

La tutela del rapporto genitoriale tra i padri detenuti in custodia cautelare e i figli minori: profili di illegittimità costituzionale.

di *Maria Teresa Zampogna e Lorenzo Nicolò Meazza*

Nel nostro ordinamento è presente un'evidente e stridente disparità di trattamento, costituzionalmente illegittima, basata sul sesso del genitore condannato detenuto o cautelatamente ristretto, a danno dell'interesse dei figli minori.

I profili di illegittimità riguardano la violazione del principio di eguaglianza tra lo *status* di detenuto padre e quello di detenuta madre disciplinato dal Codice di Procedura Penale (artt. 275, c.4, e 285 *bis* c.p.p.) e dalla L. 26.7.1975, n.354, Ordinamento Penitenziario, (artt. 21 *bis*, 21 *ter*, 47 *ter* e 47 *quinquies* O.P.), così come modificati da interventi legislativi a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori (L. 8.3.2001, n.40 e L. 21.4.2011, n.62).

In particolare, riguardo al **padre ristretto in custodia cautelare**, l'attuale versione del primo periodo del comma 4 dell'art. 275 c.p.p. (disposizione che, in generale, disciplina i criteri di scelta delle misure che devono muovere il giudice al momento dell'inflizione di un provvedimento cautelare restrittivo della libertà personale), così statuisce: *“Quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero **padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza (...)**”*¹.

La *ratio* di tale normativa di favore nei confronti dei genitori, *ex art. 275, c.4, c.p.p.* è da ravvisarsi nella necessità *“di salvaguardare l'integrità psicofisica di soggetti diversi dalla persona da assoggettare a custodia in carcere, nella consapevolezza dei gravi effetti che le mutazioni del rapporto affettivo (...) possono provocare su soggetti in tenera età”* (Bresciani, *sub art. 5 L. 332/95*, in LP, 1995, 630). Il legislatore ha inteso tutelare l'integrità psico-fisica dei figli in tenera età, garantendo loro l'assistenza da parte dei genitori in un momento particolarmente significativo e qualificante della loro formazione fisica e, soprattutto psichica, qual è quella fino ai sei anni di età.

La medesima *ratio* si rinviene anche nella normativa prevista dall'Ordinamento Penitenziario, relativa ai genitori condannati definitivi (artt. 47 *ter* e 47 *quinquies*

¹ Comma prima sostituito dall'art. 1, c.1 *bis*, D.L. 9.9.1991, n.292 e dall'art. 5, L. 8.8.1995, n.332, poi modificato dall'art. 1, L. 12.7.1999, n.231 e, infine, così sostituito dall'art. 1, c.1, L. 21.4.2011, n. 62.

O.P.), seppur in tal caso l'età del figlio minore da tutelare è aumentata ad anni dieci, secondo una scelta del legislatore ritenuta discutibilmente ragionevole dalla Consulta, in quanto lo *status* di "detenuto" e quello di "cautelatamente ristretto" sono portatori di **pesi diversi nel giudizio di bilanciamento** tra l'interesse del minore e le esigenze di difesa sociale: *"se l'interesse del minore resta sempre uguale a se stesso, mutano invece profondamente, a seconda del titolo di detenzione, le esigenze di difesa sociale"* (Corte Cost. 24.1.17, ud. del 7.12.16, n.17).

Con tale sentenza, il Giudice delle leggi ha valutato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, c. 4, c.p.p., sollevata dal Tribunale di Roma con ordinanza 11.11.2015, *"nella parte in cui essa prevede che non possa essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole solo di età non superiore a sei anni"*, lamentando la supposta violazione degli artt. 3, 13, 24, 31 e 111 della Costituzione. In particolare, il problema scaturisce laddove, al compimento del sesto anno di età, *"sussisterebbe l'obbligo di ripristinare la custodia cautelare, senza alcuna possibilità di apprezzare la particolare condizione della minore"*.

La Consulta ha considerato come la *ratio* della norma censurata risieda nella necessità di salvaguardare l'integrità psicofisica della prole di età inferiore ai sei anni, garantendo l'assistenza di almeno un genitore in un momento significativo dello sviluppo. Il limite d'età imposto dalla legge sarebbe, quindi, il frutto di un giudizio valoriale del legislatore, andato modulandosi nel corso del tempo, in funzione della crescente sensibilità dimostrata verso la tutela dei diritti dei minori². *"La scelta legislativa appare non irragionevolmente giustificata dalla considerazione che tale età (i sei anni) coincide con l'assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e dunque, con l'inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre"* (Andolfatto, Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della corte costituzionale sull'art. 275, comma iv, c.p.p., in *Diritto Penale Contemporaneo web*, 2017).

Il prescritto divieto di custodia cautelare in carcere è disposto a favore della donna incinta o della madre convivente con figlio di età non superiore ai sei anni, mentre per il padre tale preclusione sussiste solo in casi davvero limitati, ossia qualora la madre sia deceduta o **assolutamente** impossibilitata a dare assistenza alla prole.

² Si pensi che la formulazione originaria dell'art. 275, c.4, c.p.p. disponeva un regime eccezionale di favore per *"persona incinta o che allatta la propria prole"*; mentre successivamente si è estesa la garanzia anche a genitore di figlio fino agli anni tre (L. 332/1995) e poi fino agli anni sei (L. 62/2011).

A fronte di rare aperture³, la giurisprudenza, invero, risulta porsi in maniera decisamente restrittiva nei confronti del padre, arrivando a riconoscere l'applicabilità di tale normativa di favore in un numero davvero limitato di ipotesi estreme, non considerando come "assoluta" impossibilità l'attività lavorativa o la malattia della madre, al punto da chiedersi a quali casi facesse riferimento il legislatore quando ha redatto la norma: madre incapace di intendere e di volere o privata della responsabilità genitoriale?⁴

Si ravvisa una irragionevole disparità di trattamento prevista dall'art. 275, c.4, c.p.p., riservata a padre e madre con figli inferiori ad anni 6, consistente in una illegittima ed incostituzionale discriminazione sulla base del sesso del genitore, in violazione del principio di eguaglianza.

Tale norma, difatti, non può considerarsi quale privilegio alla madre rispetto al padre, configurandosi, al contrario, come una netta esclusione del padre rispetto a benefici che non sono previsti a favore dello stesso, bensì nell'interesse del minore, come da espressa *ratio* della disposizione citata.

³ Da segnalare: *"In tema di misure cautelari personali, il mantenimento della misura della custodia cautelare in carcere nei confronti dell'indagato padre di prole infratreenne, sussistendo l'impossibilità della madre di prestare assistenza al minore per impedimento dovuto alle proprie condizioni di salute, non può essere giustificato avendo riguardo alla presenza di altri familiari o di strutture assistenziali, in quanto ad essi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva, considerato che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, la cui infungibilità deve, pertanto, fin dove è possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia. (Annulla con rinvio, Trib. lib. Napoli, 13 Luglio 2007)"* (Cass. Pen., Sez. IV, 19.11.04, Roccaro; Cass. Pen., Sez. V, 9.11.07, Verde).

⁴ Tra le varie pronunce restrittive: *"In tema di misure cautelari personali, non è censurabile, in sede di legittimità, la decisione con cui il giudice di appello escluda, con motivazione idonea e pertinente, la gravità dell'impedimento richiesto dall'art. 275, comma quarto, cod. proc. pen., - ai fini dell'operatività del divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti dell'imputato padre di prole infratreenne - considerato che l'attività di lavoro svolta dalla madre non costituisce di per sé ostacolo tale da impedirle di attendere alla cura del minore, anche con l'eventuale aiuto di familiari disponibili o con il ricorso a strutture pubbliche abilitate. (Rigetta, Trib. lib. Palermo, 11 Gennaio 2006)"* (Cass. pen. Sez. V, 26.4.2006, n. 33850, in Riv. Pen., 2007, 9, 932.); *"In tema di misure cautelari personali, anche in assenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, non sussiste il divieto della custodia cautelare in carcere previsto dall'art. 275, quarto comma, c.p.p. nei confronti dell'imputato padre di prole in età inferiore ai tre anni, allorché l'impossibilità di prestare ad essa assistenza da parte della madre non si presenti come assoluta. (Nella specie, relativa ad istanza di sostituzione della custodia in carcere con la meno afflittiva misura degli arresti domiciliari, presentata dal padre di bambina in età infantile per consentire l'attività lavorativa alla madre, la Corte ha ritenuto correttamente motivato il provvedimento di merito di rigetto dell'istanza, fondato sul rilievo della possibilità di ricorrere all'alternativa, in assenza di congiunti disponibili, di strutture pubbliche)"* (Cass. pen. Sez. II, 14.10.2003, n. 47073, in Riv. Pen., 2004, 1138).

L'incostituzionalità manifesta di tale discriminazione è, inoltre, tanto più evidente se si pensi non solo al contesto di diritto comunitario, ma anche rispetto al diritto vivente ed alle importanti riforme che il nostro legislatore ha apportato in materia di diritto di famiglia e non solo, che hanno portato a una completa equiparazione dei genitori a tutela dello sviluppo del minore. Equiparazione che non può affatto essere ridotta, in contrasto con i diritti della famiglia e delle pari opportunità, a una distinzione fondata meramente sull'allattamento al seno (carattere distintivo utilizzato illegittimamente in pronunce di merito per escludere l'applicabilità della norma di favore al padre).

Quanto al diritto di famiglia, la **nuova disciplina dell'affidamento condiviso** (D.lgs 28 dicembre 2013, n. 154 "*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*"), difatti, ha statuito il principio cardine della bigenitorialità, intesa quale diritto del figlio ad un rapporto completo e stabile non con uno, ma con entrambi i genitori e ciò anche laddove la famiglia attraversi una fase patologica, con conseguente disgregazione del legame sentimentale e talvolta anche giuridico tra i genitori conviventi.

Anche il **diritto del lavoro** si è adeguato a tale parificazione di disciplina tra il padre e la madre. Se le prime disposizioni normative in materia di congedo parentale riguardavano esclusivamente la madre (L. 1204/1971 e L. 903/1977), già dalla legge 8 marzo 2000, n.53 è stata introdotta la possibilità di godere del congedo parentale anche a favore del padre. Innovazione mantenuta anche con il successivo D.Lgs. 26 marzo 2001, n.151, che ha ridisciplinato la materia, dall'eloquente titolo di "*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*".

In tempi più recenti, i diritti a favore del minore riconosciuti al padre, per giungere ad una sempre maggiore parificazione tra i sessi, si sono affermati anche attraverso un primo riconoscimento di un autonomo **congedo paterno**, prevedendone due speciali forme, obbligatoria e facoltativa (legge c.d. Fornero 92/2012). La legge di stabilità 2016 ha poi aumentato il numero di giorni di congedo obbligatorio e la successiva legge di stabilità 2017 ha previsto per il 2018 ulteriori giorni di congedo obbligatorio. Si noti bene, tale congedo è previsto in via del tutto autonoma a favore del padre, ulteriormente al congedo parentale in sostituzione di maternità.

Il ruolo del padre nella famiglia, nell'Italia del 2017, è profondamente mutato ed i suoi diritti nei confronti dei figli - soprattutto nell'interesse specifico dei minori - sono diventati autonomi e di importanza a sé stante rispetto a quelli della madre. Se tale rivoluzione si è verificata in settori peculiari quali il diritto di famiglia e il diritto del lavoro, in ossequio ai principi costituzionali delle pari opportunità dei genitori (il cui ruolo è indifferenziato nell'art. 30 della nostra Carta fondamentale),

non può non vedersi come una conseguente ricaduta si dovrà avere anche nell'ambito del diritto processual-penalistico.

In tale campo, infatti, il legislatore non è stato del tutto sordo rispetto a tali esigenze, in particolare a questa nuova concezione del ruolo del padre nell'assistenza e nella crescita dei figli. Tra i lavori parlamentari che hanno condotto alla legge 21 aprile 2011, n.62, *“Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori”*, che ha modificato l'art. 275, c.4 c.p.p., si evidenzia il Parere della I Commissione Permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni), ove si legge: *“i benefici previsti dal provvedimento spettano al padre in taluni casi solo a condizione che la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole e in altri casi spettano solo alla madre; appare necessario valutare tali disposizioni alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha sempre riconosciuto l'importanza del contributo paterno allo sviluppo armonico della personalità dei minori; in particolare, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, esiste un principio di «paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi» (sentenze n. 341 del 1991, n. 179 del 1993, n. 376 del 2000 e n. 385 del 2005)”*.

Viene affermato il diritto inviolabile del minore all'assistenza del padre, a prescindere dal ruolo della madre.

Il Protocollo d'intesa tra il Ministero della Giustizia, l'Autorità garante per l'Infanzia e l'adolescenza e l'associazione Bambinisenzasbarre ONLUS del 6 settembre 2016 ha, inoltre, statuito all'art. 1 come *“Le Autorità giudiziarie saranno sensibilizzate ed invitate, in particolare: 1. a tenere in considerazione i diritti e le esigenze dei figli di minore età della persona arrestata o fermata che conservi la responsabilità genitoriale, nel momento della decisione dell'eventuale misura cautelare cui sottoporla, dando priorità, laddove possibile, a misure alternative alla custodia in carcere; (...) 3. ad individuare, nei confronti dei genitori con figli di minore età, misure di attuazione della pena che tengano conto anche del superiore interesse di questi ultimi”*.

Ancora una volta è stata ribadita la parità tra padre e madre (nel testo compare, difatti, il termine indistinto “genitori”) e l'interesse del minore all'assistenza, del tutto prevalente rispetto a quello del genitore.

Una completa parificazione tra madre e padre, al fine di pervenire a una miglior tutela della crescita e dello sviluppo del minore, è riconosciuta vieppiù da fonti sovranazionali.

La sentenza della Corte di Strasburgo “Causa S.H. c. Italia – Quarta Sezione – sentenza 13 ottobre 2015 (ricorso n. 52557/14)” ha stabilito la violazione dell’art. 8 CEDU (“*Diritto al rispetto della vita privata e familiare. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*”) da parte dello Stato Italiano, sancendo importanti principi di diritto.

La CEDU, difatti, afferma: “39. *La Corte rammenta che, al di là della protezione contro le ingerenze arbitrarie, l’articolo 8 pone a carico dello Stato degli obblighi positivi inerenti al rispetto effettivo della vita familiare. In tal modo, laddove è accertata l’esistenza di un legame familiare, lo Stato deve in linea di principio agire in modo tale da permettere a tale legame di svilupparsi (si veda Olsson c. Svezia (n. 2), 27 novembre 1992, § 90, serie A n. 250; Neulinger e Shuruk c. Svizzera [GC], n. 41615/07, § 140, CEDU 2010; Pontes c. Portogallo, sopra citata, § 75). Il confine tra gli obblighi positivi e negativi derivanti dall’articolo 8 non si presta a una definizione precisa, ma i principi applicabili sono comunque comparabili. In particolare, in entrambi i casi, si deve avere riguardo al giusto equilibrio da garantire tra i vari interessi coesistenti, tenendo conto tuttavia che l’interesse superiore del minore deve costituire la considerazione determinante che, a seconda della sua natura e gravità, può prevalere su quello del genitore (Sahin c. Germania [GC], n. 30943/96, § 66, CEDU 2003-VIII; Kearns c. Francia, n. 35991/04, § 79, 10 gennaio 2008; Akinnibosun c. Italia, sopra citata, § 60)*”.

Ed ancora: “40. *La Corte rammenta anche che, nel caso degli obblighi negativi come nel caso degli obblighi positivi, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento (si veda W. c. Regno Unito, 8 luglio 1987, § 60, serie A n. 121), che varia a seconda della natura delle questioni oggetto di controversia e della gravità degli interessi in gioco. In particolare, la Corte esige che le misure che conducono alla rottura dei legami tra un minore e la sua famiglia siano applicate solo in circostanze eccezionali (Clemeno e altri c. Italia, n. 19537/03, § 60, 21 ottobre 2008), o quando siano giustificate da un’esigenza primaria che riguarda l’interesse superiore del minore (si vedano Johansen, sopra citata, § 84; P., C. e S. c. Regno Unito, n. 56547/00, § 118, CEDU 2002 VI). (...) La Corte rammenta che, per un genitore e suo figlio, stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare (Couillard Maugery c. Francia, sopra citata, § 237) e che delle misure che portano a una rottura dei legami tra un minore e la sua famiglia possono essere applicate solo in circostanze eccezionali*”.

Nessuna distinzione nell’affermare tali principi è fatta tra la madre e il padre dei minori, questi ultimi primari e specifici soggetti delle tutele previste.

Sotto diversi aspetti, è tuttora pendente, allo stato, una questione di illegittimità costituzionale avente a oggetto l'art. 275, c. 4, c.p.p., sollevata dal GUP presso il Tribunale di Lecce con ordinanza 21.9.2016 (in questa Rivista, [Sull'incidenza dello stato di detenzione del padre nei confronti della salute dei figli: questioni di legittimità costituzionale sollevate dal GUP di Lecce](#)).

In tale provvedimento si sottolinea come *“il problema legato alle conseguenze sullo stato di salute dei figli minori, derivante dallo stato di detenzione del genitore, non trova disciplina alcuna nel codice di rito, che è attento alle eventuali ripercussioni negative della detenzione sullo stato di salute del detenuto (cfr. art. 275 co. 4 bis cpp), ma ignora completamente la rilevanza da riconoscersi alle ripercussioni che tale condizione di detenzione possa avere sui suoi famigliari, anche nel caso in cui questi siano minori di età”*.

Il giudice pugliese richiama, tra l'altro, una precedente e rilevante pronuncia della Consulta (sentenza 23.1.13, ud. 5.12.12, n.7) con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, c.2, c.p., consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto⁵.

⁵ Di particolare interesse tale passo della motivazione: *“Nella fattispecie in questione, la pena accessoria incide su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, di modo che può ritenersi giustificabile l'interruzione di quella relatio (sul piano giuridico se non naturalistico) solo in quanto essa si giustifichi proprio in funzione degli interessi del minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione. Pertanto, non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato dell'art. 3 Cost, il disposto della norma censurata che, ignorando l'interesse del minore, statuisca la decadenza dalla potestà genitoriale sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso. All'irragionevole automatismo legale occorre dunque sostituire - quale soluzione costituzionalmente più congrua - una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all'accertamento giurisdizionale sul reato null'altro che il valore di "indice" per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà. La violazione del principio di ragionevolezza, che consegue all'automatismo previsto dalla norma censurata, deve essere affermata anche alla luce dei caratteri propri del delitto di cui all'art. 566, secondo comma, cod. pen., perché la natura del reato in questione - non diversamente da quanto affermato dalla sentenza n. 31 del 2012 in relazione al delitto di alterazione di stato previsto dall'art. 567, secondo comma, cod. pen. - non implica un giudizio di necessaria "indegnità" del genitore. L'illegittimità costituzionale deve essere altresì affermata in relazione all'art. 117, primo comma, Cost., ossia sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori. Vengono qui in rilievo, quali norme interposte rispetto al principio sancito dall'art. 117,*

Tale automatismo, che preclude qualsiasi bilanciamento da parte del giudice, così come è stato ritenuto illegittimo in relazione all'art. 569 c.p. per contrasto a disposizioni nazionali e sovranazionali, dovrà portare, secondo la valutazione del GUP salentino, certamente condivisibile, a ritenere - limitatamente ai profili che qui interessano - un contrasto tra l'ordinamento giuridico interno e la norma costituzionale, sotto i seguenti profili:

“a) contrasto dell’art. 275 co. 4 e 4 bis cpp con l’art. 117 Costituzione, per violazione degli artt. 3 co. 1 e 2, 4 e 6 co. 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, nella parte in cui la norma processuale non prevede il divieto della custodia in carcere dell’imputato genitore di prole minore, quando da tale stato di detenzione cautelare, in relazione anche al luogo di sua esecuzione ed alle difficoltà che ciò comporta all’esercizio del diritto di visita ed al mantenimento delle relazioni familiari, possa derivare un rilevante nocumento alla sua salute, alla sua incolumità, o al suo equilibrato sviluppo; (...)

c) contrasto dell’art. 275 co. 4 cpp con l’art. 3 Cost., per irrazionale ed ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni egualmente contrassegnate dalla necessità di cura ed assistenza del minore, prevedendosi il divieto di custodia cautelare del genitore di prole di età inferiore ai sei anni in caso di impossibilità a prestare dette cure da parte dell’altro genitore, e non anche nel caso in cui il minore derivi un danno diretto alla salute ed alle sue possibilità di equilibrato sviluppo dalla custodia cautelare in carcere o dalle modalità di esecuzione della custodia carceraria in luogo non vicino a quello di residenza della sua famiglia”.

Non vi sono, quindi, ragioni per non consentire, conformemente ai principi di proporzionalità ed adeguatezza di cui all'art. 275, c. 1-2-3, c.p.p., di pervenire a

primo comma, Cost., una serie di importanti e del tutto univoci strumenti di carattere pattizio, con i quali la disciplina oggetto di impugnativa viene a porsi in evidente ed insanabile contrasto: la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 (art. 3); la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77 (art. 6). In tale contesto non sembrano neppure trascurabili le specifiche indicazioni enunciate dalle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una "giustizia a misura di minore", adottate il 17 novembre 2010, nella 1098ª riunione dei delegati dei ministri, posto che, fra gli altri importanti principi, il documento espressamente afferma che "Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano". - Sulla violazione del principio di ragionevolezza nel caso in cui una norma, ignorando l'interesse del minore, statuisca la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, v. la menzionata sent. n. 31 del 2012”.

una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 275, c.4, c.p.p., che parifichi la posizione del padre e della madre nella tutela dei figli, ritenendosi preferibile la misura cautelare degli arresti domiciliari rispetto alla custodia in carcere, al fine di consentire sia la tutela delle esigenze di prevenzione sociale sia l'esercizio della genitorialità, dando assistenza alla prole, nel superiore interesse del minore.

La privazione della figura paterna inflitta con l'esecuzione della custodia cautelare in carcere del genitore risulta sovente una misura eccessivamente afflittiva per i figli minori, capace di cagionare **un pregiudizio grave ed irreparabile** alla loro salute psicofisica; un danno diretto e rilevante alla salute, all'incolumità personale e alla loro possibilità di equilibrato sviluppo.

Gli interessi dei minori di coltivare in modo unitario gli affetti familiari deve essere preminente come previsto anche dagli artt. 3, 4, 6 e - anche - 9⁶ della Convenzione sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20.11.89, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27.5.91, n.176.

Sul punto si segnala un'importante apertura della Corte di Cassazione, troppo spesso trascurata, però, dai giudici di merito, ai quali è richiesto di valutare quali **conseguenze potrebbero derivare in capo ai figli minori dall'interruzione del rapporto parentale con il padre**: *“In caso di adozione della misura cautelare della custodia in carcere nei confronti di un soggetto genitore di un minore di piccola età, il giudice deve valutare attentamente quali conseguenze potrebbero derivare in capo al minore dall'interruzione del rapporto parentale, verificando in particolare se quanto meno l'altro genitore sia in grado di proseguire il percorso educativo e di affiancare l'infante nel corso della sua crescita fisica ed emotiva”* (Cass. Pen., Sez. VI, 1.9.15, n.35806).

Non può essere considerato ragionevole il distinto trattamento basato esclusivamente sul sesso di cui al comma 4 dell'art. 275 c.p.p., frutto di un mero automatismo che impedisce al giudice qualsiasi tipo di bilanciamento nel caso concreto tra le esigenze di prevenzione sociale e quelle di tutela dello sviluppo del minore.

A meno di un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata di questa norma, tale da ritenere l'equivalenza tra i rapporti padre-figli e madre-figli (che, però, porterebbe *secum* la possibilità di distinte valutazioni discrezionali e

⁶ Se, da un lato, l'art. 9, c. 4, della Convenzione contempla e legittima il caso della separazione del fanciullo dai suoi genitori per l'effetto di una legittima detenzione di questi ultimi, ciononostante - come si legge nell'ordinanza del GUP di Lecce 21.9.16 *“né affronta espressamente il caso in cui da tale detenzione discendano effetti sensibilmente pregiudizievoli per la salute e lo sviluppo del minore, né pare volere, per i casi della legittima detenzione, introdurre una deroga alla tutela dei diritti del fanciullo”*.

contrastanti di differenti giudici di merito), **si ritiene costituzionalmente illegittimo l'art. 275, c.4, c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 27, c.3, 29, 30, 31, 32 e 51, nonché all'art. 117, c.1 (come parametro interposto degli artt. 3 cc.1 e 2, 4 e 6 c.2 della Convenzione sui diritti del fanciullo e dell'art. 24, c.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) della Costituzione, nella parte in cui non riconosce l'eguaglianza del padre e della madre nel rapporto di cura e assistenza ai figli minori e nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare in carcere non possa essere disposta né mantenuta nei confronti del padre di prole di età non superiore a sei anni, anche nei casi in cui la madre non sia deceduta o non sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, nel caso in cui possa derivare al minore un nocumento alla sua salute psico-fisica e al suo equilibrato sviluppo.**

Un'interpretazione meramente letterale, infatti, della norma comporterebbe una grave, irragionevole e **quindi incostituzionale** disparità di trattamento tra madre e padre, che lederebbe tanto i diritti di quest'ultimo (che vedrebbe il proprio ruolo ridotto e sminuito rispetto a quello della madre) che quelli del figlio minore (il quale si vedrebbe privato ingiustificatamente dell'affetto e dell'assistenza del padre in maniera significativamente maggiore rispetto a quelli della madre).

Le violazioni riguarderebbero i principi di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e gli artt. 27, c.3, 29, 30 e 31, 32 e 51 della Costituzione, ponendosi in contrasto con il divieto di trattamento contrario al senso di umanità per l'indagato/imputato, l'imperativo costituzionale di tutela della famiglia come società naturale, con il diritto-dovere dei genitori (madre e padre che siano, senza disparità di genere) di educare i figli e con il corrispondente diritto di questi di essere educati dai primi, nonché con l'obbligo di protezione dell'infanzia e della sua salute, come interesse sempre preminente rispetto agli altri interessi tutelabili.

Oltre ai richiamati imperativi costituzionali, la norma si pone in contrasto con le citate previsioni dell'art. 3, c.1 della Convenzione sui diritti del fanciullo, redatta a New York il 20.11.1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n.176, e dell'art. 24, c. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che sono assunte a rango costituzionale dall'art. 117, c.1 Cost.. Entrambe le disposizioni qualificano, infatti, come «superiore» l'interesse del minore, stabilendo che in tutte le decisioni relative agli stessi, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, detto interesse deve essere considerato «preminente».