

Rivedere l'esecuzione penale nei confronti delle detenute madri?

di *Marco Patarnello*

Nell'articolazione delle nuove frontiere della repressione penale, il pendolo dell'esecuzione penale femminile si avvia a battere un tocco nella direzione opposta a quella percorsa negli ultimi decenni. E non è un tocco marginale, visto che coinvolge financo la condizione di gravidanza e maternità. Se, probabilmente, il tema della genitorialità – fra maschile e femminile – merita una rilettura alla luce dei cambiamenti sociali e di genere, la chiave dell'intervento proposto non sembra legata a una rivisitazione degli equilibri di genere nell'esecuzione penale, ma a un'istanza punitiva e securitaria piuttosto istintiva.

1. Sommaria illustrazione dell'attuale disciplina / 2. Bilancio dell'esperienza attuale: criticità e punti di forza / 3. Descrizione dell'intervento normativo proposto / 4. Obiettivi e criticità dell'intervento / 5. Considerazioni conclusive

1. Sommaria illustrazione dell'attuale disciplina

Attualmente gli istituti dell'esecuzione penale a tutela della maternità, della genitorialità e delle detenute madri sono consolidati su un assetto che credo sia giusto definire avanzato, maturato nel corso degli anni attraverso numerose e importanti riforme normative, ma anche attraverso numerose e importanti pronunce della Corte costituzionale. Vale la pena descriverlo sommariamente per avere un quadro di insieme che ci consenta di collocare l'intervento normativo proposto dalla attuale maggioranza nella dimensione che gli è propria.

Per grandi linee, possiamo individuare tre segmenti di tutela di questo insieme di interessi e diritti, tenendo a mente che la prospettiva di tutela in cui questi istituti si collocano è legata, essenzialmente, agli interessi della prole e non del soggetto raggiunto da condanna.

1.1. Un primo fronte è costituito dalla possibilità di differire l'esecuzione della pena per le donne in

gravidanza o per le madri di prole di età inferiore a tre anni. Queste possibilità sono regolate dagli artt. 146 e 147 del codice penale, i quali si occupano, rispettivamente, del rinvio cd. "obbligatorio" e del rinvio cd. "facoltativo" della pena.

Per il nostro ordinamento attuale, le donne incinte o le madri di prole di età inferiore ad un anno hanno diritto al rinvio obbligatorio della pena detentiva fino al compimento di un anno di vita della prole (art. 146, comma 1, nn. 1 e 2, cp).

La pena detentiva "può", invece, essere differita se si tratta di madri di prole di età inferiore a tre anni.

In entrambi i casi, il differimento della pena può essere disposto *tout court*, oppure sotto forma di detenzione domiciliare (art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit.). Ma sembra utile segnalare sin da ora la problematica applicazione di un differimento obbligatorio della pena, cui l'autorità giudiziaria può discrezionalmente assegnare una declinazione detentiva domiciliare.

La legge non regola in modo esplicito le condizioni di esercizio di questa discrezionalità nella scelta fra differimento cd. "secco" e differimento sotto forma di

detenzione domiciliare, né per il caso di differimento obbligatorio, né per il caso di differimento facoltativo, mentre regola le condizioni di esercizio della discrezionalità legata al differimento “facoltativo” – previsto per il caso di prole fino a tre anni di età – legandola al concreto pericolo di commissione di delitti.

Il silenzio del Legislatore sul primo aspetto (scelta fra differimento “secco” o in detenzione domiciliare) e la formula altamente potestativa utilizzata sul secondo (concessione o meno, del differimento facoltativo), sembrano funzionali a un esercizio assai discrezionale di queste scelte, collegate con le esigenze di tutela della collettività valutate sulla base della pericolosità della condannata, quanto meno per ciò che riguarda il differimento facoltativo. Più controversa la natura della discrezionalità legata alla scelta del differimento “obbligatorio” in detenzione domiciliare; secondo alcuni si tratterebbe di un istituto previsto solo “in favore” della condannata e, dunque, esercitabile solo a richiesta, ma è doveroso segnalare che non è questo l’assetto concretamente assunto da questo istituto, che invece la giurisprudenza vede comunque legato al bilancio di pericolosità che caratterizza il soggetto, con tutta una serie di problematiche applicative di cui vedremo più avanti.

1.2. Un secondo fronte è legato alla possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione in carcere e, in particolare, alla detenzione domiciliare. Su questo terreno il percorso è stato ricco di interventi legislativi e di pronunce della Corte costituzionale, pervenendo ad un assetto certamente aperto e avanzato. La materia è regolata da due norme di particolare rilevanza: l’art. 47-ter, comma 1, lett. a, e l’art. 47-quinquies dell’ordinamento penitenziario. Si tratta di due ipotesi di detenzione domiciliare che potremmo definire mirate a tutela della maternità e della genitorialità, parzialmente sovrapponibili.

In estrema sintesi, l’47-ter, comma 1, lett. a, prevede che le pene detentive da eseguire in misura inferiore a quattro anni possano eseguirsi presso un luogo di privata dimora – o presso un luogo di cura, assistenza o accoglienza, o presso case-famiglia – quando si tratti di donne incinte o madri di prole di età inferiore a dieci anni, con loro convivente. Si tratta di una norma applicabile, tuttavia, alle sole condannate “comuni” e non per reati “ostativi”, vale a dire nei confronti di condannate per delitti non ricadenti nel catalogo di cui all’art. 4-bis ord. penit. È utile segnalare che *a tale beneficio può essere ammesso anche il padre esercente la potestà genitoriale, solo se la madre sia deceduta o comunque impossibilitata a fornire assistenza alla prole.*

Assai più pregnante la disciplina prevista dall’art. 47-quinquies, denominata «detenzione domicilia-

re speciale», pensata specificamente per tutelare le detenute madri di prole di età inferiore a dieci anni. Questa norma – introdotta nel 2001 e integrata nel 2011 – nel suo attuale assetto è frutto anche di numerose pronunce della Corte costituzionale, che ne hanno arricchito in misura consistente gli spazi applicativi. Oggi si può affermare che – se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e vi sia la possibilità di ricostituire la convivenza con la prole – questo beneficio consenta l’accesso alla detenzione domiciliare per le detenute madri sostanzialmente senza limiti di pena e senza limiti legati alla natura dei reati commessi. Possono, dunque, goderne anche le condannate per reati di mafia o comunque ricadenti nel catalogo di cui all’art. 4-bis ord. penit. E possono goderne anche in caso di condanna all’ergastolo, se abbiano scontato almeno quindici anni di reclusione. L’unica condizione di accesso è legata all’aver già espiato almeno un terzo della pena da eseguire, ma anche tale limite è, in realtà, solo apparente, atteso che anche questo terzo di pena può essere scontato presso istituti di custodia attenuata o presso l’abitazione – o altre strutture – in detenzione domiciliare, se non si tratta di eseguire condanne per delitti ricadenti nel catalogo dell’art. 4-bis cit. e se non vi è un concreto pericolo di fuga o di reiterazione dei reati. Ma è giusto segnalare che anche la limitazione legata ai reati di cui all’art. 4-bis è da ritenere superata, anche in relazione all’espiazione preventiva di un terzo della pena, in forza dell’intervento della Corte costituzionale (sent. n. 76/2017) e dell’applicazione che l’istituto ha avuto a seguito del medesimo. È altresì doveroso segnalare che la Corte costituzionale ne ha esteso l’applicazione anche ai casi di prole di età superiore ai dieci anni, se affetta da *handicap* grave, ritualmente accertato ai sensi dell’art. 3, comma 3 della legge n. 104/1992 (sent. n. 18/2020). Anche in questo caso, *le condizioni di accesso a questa tipologia di misura da parte del padre sono assai diverse e limitate all’ipotesi in cui la madre sia deceduta o comunque impossibilitata e non vi sia alcun modo di affidare la prole ad altri.*

1.3. Un terzo segmento di tutela della maternità è costituito dagli istituti applicabili alle detenute in carcere, in costanza di detenzione. Si tratta della possibilità di assistenza all’esterno dei figli di età inferiore a dieci anni e della possibilità di visita al minore infermo, disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 21-bis e 21-ter ord. penit.

L’assistenza all’esterno dei figli minori consente alle condannate e internate di provvedere alla cura e all’assistenza – all’esterno dell’istituto di pena – dei figli di età inferiore ai dieci anni, secondo le modalità e le regole previste dall’art. 21 ord. penit. per il

lavoro all'esterno, ma senza i limiti legati ai titoli della condanna, derivanti dall'art. 4-bis ord. penit. (Corte cost., sent. n. 174/2018). Giova segnalare che, *anche per questo beneficio, l'accesso può essere concesso anche al padre detenuto, solo se la madre è deceduta o comunque impossibilitata a fornire l'assistenza e non vi sia la possibilità di affidare la prole ad altri che alle cure del padre.*

Indubbiamente meno pregnante, l'art. 21-ter ord. penit. consente, invece, la visita al figlio minore in pericolo di vita o in gravi condizioni di salute – o affetto da *handicap* grave ritualmente accertato – da parte della madre o *del padre (stavolta in situazione di parità)*. Ma consente anche, alla madre di prole di età inferiore a dieci anni – o di un figlio affetto da *handicap* grave ritualmente accertato – di poter essere autorizzata a recarsi (con le cautele del caso) a partecipare ed assistere il figlio in occasione di visite specialistiche per gravi situazioni di salute. *Quest'ultimo istituto è accessibile anche per il padre, solo qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.*

2. Bilancio dell'esperienza attuale: criticità e punti di forza

Per un bilancio dell'attuale tessuto normativo, appena sintetizzato, può essere utile ricordare i dati rilevati e aggiornati al 28 febbraio 2024 (fonte: Min. giustizia), relativi alla presenza in carcere di detenute madri e di figli al seguito, non senza ricordare che, fino al compimento del terzo anno di vita dei figli, alle detenute è consentito tenere con sé i figli in istituto, durante l'esecuzione della pena: a tale data risultavano ristrette negli istituti di pena italiani complessivamente 14 detenute con figli al seguito (di cui: 6 detenute italiane e 8 straniere), a fronte di 2729 donne recluse in carcere, quale parte di un monte complessivo pari a 62.165 persone detenute (pari a una percentuale di circa il 4,3% dell'intera popolazione detenuta).

Sullo sfondo di un dato statistico che conserva una tutt'ora inspiegata sproporzione nel rapporto uomini/donne nell'ambito detentivo, è agevole constatare l'esiguità del dato numerico di bambini presenti in istituti di pena e di madri detenute con prole di età inferiore a tre anni al seguito, sebbene difettino alcune informazioni necessarie per una valutazione non superficiale: non conosciamo il dato numerico di quanti bambini presenti in carcere abbiano meno di un anno, né quello delle donne in detenzione domiciliare per ragioni legate alla maternità (il dato non sembra oggetto di rilevazione); ed è bene, anche, segnalare che il dato relativo alle detenute con prole di

età inferiore a tre anni rivela solo una parte del fenomeno, poiché non tutte le donne (e forse neppure la maggioranza) sceglie di portare con sé i figli in istituto durante l'espiazione della pena.

Punto di arrivo di un percorso lungo e non privo di ostacoli, sembra di poter constatare che la normativa italiana sia effettivamente orientata verso un'esecuzione penale attenta alle problematiche della maternità. Gli istituti normativi descritti mettono effettivamente al centro gli interessi della prole, rispetto alla naturale aspettativa di conservare un rapporto effettivo e stretto con la madre, ancorché sottoposta all'esecuzione penale.

Tale risultato è il frutto di un notevole investimento sull'esercizio di un'ampissima discrezionalità assegnata alla magistratura di sorveglianza – tanto dal Legislatore quanto dalla Corte costituzionale – nel governare le leve di questo intervento, sostanzialmente rimuovendo ogni ostacolo legato all'entità della pena e alla gravità o alla natura dei reati. Con l'eccezione (o la peculiarità) del segmento di differimento “obbligatorio” della pena, legato alla condizione di gravidanza o di maternità di prole di età inferiore ad un anno, rispetto alla quale l'attuale assetto normativo sembra escludere qualsiasi spazio valutativo, salvo quello legato al differimento nella forma detentiva domiciliare.

D'altro canto, non è fuori di luogo osservare che la disciplina attuale mette al centro una visione della genitorialità pressoché interamente legata al rapporto madre-figlio, relegando l'uomo, se non al di fuori, certamente in una posizione marginale ed eccezionale nell'estrinsecazione del proprio ruolo di padre e, in fondo, legando ancora una volta la donna alla sua dimensione di madre. Non è un caso che la questione (che non risulta ancora decisa) sia stata di recente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale dal Tribunale di sorveglianza di Bologna.

3. Descrizione dell'intervento normativo proposto

È su questo – assai sintetizzato – panorama che va calato l'intervento normativo proposto dalla maggioranza di governo con il ddl AC 1660 (cd. “decreto sicurezza”), il quale si propone di incidere “solo” sul cd. Differimento – obbligatorio e facoltativo – della pena, attualmente disciplinato dagli artt. 146 e 147 cp, lasciando immutati tutti gli altri istituti descritti *sub 1*.

In particolare, vengono abrogati i nn. 1 e 2 dell'art. 146 cp e, conseguentemente, vengono abrogate anche le disposizioni del secondo comma dell'articolo, deputate a disciplinare le conseguenze di un'eventuale

interruzione della gravidanza o di decadimento dalla potestà genitoriale o di morte o abbandono del figlio.

In sostanza, sono eliminate le ipotesi di rinvio cd. "obbligatorio" della pena, attualmente legate alla condizione di gravidanza e di maternità di prole di età inferiore ad un anno (art. 146, comma 1, nn. 1 e 2, cp). Queste condizioni vengono inserite all'interno dell'art. 147 cp e trasformate in ipotesi di rinvio cd. "facoltativo", mediante modifica del n. 3 e inserimento di un n. 3-bis al primo comma dell'art. 147 cp.

Si propone altresì di integrare il terzo comma della norma, aggiungendo alle odierni ipotesi di revoca del differimento facoltativo (previste nel caso di decaduta dalla responsabilità genitoriale, morte del figlio, abbandono da parte della madre o affidamento a terzi) anche l'eventualità che la madre ponga in essere comportamenti che causino «grave pregiudizio alla crescita del minore».

Ma soprattutto viene introdotto un quinto comma, il quale stabilisce che la pena non può essere differita se dal rinvio derivi una situazione di pericolo, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti; in tal caso, se si tratta di un rinvio per la tutela della prole di età inferiore a tre anni, l'esecuzione può avere luogo presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, mentre, se si tratta di tutelare la condizione di gravidanza o la prole di età inferiore ad un anno, l'esecuzione della pena dovrà avere luogo comunque presso uno dei detti istituti a custodia attenuata e non in carcere.

4. Obiettivi e criticità dell'intervento

L'obiettivo delle modifiche proposte sembra piuttosto evidente: eliminare i casi di differimento obbligatorio per assegnare all'autorità giudiziaria una possibilità di controllo, valutazione e bilanciamento dei diversi valori in gioco.

Il presupposto culturale di tale nuovo assetto è che il sano percorso di sviluppo e crescita della prole sia un interesse sottoponibile a un bilanciamento con le esigenze di sicurezza pubblica, anche di fronte a una condizione di gravidanza o a fronte di prole con meno di un anno di età.

Oltre, personalmente non sono pregiudizialmente ostile alla esplicitazione di tale principio. Ritengo, cioè, concretamente ipotizzabili esigenze di sicurezza pubblica suscettibili di prevalenza, se legate al pericolo di eccezionale rilevanza circa la commissione – non di qualsiasi tipo di delitti, bensì – di delitti di elevatissima gravità (penso, in particolare, ai delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit.).

Non è, però, questo il segmento criminale per il quale sembra immaginata la modifica proposta.

Deve comunque segnalarsi che anche l'assetto attuale, pur nella sua apparente perentorietà, quanto meno nella sua declinazione giurisprudenziale non esclude affatto che possano essere considerate eccezionali esigenze di sicurezza pubblica, laddove prevede la possibilità che il differimento della pena possa essere disposto sotto forma di detenzione domiciliare, quasi smentendo la natura "obbligatoria" del differimento. A questo proposito, è bene ricordare che nella casistica giudiziaria di sorveglianza sono agevolmente rinvenibili provvedimenti che, in mancanza di un'ideale soluzione abitativa, non abbiano accolto l'istanza di differimento – pur "obbligatorio" – della pena, a fronte di profili devianti estremamente radicati o pressoché "incontenibili", quanto alla reiterazione di reati.

L'odierno assetto, tuttavia, da questo punto di vista presenta talune criticità, cui accennavo *sub 1.1*.

Se, infatti, si parte dal presupposto che di fronte alla condizione di gravidanza e di prole con meno di un anno di età non si possa ipotizzare alcuna eventualità meritevole di prevalere sull'interesse della maternità, *nulla quaestio*: vi è una scelta chiara ed assoluta, pur a fronte di esigenze collettive di eccezionale rilievo e a fronte di personalità criminali di qualsiasi spessore.

Se, invece, l'assolutezza di questa prevalenza viene messa in discussione, occorre interrogarsi sulla effettiva idoneità della trama normativa. Attualmente, in presenza di una disponibilità abitativa, la collocazione in detenzione domiciliare come forma di differimento "obbligatorio" della pena si rivela uno strumento del tutto incapace di gestire situazioni di eccezionale pericolosità, atteso che qualsiasi violazione risulta sostanzialmente priva di sanzioni e di conseguenze, a meno che non intervenga un'autonoma misura cautelare.

Deve ritenersi, quindi, che oggi l'assetto normativo non consente alcuna possibilità di contenimento di situazioni di pericolosità davvero elevata. D'altro canto, l'esperienza concreta nel settore della sorveglianza insegna che il verificarsi di un tale quadro di pericolo sia effettivamente raro, se non eccezionale, a meno di immaginarlo legato esclusivamente al mondo della cultura *Rom* e poco altro, mondo che, tuttavia, raramente è coinvolto in dinamiche mafiose o di eccezionale gravità dei reati.

L'intervento proposto nel disegno di legge, dunque, rivendica la possibilità di considerare esigenze di sicurezza di eccezionale rilevanza e sembra volersi confrontare con l'esigenza di uno strumento suscettibile di affidare alla magistratura di sorveglianza una discrezionalità effettivamente praticabile e non puramente teorica. Per come formulato, però, esso proietta concretamente tale prospettiva verso il circoscritto orizzonte della sola marginalità sociale e del mondo *Rom*.

A fronte di una disciplina indubbiamente capace di evocare un “rigore” socialmente assai “mirato”, sembra utile segnalare che la normativa proposta – nell’equiparare le attuali ipotesi di differimento “obbligatorio” e “facoltativo” rendendole tutte “facoltative” – ha comunque prescritto che, per tutte le ipotesi, il rinvio dell’esecuzione deve presupporre l’assenza di un pericolo di eccezionale rilevanza della commissione di ulteriori delitti. A questo proposito, è utile ricordare che l’attuale formula normativa prevista per il differimento “facoltativo” dall’art. 147 cp stabilisce che la concessione del rinvio dell’esecuzione sia subordinata al semplice «concreto pericolo della commissione di delitti», presupposto certamente più ampio e, quindi, suscettibile di offrire un filtro ben più rigoroso. Si vuole dire che se, da un lato, la trama normativa proposta dal ddl risulta particolarmente rigorosa e “dura” con riferimento alle attuali ipotesi di differimento obbligatorio, a ben vedere essa si rivelà, invece, più “aperta” rispetto all’attuale regolazione del differimento “facoltativo”.

Giova ancora sottolineare che il ddl propone, altresì, di introdurre un’inedita ipotesi di revoca del rinvio eventualmente concesso, legandola all’ipotesi che la condannata ponga in essere «comportamenti che causano un grave pregiudizio alla crescita del minore».

L’inserimento appare, per un verso, inutile e, per altro verso, eccentrico. Inutile, in quanto la collocazione del differimento nell’ambito della facoltà e non dell’obbligo consegna alla magistratura di sorveglianza le leve di una discrezionalità che slegherebbe comunque la possibilità di revoca dalla limitata casistica prevista dall’attuale normativa di cui al secondo comma dell’art. 146 cp. Eccentrica, in quanto assegna alla magistratura di sorveglianza un parametro di controllo legato alla qualità del ruolo materno, di impalpabile contenuto, estraneo alle competenze specifiche di questo segmento giudiziario e proprio, semmai, di altre articolazioni.

Ancora, è giusto segnalare che – in caso di entrata in vigore della disciplina proposta – l’eventualità di un pericolo di eccezionale rilevanza di commissione di delitti per le donne in gravidanza o madri di prole inferiore ad un anno non consentirebbe, comunque, la ordinaria detenzione in carcere, ma solo la colloca-

zione presso un istituto a custodia cd. “attenuata” per detenute madri (ICAM).

5. Considerazioni conclusive

Occorre, a questo punto, sottolineare che l’intervento proposto non abroga né modifica gli altri benefici previsti a tutela della genitorialità. Ne consegue che, pur a seguito dei cambiamenti proposti, permanerebbe la possibilità di praticare i medesimi spazi attualmente vigenti per conseguire la detenzione domiciliare “speciale” o qualsiasi diverso istituto attualmente in vigore, diverso dal differimento della pena.

Resta, invece, interamente inesplorato e non affrontato il tema legato ai diversi assetti maturati all’interno delle relazioni di genere nel corso di questi anni, nell’ambito di tutti gli altri segmenti della vita sociale diversi dall’esecuzione penale.

In una società che con determinazione persegue la piena equiparazione di genere e l’eliminazione di qualsiasi stereotipo legato alla distinzione maschile/femminile, come si declina la tutela della genitorialità e della prole nella dimensione dell’esecuzione penale? È, infatti, del tutto evidente che, se quello maschile non è il sesso della dimensione “esterna” alla vita familiare, quello femminile non è il sesso della dimensione “interna”, quanto meno una volta cessate le esigenze legate all’allattamento.

Esiste, dunque, uno spazio per il ruolo di padre, per un condannato? E quale?

Resta, in definitiva, irrisolto – ad avviso di chi scrive – l’interrogativo circa il perimetro dei pregiudizi che caratterizza questo settore: l’uomo non è adatto alla cura dei figli? La donna è meno pericolosa dell’uomo? La prole ha più bisogno della madre, piuttosto che del padre?

Sarà interessante conoscere la risposta che la Corte costituzionale offrirà almeno a una parte di questi interrogativi, a seguito della questione di legittimità sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Bologna, tutt’ora pendente. Sembra, tuttavia, di poter osservare che questa risposta avverrà, ancora una volta, nella sostanziale assenza di una maturazione interna al circuito culturale e politico del Paese.