possono essere separati. Precisiamo, peraltro, che la censura dovrebbe a nostro avviso rivolgersi indifferentemente alle situazioni di cui al n. 3, prima sottoposte a rinvio obbligatorio, quanto a quelle di cui al n. 3-bis: l'afflato dell'umanità non cessa di spirare quando i minori abbiano superato l'anno di età.

L'eventuale censura avrebbe lo svantaggio di lasciare aperta la vicenda esecutiva, procrastinando il fine pena: risultato indesiderabile tanto per le madri quanto per i loro figli. Lo svantaggio potrebbe essere ridimensionato qualora lo Stato mettesse a disposizione soluzioni abitative alternative idonee, finalmente investendo nelle case-famiglia protette¹³⁶ o anche, ad esempio, semplicemente destinando fondi per il pagamento di alloggi in affitto; ovvero, almeno per i casi meno problematici, investisse nella distribuzione capillare degli ICAM e nella loro piena rispondenza alle esigenze delle condannate ospiti e dei bambini, così come nei servizi assistenziali in istituto. Una strada, questa, che la Corte costituzionale potrebbe tracciare e financo idealmente prediligere, nel senso di inviare un monito al legislatore: se solo questo valesse a qualcosa e, soprattutto, se solo a trovarsi nel frattempo in carcere non fossero delle donne in gravidanza e dei bambini nell'età più tenera¹³⁷.

Ci piace concludere ricordando come nella Sala delle Udienze del Palazzo della Consulta, la c.d. Sala Gialla, campeggia il dipinto di una madre che allatta al seno il proprio bambino: simbolo universale che unisce tutto il popolo nel valore dell'umanità, non a caso collocato proprio alle spalle dei Giudici.

¹³⁶ Si ricorda come obiettivo di fondo della proposta di legge d'iniziativa dei deputati Siani e altri (già citata) fosse proprio quello di potenziare il ricorso alle case-famiglia protette nei casi di indisponibilità di un domicilio, abrogando quella disposizione (art. 4 co. 2) della l. 21.4.2011 n. 62 che, nell'indicare queste strutture come luogo equiparabile alla "propria abitazione" (artt. 284 Cpp, e 47-ter e -quinquies Op), precisa che la loro istituzione debba avvenire «senza oneri per lo Stato».

¹³⁷ Il coinvolgimento di minori rende a nostro avviso del tutto insufficienti le soluzioni rimediali di tipo compensativo e risarcitorio previste all'art. 35-ter co. 2 Op, consistenti in uno sconto di pena di un giorno per ogni dieci di pena già eseguita e il risarcimento del danno nella misura di 8 euro per ciascuna giornata di inumana detenzione. Tali rimedi, introdotti mediante il d.l. 26.6.2014 n. 92, conv. l. 11.8.2014 n. 117 a seguito della sentenza "Torreggiani" (C. eur. 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia*) e a seguito validati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso "Stella" (C. eur. 16.9.2014, *Stella c. Italia*), pur riguardando ogni situazione di detenzione inumana ai sensi dell'art. 3 Cedu, sono profilate sul caso del sovraffollamento e si rivolgono essenzialmente alla persona condannata.