

[Procedura penale](#)

# Custodia cautelare: figlio di età inferiore a sei anni, il padre va in carcere anche se la madre lavora

Tribunale, Lecce, Sezione Riesame, ordinanza 16/01/2015

Di

[Natale Pietrafitta](#)

Pubblicato il 05/02/2016

## La vicenda giudiziaria

Un soggetto, sottoposto alla custodia cautelare in carcere in relazione ai delitti di furto aggravato, detenzione e porto illegali di armi e ricettazione, per il tramite del proprio difensore proponeva appello cautelare ai sensi dell'[art. 310 c.p.p.](#) avverso l'ordinanza con la quale il GIP presso il Tribunale di Lecce aveva rigettato la richiesta volta ad ottenere la sostituzione della misura della custodia in carcere con quella degli arresti domiciliari, con l'eventuale applicazione degli strumenti di controllo elettronico di cui all'[art. 275 bis c.p.p.](#)

## La tesi difensiva

La difesa dell'indagato deduceva che la custodia cautelare in carcere non potesse essere mantenuta, ai sensi dell'[art. 275 comma 4 c.p.p.](#), poiché l'indagato è padre di un bambino di cinque anni (dunque di età non superiore a sei anni previsti dalla norma citata), oltre che di altri due figli di età superiore, ma comunque non ancora maggiorenni.

La difesa del prevenuto, altresì, chiariva che, prima dell'arresto, sia l'indagato sia la convivente avevano organizzato la propria attività lavorativa, il primo presso il podere del nonno, mentre la seconda con la conduzione di terreni agricoli a piccola colonia concessi in compartecipazione stagionale dalla di lei madre - in modo tale da consentire a quest'ultima la necessaria cura dei propri genitori residenti in un diverso comune, pur tuttavia senza pregiudicare l'adeguata assistenza dei figli, in particolar modo del piccolo di anni cinque, al quale badava il padre. La difesa, ancora, precisava che la convivente dell'indagato, oltre ad esercitare la predetta attività lavorativa, presta continua assistenza al padre, gravemente malato e bisognoso di continua assistenza familiare.

Il difensore osservava, dunque, che tale stato di cose era evidentemente mutato con l'arresto dell'indagato. Il figlioletto di nemmeno cinque anni di età, infatti, era stato costretto a fare a meno di entrambi i genitori per quasi tutta la giornata e a passare interi pomeriggi e le serate a turno a casa di conoscenti. Peraltro, nonostante l'orario della scuola materna ove è iscritto il piccolo rende possibile prendersi cura del bambino durante le ore mattutine di lavoro e assistenza della convivente dell'odierno prevenuto, ciò non risolve il problema relativo ai turni pomeridiani della stessa. Peraltro, nessuno dei prossimi congiunti dell'indagato, per varie ragioni, è in grado di fornire alcun aiuto al fine di poter far fronte all'assistenza del piccolo.

Da ultimo, la difesa osservava che, nella fattispecie in esame, non ricorrono certamente esigenze cautelari di eccezionale rilevanza: le uniche che, ai sensi dell'[art. 275 comma 4 c.p.p.](#), consentirebbero l'applicazione della misura custodiale massima in presenza della necessità dell'indagato di accudire la prole infraseienne, stante l'asserita impossibilità della convivente a provvedervi autonomamente.

## **Genitori di prole di età non superiore a sei anni.**

L'art. 275, co. 4[1], c.p. – inerente i criteri di scelta delle misure cautelari – dispone che *quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza*. Trattasi in particolare di un “nuovo” limite all’applicazione della sola custodia cautelare in carcere, ossia la più afflittiva delle misure cautelari, che il legislatore – con la [legge n. 62 del 2011](#) – ha previsto per i genitori di prole che abbia una età inferiore a sei anni. La riforma ha, infatti, avuto il dichiarato scopo di predisporre, nell’ambito di un già congruo sistema di tutele predisposto a vantaggio dei detenuti genitori che abbiano prole a carico di tenera età, una ulteriore tutela nei confronti di quella prole che, non avendo raggiunto ancora i sei anni di vita e presumendosi particolarmente vulnerabile, necessita di una particolare prossimità con i genitori con cui convive stabilmente.

Si è trattato, quindi, di un beneficio volto a privilegiare l’assistenza e la cura della prole, anche a fronte delle esigenze repressive che l’ordinamento vanta nei confronti dell’indagato o dell’imputato. A tale istituto, però, lo stesso legislatore ha posto un duplice limite. L’istituto *de quo*, infatti, può essere applicato solo ... *qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, e ... salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza*. Quest’ultimo, infatti, consente una corretta applicazione della “novella” che altrimenti avrebbe rischiato di essere letta come una sorta di valvola di sfogo, mediante la quale consentire la modifica della custodia cautelare in carcere in altra misura meno afflittiva “a pioggia”, ossia ogniqualvolta ci si fosse trovati innanzi ad imputate o indagate in gravidanza o madri di prole di età non superiore a sei anni con queste convivente, ovvero padri.

Malgrado l’apparente chiarezza della norma, però, la giurisprudenza si è interrogata quando ricorra il presupposto della “assoluta impossibilità” e quando possa dirsi che le esigenze cautelari siano “di eccezionale rilevanza” al punto da non consentire la trasformazione della custodia cautelare in carcere in misura meno afflittiva, pur in presenza di prole di età non superiore ai sei anni e di fronte ad una “assoluta impossibilità” da parte dei prevenuti a dare assistenza alla stessa.

### **Il requisito della assoluta impossibilità.**

In ordine al requisito della assoluta impossibilità, nel corso degli anni si sono confrontati due opposti orientamenti volti a definirne i fumosi contorni. Ed invero, la corretta qualificazione giuridica di tale limite, pur non sembrando, è indubbiamente il cuore pulsante della questione. Infatti, come già accennato, non pochi problemi di carattere applicativo potrebbe porre una disattenta applicazione dello stesso. Sia in *malam partem*, quanto in *bonam partem*.

Secondo un primo orientamento, allora, il divieto della custodia cautelare in carcere per l'imputato padre di prole di età inferiore a sei anni non sussiste per il solo fatto che la madre presti giornalmente attività lavorativa, che di per sé non impedisce di prendersi cura dei figli<sup>[2]</sup>. Secondo tale ricostruzione, infatti, occorre svolgere una valutazione caso per caso. Il principio contenuto dall’interno del citato comma quarto, infatti, non consente abnormi generalizzazioni, né in un senso, né nell’altro. Piuttosto, occorre che sussista in capo alla madre un assoluto impedimento ad assistere i figli, a condizione che venga adeguatamente dimostrata la totale assenza sia di un supporto pedagogico da parte delle strutture pubbliche, sia di figure di riferimento idonee ad assicurare la tutela del minore<sup>[3]</sup>. Peraltro, occorre avere riguardo non solo al soggetto chiamato a prestare assistenza, ma anche, e soprattutto, alla situazione del figlio, in considerazione del rischio in concreto derivante per quest'ultimo dal "deficit" assistenziale, sotto il profilo della irreversibile compromissione del processo evolutivo-educativo, dovuta alla mancata, valida ed efficace presenza di entrambi i genitori<sup>[4]</sup>.

Altro orientamento, invece, di contrapposto avviso al precedente, ha affermato che sussiste il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti del padre di prole di età inferiore a sei anni, in caso di impossibilità assoluta, per la madre, di provvedere alla assistenza del minore, anche qualora possa provvedersi mediante l'ausilio di altri parenti o di strutture pubbliche, atteso che tale ausilio può assumere

carattere meramente integrativo e di supporto e non totalmente sostitutivo dell'assistenza materna<sup>[5]</sup>. L'assistenza alla prole, infatti, non va intesa soltanto in senso materiale, ma anche e soprattutto in senso morale e affettivo. La cura e l'assistenza genitoriale, del resto, non si risolve in una mera estrinsecazione di attivit  di carattere tecnico-pratico, ma, specialmente, nella educazione morale, nella formazione culturale, nell'assistenza psico-fisica e pedagogica del minore. Attivit  immateriali che meritano, ancor prima di quelle pratiche, una particolare valorizzazione che, il pi  delle volte, non pu  essere integralmente sostituita da terzi soggetti, siano pur essi i nonni.

### **Esigenze cautelari di eccezionale rilevanza**

Altro *punctum dolens* che parrebbe porre difficolt  di natura ermeneutica e, dunque, applicativa   proprio la qualificazione delle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. La questione sembrerebbe complicarsi, infatti, non solo e non tanto per il carattere eccezionale che il legislatore pretende affin  le esigenze cautelari non consentano la trasformazione della misura custodiale, quanto piuttosto perch    agevole rinvenire una netta differenza tra il carattere delle esigenze cautelari di cui all'[art. 274 c.p.p.](#) e quello delle esigenze di cui al quarto comma dell'[art. 275 c.p.p.](#) Con riguardo alle prime infatti il legislatore dispone che esse siano concrete e attuali[6]. Con riguardo alle seconde, invece, il legislatore, con un aggettivo dalla presenza molto pi  ingombrante, pretende che esse siano di eccezionale rilevanza.

In ordine alla qualificazione giuridica dell'aggettivo "eccezionale rilevanza", dunque,   intervenuta, a pi  riprese, la Suprema Corte di cassazione la quale ha – confermando il proprio consolidato orientamento – affermato che le "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza" richieste dall'[art. 275, comma quarto, c.p.p.](#), perch  possa essere superato il divieto, ivi stabilito, di applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti dei soggetti che si trovano nelle condizioni indicate nella norma predetta (donne incinte o che allattano la propria prole, persone di et  superiore ai settanta anni e persone in condizioni di salute particolarmente gravi, che non consentono le cure necessarie in stato di detenzione), non possono identificarsi con quelle presunte per legge derivanti dal titolo del reato, ai sensi del precedente comma terzo del medesimo [art. 275 c.p.p.](#), n  farsi derivare dalla semplice constatazione che l'imputato abbia subito precedenti condanne, ma postulano l'esistenza di puntuali e specifici elementi dai quali emerga un non comune, spiccatissimo ed allarmante rilievo dei pericoli ai quali fa riferimento l'[art. 274 c.p.p.](#)<sup>[7]</sup>. Tali qualificate esigenze cautelari si distinguono, infatti, da quelle ordinarie per il grado di pericolo - che deve superare la semplice concretezza richiesta dall'[art. 274 c.p.p.](#) per raggiungere la soglia della sostanziale certezza che l'indagato, ove sottoposto a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, renda disagevole o impossibile l'acquisizione della prova, si sottragga alle indagini o continui nella commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede - e sono desumibili dagli stessi elementi indicati per le ordinarie esigenze cautelari e, pertanto, dalle specifiche modalit  e circostanze del fatto e dalla personalit  dell'indagato desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali<sup>[8]</sup>.

### **La decisione del tribunale del riesame**

Il Tribunale di Lecce, Sezione Riesame, con ordinanza 16 gennaio 2015 ha statuito che in relazione alla necessit  di accudire il figlio di anni cinque, non pu  non essere ribadito il costante orientamento giurisprudenziale del Supremo Giudice di legittimit , secondo cui l'impossibilit  di accudire la prole infraseienne da parte del genitore rimasto in stato di libert  non pu  essere ricavata semplicemente dallo svolgimento di un'attivit  lavorativa, per quanto impegnativa, trattandosi di una situazione normale, che riguarda numerose famiglie[9]. In particolare,   stato statuito che non sussiste il divieto di custodia cautelare in carcere dell'imputato padre di prole infraseienne qualora l'impedimento della madre ad assisterla sia costituito dalla sua attivit  lavorativa[10].

Nel caso in esame, peraltro, il Tribunale – ribadendo un costante orientamento della Suprema Corte di Cassazione – ha statuito che la madre lavoratrice debba adeguatamente allegare la gravosit  dell'impegno lavorativo, specificando quanti giorni alla settimana impegni, per quante ore e in quali fasce orarie[11]. La difesa, peraltro, ebbe a fare riferimento anche all'impegno della madre consistente nella cura e nell'assistenza del padre malato. Anche in tale ultimo caso, per , non risultava, in alcun modo, quali e quanti giorni alla settimana fosse interessata da detto impegno e per quali fasce orarie, considerata la

turnazione con gli altri familiari. Risultò, invece, che il piccolo di anni cinque frequentasse la scuola materna nell'ampia fascia oraria che va dalle ore 8:00 alle ore 15:30. Per tali ragioni, quindi, secondo la ricostruzione operata dal Tribunale non risultò, o quantomeno rimase indimostrato, che gli impegni della madre (quello lavorativo e quello assistenziale nei confronti del padre), pur congiuntamente considerati, fossero tali da determinare quella "assoluta impossibilità" di dare assistenza alla prole prevista dall'[art. 275 comma 4 c.p.p.](#)

### Per approfondimenti:

- [Master sul nuovo diritto di famiglia](#), corso di 55 ore in aula, Altalex Formazione;
- [Il processo cautelare](#), a cura di Saletti Achille, Tarzia Giuseppe, Cedam, 2015.

(Altalex, 29 gennaio 2016. Nota di **Natale Pietrafitta**)

---

[1] Cfr. Cass. Pen. n. 22338/2012 in [www.brocardi.it](#) secondo la quale l'art. 1, comma quarto, della L. n. 62 del 2011 è applicabile solo a decorrere dal 1° gennaio 2014, fatta salva la possibilità di utilizzare i posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata.

[2] Cfr. Cass. Pen. 03 giugno 2015 n. 40076 in [www.italgiure.it](#) Rv. 264516;

[3] Cfr. Cass. Pen. 23 luglio 2015 n. 36344 in [www.italgiure.it](#) Rv. 264540;

[4] Cfr. Cass. Pen. 23 giugno 2015 n. 35806 in [www.italgiure.it](#) Rv. 26472;5

[5] Cfr. Cass. Pen. 30 aprile 2014 n. 29355 in [www.italgiure.it](#) Rv. 259934;

[6] Le misure cautelari sono disposte: a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti; b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione; c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede;

[7] Cass. Pen. 18 gennaio 1995, n. 226 in [www.italgiure.it](#) Rv. 200576;

[8] Cass. Pen. 05 dicembre 2005, n. 2240 in [www.italgiure.it](#) Rv. 233026;

[9] Cass. Pen., 04 dicembre 2008 Sez. 1, n. 46290 in [www.italgiure.it](#) Rv. 242082; nello stesso senso: Sez. 5, n. 27000 del 28/05/2009, Rv. 244485; Sez. 6, n. 31772 del 08/07/2009, Rv. 245196;

[10] Nella specie, si è ritenuto che non ricorresse l'assoluta impossibilità di assistenza del minore nel concorso di un impegno lavorativo di 44 ore settimanali, dell'assenza in loco di asili pubblici e dell'incompatibilità del costo di quelli privati con il reddito familiare;

[11] Nel caso di specie parve trattarsi di attività a carattere "stagionale", che, pertanto, non riguardava neppure tutti i periodi dell'anno, ma solo quelli strettamente interessati da specifiche attività agricole.