

La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più “bambini detenuti”

di Mena Minafra*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela del rapporto genitoriale in carcere: dalla Convenzioni internazionali alla Costituzione. – 3. La detenzione domiciliare, assistenziale e speciale. – 4. L'importanza di non interrompere la convivenza genitore-figlio. – 5. La riforma dell'ordinamento penitenziario: la mancata attuazione della delega di cui all'art. 1, comma 85, lett. s).

1. Premessa.

L'ingresso in carcere costituisce, per il detenuto, un momento di crisi profonda: questi, infatti, perde molto di più della propria libertà personale¹, dovendo abbandonare regole e abitudini di vita personali, che deve sostituire con le regole di “vita” dell'ordinamento dell'amministrazione penitenziaria e con i numerosi riti e miti della *subcultura* carceraria; soprattutto, deve lasciare gli *affetti* fuori dalle porte del carcere.

Non si nasconde, in verità, che, in quanto persona, il detenuto conserva la titolarità di una serie di diritti (alla salute, alla famiglia, a professare il proprio credo, etc.); tuttavia, lo *status detentionis*, oltre a riflettersi sulla costrizione fisica, intesa come coazione idonea a limitare il movimento del corpo, è soprattutto causa di una rilevante compressione dei diritti soggettivi facenti capo all'individuo, giustificata dalle esigenze di ordine e sicurezza². Ma le maggiori criticità di tale situazione si registrano in materia di tutela dell'affettività ed in proposito di corretto bilanciamento tra le esigenze di tutela collettiva, connaturate allo stato detentivo, e le garanzie del rispetto dei diritti della persona.

Dunque, se è vero che la restrizione in carcere non annulla la titolarità dei diritti del detenuto, è indubbio che l'imposizione del titolo detentivo, di fatto, incide negativamente su quei diritti che costituiscono espressione della libertà della

* Dottore di ricerca in “Sistema penale e processo” dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli e Collaboratrice del Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale della Regione Campania.

¹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*, Torino, 1976; F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, V. GREVI, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2011.

² S. TALINI, *L'Affettività ristretta*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. 2/2015.

persona a livello fisico e psichico, e, quindi, sulla possibilità del detenuto di coltivare relazioni affettive³.

Si registra, infatti, una significativa perdita del potere decisionale del detenuto, non essendo, egli, libero di curare autonomamente le relazioni interpersonali, giacché è la legge a determinare quali legami siano meritevoli di tutela e, in relazione a tale scelta, a definirne tempi e modalità di godimento.

Si comprende, dunque, come le conseguenze della restrizione in carcere non si riversino esclusivamente sul detenuto, ma colpiscano indirettamente anche i familiari, vittime dimenticate ed invisibili, la cui sfera affettiva inevitabilmente si comprime per effetto della sentenza di condanna o dell’esecuzione di una misura cautelare⁴.

Si coglie al riguardo la c.d. portata bilaterale della pena, che colpisce in modo emblematico i figli minori del detenuto, troppo spesso lesi nel diritto di crescere accanto ai propri genitori e in un ambiente che ne favorisca il sano sviluppo psicofisico.

2. La tutela del rapporto genitoriale in carcere: dalla Convenzioni internazionali alla Costituzione.

In questa situazione la tutela dell’affettività in carcere e del rapporto tra genitori detenuti e figli, e, in particolare, il rapporto materno, entra in contatto con una pluralità di diritti e di principi affermati a livello internazionale, comunitario e costituzionale⁵.

Come rilevato dalla Corte Costituzionale, l’*“interesse del figlio 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”*⁶, non solo assume una speciale rilevanza nella nostra Carta fondamentale (segnatamente all’art. 31 comma 2 Cost.), ma rappresenta un

³ M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell’esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L’atteggiamento Italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, n. 1.

⁴ D. MONE, *Bambini in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in *DPER online*, n. 2/2017.

⁵ P. TRONCONE, *Manuale di diritto Penitenziario*, Torino, 2015.

⁶ La Corte cost., con sentenza 12 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, p. 364 ss., ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall’art. 567, comma 2, c.p., consegua di diritto la perdita della responsabilità genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell’interesse del minore nel caso concreto.

valore di rango superiore in numerose norme di diritto internazionale, a cui il nostro ordinamento è tenuto ad uniformarsi.

A venire in rilievo è, innanzitutto, la [Convenzione ONU sui Diritti dell’Infanzia e dell’Adolescenza](#) (*Convention on the Rights of the Child – CRC*) del 1989⁷, con la quale si è realizzato, rispetto al passato⁸, un vero mutamento di prospettiva, costituito dall’introduzione del concetto di “*best interest of the child*”, sancito dall’art. 3, che testualmente recita: “*in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*”. Insomma, il minore, non più mero oggetto di tutela, è riconosciuto titolare di diritti, portatore di un interesse, che – dal Legislatore prima, e dal Giudice poi – deve essere considerato

⁷ Firmata a New York il 20 novembre e ratificata dall’Italia con la legge n. 176 del 1991. La CRC rappresenta il riconoscimento da parte dell’intera comunità internazionale della necessità di uno strumento dotato di forza obbligatoria, quale appunto una Convenzione, che, se ratificata, crea l’obbligo in capo agli Stati di uniformarsi alle disposizioni in essa contenute, specificatamente dedicata all’infanzia.

E’ lo strumento internazionale più ratificato: è stata infatti ratificata da 196 Paesi, cioè da tutti i Paesi del mondo ad eccezione degli Stati Uniti, raggiungendo così lo scopo dei redattori di creare un insieme di garanzie minime a tutela dell’infanzia nel mondo, accettabili dall’intera comunità internazionale. Data l’eterogeneità delle comunità rappresentate, ogni singolo articolo costituisce un compromesso frutto delle negoziazioni che hanno dominato l’intero processo di redazione. Un’innovazione della CRC consiste nel racchiudere in un unico trattato l’intera gamma dei diritti civili politici, economici, sociali e culturali, ma, soprattutto, la Convenzione compie una “rivoluzione culturale” riconoscendo il minore non soltanto come oggetto di tutela e assistenza, ma anche come soggetto di diritto, e quindi titolare di diritti in prima persona. E’ composta da 54 articoli ed è suddivisa in un preambolo e tre parti: la prima parte (artt. 1-41) contiene l’enunciazione dei diritti, la seconda (artt. 42-45) individua gli organismi preposti e le modalità per l’implementazione e il monitoraggio della Convenzione stessa, e la terza (artt. 46-54) descrive la procedura di ratifica.

⁸ Cfr. “Dichiarazione dei diritti del fanciullo”, approvata dalla Società delle Nazioni il 24 settembre del 1924, conosciuta anche come “Dichiarazione di Ginevra”, in cui si prevedeva che: “*Uomini e donne di tutte le nazioni, riconoscendo che l’umanità deve offrire al fanciullo quanto di meglio possiede, dichiarano ed accettano come loro dovere oltre e al di là di ogni considerazione di razza, nazionalità e credo che: al fanciullo si devono dare i mezzi necessari al suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale*”. Tra gli obiettivi della Dichiarazione dei diritti del fanciullo, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, vi è che il bambino possa godere di un’infanzia felice, crescere in modo sano e normale dal punto di vista fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale, in condizione di libertà e dignità. Per un approfondimento, D. CLEMMER., *The prison community*, Boston, 1941 nonché M. G. SYKES, *The society of captives. A study of a maximum security prison*, New Jersey, 1958.

preminente, laddove siano coinvolte dinamiche esistenziali di bambini in tenera età.

Ancora. Alla salvaguardia della maternità in carcere dedicano specifica attenzione le Regole minime per il trattamento dei detenuti adottate dall’ONU nel 1955, dette anche “*Tokyo Rules*”⁹, la cui Regola 23 prescrive che dentro ai locali in cui sono reclusi donne incinte deve essere presente quanto necessario per le cure prenatali e successive alla nascita del bambino. Si prevede inoltre che, se possibile, la nascita debba avvenire in strutture ospedaliere; e ove ciò non fosse realizzabile, il certificato di nascita non deve in alcun modo fare riferimento al fatto che la nascita sia avvenuta in carcere. Si aggiunge, poi, che, qualora sia concesso al bambino di rimanere in cella con la madre, è necessario che entrambi siano assistiti da personale specializzato.

A livello europeo, inoltre, la tutela dei rapporti familiari gode di pari attenzione¹⁰. Non può che farsi riferimento, in via preliminare, all’art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), adottata nel 1950 dal Consiglio d'Europa, nel cui comma 1 è prescritto che “*Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare*”. Tale norma, tuttavia, non configura un diritto avente carattere assoluto, dal momento che il relativo secondo comma ammette ingerenze nell’esercizio del diritto in parola, ove previste dalla legge e giustificate dalla tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico, oltre che per la protezione dei diritti e delle libertà altrui¹¹. Senonchè, va dato atto dell’evoluzione giurisprudenziale registrata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, che, nell’interpretazione della norma, ha tenuto conto dell’introduzione del principio del “*best interest of the child*” ad opera della Convenzione ONU sui diritti dell’Infanzia sopra citata, affermando, così, che l’interesse del minore debba sempre avere una considerazione prioritaria nella tutela della vita familiare contro eventuali ingerenze esterne, ancorché legittime¹².

⁹ Le regole ONU del 1955 sono state integrate dalle “Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e le misure non detentive per le donne autrici di reati”, note anche come “Regole di Bangkok”, adottate dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010. Cfr. J. GORDON, *Are conjugal and familial visitations effective rehabilitative concept? Yes* in *The Prison Journal*, 1999, 79 (1), p. 119.

¹⁰ M. TIRELLI, *La tutela della dignità del detenuto nelle Regole Penitenziarie Europee*, in G. BELLANTONI e D. VIGONI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, Piacenza, 2010.

¹¹ R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell’art.8 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo nel pianeta famiglia*, in *Minorigiustizia*, n. 3/2015, pp. 66-87; F. CARINGELLA, F. FALATO (a cura di) *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, 2018.

¹² Cfr., *ex multis*, Corte EDU, *Sahin c. Germania*, n. 30943/96; Corte EDU, *Kearns c. Francia*, n. 35991/04; Corte EDU, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*, secondo cui si deve sempre avere riguardo al giusto equilibrio da garantire tra i vari interessi coesistenti,

Da parte sua, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, firmata a Strasburgo il 12 dicembre 2007¹³ (che riprende e sostituisce la Carta proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), all’art. 24, si premura di ribadire che esiste il diritto dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, e che “*in tutti gli atti relativi a minori*”, “*compiuti da autorità pubbliche*” o “*da istituzioni private*”, “*l’interesse superiore del minore deve essere considerato preminente*”.

A tale quadro normativo sovranazionale si aggiungono le Regole Penitenziarie Europee (EPR)¹⁴, dettate al fine di uniformare le politiche penitenziarie degli Stati membri. Agli artt. 64 e 65 è previsto, in particolare, che “*ogni sforzo deve essere fatto per assicurarsi che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da: [...] mantenere e rafforzare i legami dei detenuti con i membri della famiglia e con la comunità esterna al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie*”¹⁵; e ancora, all’art. 24, viene fissato l’obbligo di garantire il mantenimento e lo sviluppo di relazioni familiari “*il più possibile normali*”.

Infine, la nostra Carta Costituzionale contiene plurime disposizioni che, in modo più o meno diretto, riconoscono il diritto al mantenimento delle relazioni affettive e genitoriali anche in capo al detenuto. Il rilievo costituzionale del principio della pari dignità sociale e del principio personalistico impedisce, infatti, di considerare il carcere come luogo in cui vige un regime di extraterritorialità rispetto alle garanzie fondamentali assicurate dallo Stato¹⁶.

L’art. 2 Cost., affermando l’obbligo dello Stato di riconoscere e garantire i diritti inviolabili della persona tutela la dignità di ogni individuo, sia come singolo che nelle formazioni sociali, si riferisce anche (e forse, soprattutto) ai detenuti, potendosi correttamente inquadrare gli istituti penitenziari come tipi di formazioni sociali, ancorché coatte, in cui la perdita della libertà conseguente allo *status detentionis* non deve pregiudicare le esigenze fondamentali dell’uomo¹⁷.

tenendo conto, tuttavia, del fatto che l’interesse superiore del minore deve costituire la considerazione preminente che, a seconda della sua natura e gravità, può anche prevalere su quello del genitore.

¹³ Ratificata dall’Italia con legge 2 agosto 2008, n. 130.

¹⁴ Allegate alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa l’11 gennaio 2006” ed adottate per la prima volta nel 1973 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, e in seguito modificate nel 1987 e nel 2006.

¹⁵ Cfr. anche Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008, con cui gli Stati sono invitati a “creare condizioni di vita adatte alle esigenze” dei figli che vivono con il genitore detenuto; e Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008, in cui si esprime la necessità di adottare una strategia comune dell’Unione europea sui diritti dei minori.

¹⁶ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002.

¹⁷ In tal senso, la C. Cost., sent. n. 114 del 1979, ha affermato che “[...] chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può

La preminenza attribuita alla dignità della persona in un ordinamento costituzionale pluralista, in cui il Costituente ha eliso ogni forma gerarchia tra i molteplici diritti fondamentali, che, dunque, si confrontano contestualmente, impone la costante ricerca di un bilanciamento tra gli interessi in gioco, in cui è proprio il rispetto della dignità umana, insuscettibile di riduzione, a costituire l’ago della bilancia.

Alla tutela della dignità della persona ristretta in carcere si rivolge specificamente anche l’art. 27 Cost., ai sensi del quale il detenuto ha diritto a che la pena non si traduca in trattamenti contrari al senso di umanità ed abbia, invece, finalità rieducativa¹⁸; implicitamente affermando che non ci può essere rieducazione in un individuo leso nella propria dignità di essere umano.

Infatti, è patrimonio acquisito dalla cultura giuridica contemporanea la concezione polifunzionale della pena, in virtù della quale, alle tradizionali funzioni retributive e di difesa sociale, si affianca la finalità rieducativa della sanzione penale¹⁹.

Sebbene sia ormai indiscussa la finalità rieducativa e risocializzante della pena, la sanzione penale conserva comunque, ancor oggi, carattere afflittivo, incidendo sui diritti soggettivi di chi vi è sottoposto. Del resto, sotto tale affermazione, può spiegarsi l’inciso contenuto nella medesima norma costituzionale, con il quale si fa divieto del fatto che la pena possa consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

Infatti, se non può negarsi che la pena debba essere un castigo, che si realizza per effetto della privazione della libertà e del conseguente “*processo di prigionizzazione*”²⁰, tuttavia è egualmente innegabile che essa debba, al contempo, consentire trattamenti idonei al recupero sociale del reo; fra questi, indiscussa importanza va attribuita al mantenimento dei rapporti familiari e, soprattutto, genitoriali.

spandersi la sua personalità individuale”; in senso conforme anche C. Cost., sent. n. 26 del 1999.

¹⁸ M. RUOTOLO, *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il “caso” dell’art. 27, comma 3, Cost.*, in “*Rivista Telematica giuridica dell’associazione Italiana dei Costituzionalisti*”, www.rivistaaic.it, 2/2013; F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

¹⁹ Nella sentenza C. Cost., n. 313/ 1990, si afferma che “in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena” [...], “la tendenza a rieducare indica una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico”; in senso conforme, C. Cost., sent. n. 376/1997.

²⁰ «Ovvero quel progressivo processo di adattamento alla subcultura carceraria, indotto, implicitamente o esplicitamente, dall’istituzione penitenziaria che comporta un cambiamento negli schemi di comportamento del soggetto ristretto»; così M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell’esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L’atteggiamento Italiano su una questione controversa*, cit.

Sicché, sebbene lo stato di reclusione incida oggettivamente sulla stabilità dei legami affettivi, lacerando il tessuto delle relazioni tra il reo e tutte le persone a lui prossime affettivamente, è indiscusso che tali legami debbano rappresentare l'elemento principale su cui basare il programma trattamentale di recupero del detenuto, essendo ampiamente affermato – da fonti autorevoli in materia²¹ – che la sfera affettiva incida sul funzionamento della psiche umana e che la sua privazione aumenti il senso di oppressione, emarginazione e deresponsabilizzazione della persona.

La separazione forzata del detenuto dai propri affetti non si pone, tuttavia, solo come un problema di natura antropologica e psicologica, ma anche – e soprattutto – come una questione giuridica, incidendo su una posizione soggettiva del detenuto dalla natura complessa, protetta dal dettato costituzionale, che spazia dalla tutela della filiazione e della genitorialità a quella della sessualità²².

La tutela del rapporto tra detenuti e figli, e, in particolare, del diritto del minore di ricevere dai genitori cura, educazione ed istruzione, trova espressione negli artt. 29, 30 e 31 Cost., che proteggono la famiglia come nucleo fondamentale della società e che costituiscono una sfera giuridica e relazionale complessa, in cui il mantenimento dei legami affettivi viene spesso compresso dalle esigenze punitive, facendo così ricondurre gli affetti alla categoria dei “diritti sommersi”: posizioni giuridiche di vantaggio non espressamente regolate dal diritto positivo, ma che, rappresentando diretta espressione di diritti costituzionalmente cristallizzati, dovrebbero trovare esplicito riconoscimento nel dato normativo e, conseguentemente, nella realtà penitenziaria.

E invero, in diverse disposizioni dell'ordinamento penitenziario e del relativo regolamento di esecuzione²³ è dato rinvenire l'attribuzione di una preminente rilevanza ai legami familiari, quale elemento indispensabile del trattamento del detenuto²⁴, che vanno salvaguardati dai danni derivanti dalla carcerazione, affinché

²¹ S. FREUD, *L'io e l'Es*, 1992; H. HARTMANN, *Psicologia dell'Io e problema dell'adattamento*, 2006; A. DIDI, *Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta*, in *Processo penale e giustizia*, n. 2/2013, pp. 99-111.

²² S. TALINI, *L'Affettività ristretta*, in *www.costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2015.

²³ Rispettivamente, Legge n. 354 del 1975 “Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà” e D.P.R. n. 230 del 2000 “Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”.

²⁴ Cfr. l'art. 15 ord. penit.: “il trattamento del condannato e dell'internato è svolto [...] agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia”; l'art. 28, secondo cui particolare cura è dedicata a “mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie”; l'art. 29, che riconosce il diritto del detenuto a poter informare immediatamente la famiglia dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento; l'art. 30 comma 2, in materia di permessi in caso di eventi familiari di

continuino a incidere sulle prospettive di vita futura del soggetto ristretto²⁵. A testimonianza dell’importanza riservata al mantenimento dei legami affettivi, si osservi come gli istituti volti a tale scopo prescindono, oggi, da qualsiasi valutazione di tipo premiale.

Non può negarsi, infatti, che l’intervento del ’75 abbia segnato un momento di svolta rispetto al sistema precedente, riconoscendo al detenuto una sicura soggettività e la titolarità di diritti e di aspettative che corrispondono a valori tutelati dalla Costituzione e che trovano espressione, in particolare, nei diritti relativi all’integrità fisica e morale, alla salute mentale e ai rapporti familiari e sociali. Altrettanto innegabile è stato il contributo fornito dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha consentito l’ingresso – all’interno dei labili confini del diritto – di situazioni originariamente non previste dalla normativa, seppur espressione del dettato costituzionale.

A titolo esemplificativo, si citano le pronunce secondo cui il mantenimento delle relazioni affettive familiari costituisce un diritto soggettivo facente parte del trattamento, la cui privazione comporta un’afflizione ulteriore nel grado di privazione della libertà²⁶, e quelle che, intervenute con specifico riguardo al rapporto genitoriale con i figli minori, hanno sancito che deve considerarsi “*infungibile*” l’assistenza della madre (o del padre) in virtù del disposto di cui all’art. 31 Cost., potendo la “*formazione del bambino essere gravemente pregiudicata dall’assenza di una figura genitoriale*”²⁷, con ciò attribuendo preminenza all’interesse del minore a crescere a contatto con la madre (e con il padre, in via residuale), rispetto alle esigenze punitive dello Stato.

La Suprema Corte è riuscita, inoltre, a far *emergere* il diritto alla genitorialità in tutte le sue ammissibili declinazioni, sia ammettendo il detenuto a trascorrere un breve periodo di permesso con il coniuge, al fine di consumare il matrimonio

particolare gravità; l’art. 18 ord. penit. e l’art. 37 reg. es. in materia di colloqui visivi in carcere, in cui particolare riguardo è riservato ai colloqui effettuati con prole di età inferiore a dieci anni, parimenti di quanto avviene in materia di corrispondenza telefonica ex art. 39 reg. ord. penit.; l’art. 42, comma 2, che definisce come criterio per la scelta dell’istituto di destinazione, in caso di trasferimenti, l’istituto penitenziario più vicino al luogo di residenza della famiglia; l’art. 23 reg. es., che stabilisce che gli eventuali problemi familiari del reo debbano essere espressi già al primo colloquio, affinché la direzione possa informare il centro di servizio sociale e trovare delle soluzioni a riguardo, anche agevolando eventuali ricongiungimenti affettivi.

²⁵ Emblematico l’art. 14 *quater*, comma 4, secondo cui le restrizioni derivanti dall’applicazione del regime di sorveglianza particolare non possono riguardare i colloqui con i prossimi congiunti.

²⁶ Cass. Pen., sez. I, sent. nn. 52544/2014, 49734/2013. In dottrina, G. DI GENNARO, G. BREDA, R. LA GRACA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 4.

²⁷ Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 4748/2013.

celebrato in carcere, sia ammettendo l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA)²⁸ anche per i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale. Secondo la Corte, infatti, lo stato detentivo, anche se in regime speciale, non può ostacolare il riconoscimento di un diritto costituzionalmente tutelato, quale è quello alla genitorialità, distinguendo tra liberi e ristretti, se non allorquando tale limitazione possa dirsi giustificata da altrettanto fondamentali esigenze di tutela collettiva²⁹.

²⁸ Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) è regolamentato dalla L. 40 del 2004. Per un’attenta disamina sul tema dei diritti fondamentali in relazione allo stato di detenzione si veda: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 8; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

²⁹ *cfr.* Sentenze Cass. pen., nn. 11259/2009, 48165/2008, 46728/2011. In particolare, la Prima sezione penale - sentenza 11259/2009 – ha accolto il ricorso di Andrea M., un detenuto di 44 anni affetto da epatopatia HCV, al quale il magistrato di Sorveglianza della capitale aveva negato il consenso ad accedere alla fecondazione assistita sulla base del fatto che, nè il detenuto, nè la moglie, avevano problemi di sterilità o comunque una «patologia intrinsecamente impeditiva del concepimento o della gestazione». Per il magistrato di sorveglianza non si potevano applicare le «Linee Guida» del decreto del ministero della Salute dell’aprile 2008, che tuttavia includevano la patologia di cui soffriva il M. (epatopatia HCV correlata) quale condizione che, per l’elevato rischio di trasmissione al partner ed al feto, induce oggettivamente situazione di infecondità e quindi di infertilità. Ma la Cassazione l’ha pensata diversamente e ha rinviato il caso al magistrato di sorveglianza della capitale. Accogliendo il ricorso del detenuto, la Suprema Corte ha ricordato che la legge 40 del 2004 «parla di sterilità o infertilità, ma non indica le specifiche patologie che producano sterilità o infertilità in modo dettagliato e nominativo». La stessa legge «laddove richiama il parere del Consiglio Superiore della Sanità, quale supporto tecnico delle “Linee Guida” che sono “vincolanti per tutte le strutture autorizzate”, pur con riferimento all’indicazione delle procedure, in definitiva demanda proprio alle Linee Guida la più compiuta e particolareggiata indicazione delle patologie rientranti nel più generale quadro normativo». «Tali “Linee Guida”», osserva ancora la Cassazione, «in effetti esplicitano una serie di condizioni patologiche, a vario livello incidenti nella funzione riproduttiva, che quella condizione finale di infertilità o sterilità producono». Dunque «non è corretto disapplicare le Linee Guida degradate a fonte regolamentare, proprio in quanto esse svolgono invece funzione concretamente integrativa della previsione generale della Legge 40 (la cui applicazione altrimenti sarebbe lasciata, in materia di particolare sensibilità umana e sociale, oltre che deontologica, alle disomogenee iniziative dei singoli medici)». Detto questo, la Suprema Corte non trova «lecito che il giudice si possa spingere fino al punto di delimitare, al di là di quello che è stato il parere scientifico del massimo organo di consulenza tecnica in materia medica, ciò che rientri o non rientri nell’ambito delle patologie che la comunità scientifica ritenga invece autorevolmente produttiva di infertilità o sterilità».

3. La detenzione domiciliare, assistenziale e speciale.

Il tema assume tono umanizzante nell’ordinamento penitenziario, in cui sono contenute numerose disposizioni dedicate alla tutela del rapporto del detenuto con i figli minori, oltre alla previsione di istituti di carattere generale volti al mantenimento dei legami familiari, quali i colloqui, visivi o telefonici, la corrispondenza, ecc.³⁰

L’art. 11, comma 9, ord. penit., ad esempio, consente, alle madri detenute o internate, di tenere presso di sé i figli fino all’età di tre anni, prevedendo a tal fine l’edificazione di asili-nido deputati alla cura e all’assistenza del minore in carcere, oltre, ovviamente, all’inserimento negli istituti penitenziari di specialisti con il compito di tutelare la salute psico-fisica dei bambini e delle stesse madri. Non è difficile affermare, tuttavia, che, atteso il sempre problematico sovraffollamento, l’ambiente carcerario risulti difficilmente compatibile con il quadro costituzionale e internazionale posto a tutela dell’infante, ripercuotendosi sul suo sano sviluppo psicofisico.

Per la madre con prole al seguito, l’esecuzione della pena all’interno del carcere aggiunge alla sofferenza connaturata allo *status detentionis*, quella connessa all’impossibilità di assolvere al proprio compito genitoriale, in un ambiente che ne annulla l’autorevolezza e ne limita il potere decisionale. Eppure, sotto altra prospettiva, la privazione del genitore durante il processo di formazione del minore potrebbe egualmente pregiudicare il sano ed equilibrato sviluppo dello stesso³¹, attesa l’*infungibilità* della sua figura.

La gravità del fenomeno dei “bambini detenuti”, per quanto sussistente, riguarda tuttavia un basso numero di soggetti³². Quella femminile è, infatti, una porzione molto ridotta della popolazione carceraria, costituita per la stragrande maggioranza da soggetti di sesso maschile; ciò in quanto le donne commettono, per lo più, reati a bassa pericolosità sociale e quindi possono beneficiare delle misure alternative alla detenzione³³.

Nonostante l’esiguità statistica del fenomeno dei “bambini detenuti”, esso rivela comunque una grande drammaticità, anche se il quadro giuridico nazionale,

³⁰ Per un approfondimento su tale pronuncia si veda F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, p. 2240.

³¹ S. TOGNAZZI, *Detenzione domiciliare della madre: bilanciamento tra tutela della collettività e tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 8/2018.

³² I figli al seguito di detenute madri, presenti negli istituti penitenziari italiani al 31 ottobre 2018 sono 50, secondo quanto rilevato dal Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria-Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica, consultabile sul sito ministeriale www.giustizia.it.

³³ A. PRESUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1998.

comunitario ed internazionale vigente, impone di considerare come preminente l’interesse del figlio minore rispetto alle esigenze punitive dello Stato. Le modalità di esecuzione della pena o delle misure cautelari non possono quindi ignorare i bisogni del bambino cui, in determinate fasi del suo sviluppo, va garantito un rapporto con entrambi i genitori e ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale³⁴.

Peraltro va notato che il nostro ordinamento è andato progressivamente ispirandosi ad un bilanciamento sempre più favorevole alle esigenze di sviluppo dei minori, soprattutto nei loro primi anni di vita.

E’ stato così introdotto³⁵, all’art. 47-*ter* ord. penit., l’istituto della detenzione domiciliare, pensato per finalità assistenziali in favore di determinate categorie di soggetti, di scarsa caratura criminale, ritenuti meritevoli di particolare tutela.

La disciplina della più “umana” misura è stata oggetto, nel tempo, di numerosi interventi legislativi³⁶, ispirati a diverse finalità, che hanno finito per creare un panorama alquanto variegato in cui convivono diverse tipologie di detenzione domiciliare, regolate per lo più da discipline speciali.

Nel 2001³⁷, infatti, è stato introdotto, con l’art. 47-*quinqies*, l’istituto della detenzione domiciliare speciale, ai sensi del quale sono ammesse alla predetta

³⁴ Il diritto-dovere di assistenza materiale e morale nei confronti dei figli, trova tutela anche negli artt. 147 e 315-*bis* cod. civ., ove risulta inequivocabilmente rivolto a entrambi i genitori; si vedano anche la L. 54 del 2006 “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli” e il successivo D.lgs. n. 154 del 2014 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’art. 2 L. 10 dicembre 2012, n. 219”.

³⁵ L. 10 ottobre 1986, n. 663, Legge Gozzini. Ai sensi del comma 1 dell’art. 47-*ter*, la detenzione domiciliare era destinata a trovare applicazione nei confronti di donna incinta o in allattamento, ovvero di madre di prole di età inferiore ai 3 anni con lei convivente, condannata a pena detentiva non superiore ai due anni.

³⁶ Alla Legge Gozzini seguiva la Legge Simeone (165/1998), che elevava a 10 anni l’età della prole convivente ed introduceva la detenzione domiciliare in surroga, ammettendo alla misura anche il padre esercente la potestà (oggi responsabilità genitoriale, *ex d.lgs.* 154/2013), allorché la madre fosse deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole. Attraverso tale ultima previsione, in particolare, il Legislatore mostrava di recepire la sent. 215/1990 della Corte Cost., che aveva dichiarato incostituzionale l’art. 47 *ter*, laddove non prevedeva la concessione della misura anche al padre, in caso di oggettiva impossibilità della madre. Più di recente, la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 47-*ter* comma 1, l. a e b, laddove non prevede la concessione della detenzione domiciliare alla madre o al padre condannati, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante di età superiore ai 10 anni (sent. n. 350/2003).

³⁷ L. 40/2001, c.d. legge Finocchiaro, con la quale il Legislatore si è anche occupato dell’inserimento di un nuovo art. 21-*bis* ord. penit. disciplinante la misura dell’assistenza all’esterno dei figli minori, cui possono essere ammesse, alle condizioni previste dall’art.

misura alternativa, in assenza dei presupposti previsti dall’art. 47-ter, le condannate madri (o i padri, in caso di decesso o impossibilità della madre), dopo l’espiazione di almeno un terzo della pena o di quindici anni in caso di ergastolo.

A completamento di questa stratificazione legislativa, è intervenuta, infine, la L. 62/2011³⁸, con la quale si consente alla madre di espiare il terzo di pena o i quindici anni, necessari per l’ammissione al predetto beneficio, presso un istituto di custodia attenuata (c.d. ICAM), nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora o in luogo di cura, accoglienza e assistenza.

La caratteristica dell’ICAM³⁹ è la sua collocazione all’esterno delle mura carcerarie e la sua organizzazione segue un modello di tipo comunitario, in modo che si delinei un contesto maggiormente idoneo allo sviluppo dei bambini, con la previsione, ad esempio, che le strutture siano arredate in modo familiare, dotate, cioè, dei necessari sistemi di sicurezza e prive dei tratti caratteristici dell’edilizia carceraria (sbarre, celle chiuse e così via).

Al loro interno, poi, le madri sono assistite da operatori specializzati e sorvegliate da agenti di Polizia penitenziaria in borghese, con possibilità per i bambini di frequentare il nido di zona così da favorire relazioni diversificate.

Il percorso di espansione della misura, in particolare prevista dall’art. 47-quinquies, ha trovato la propria ragione d’essere non tanto nello scopo deflattivo, spesso caratterizzante la previsione delle misure alternative alla detenzione, quanto nell’intento di arginare lo straziante fenomeno dei “bambini detenuti”, rendendo il dettato normativo maggiormente conforme ai principi costituzionali e sovranazionali dettati in materia.

La detenzione domiciliare applicata alla madre, specie quella di tipo speciale, è espressione dell’intenzione del Legislatore di favorire l’espiazione della pena in modalità alternativa, a tutela del minore, quale titolare di autonomi diritti soggettivi

21 che regola il lavoro all’esterno, le condannate e le internate, al fine di dedicarsi alla “cura e all’assistenza all’esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci”.

³⁸ La L. 62/2011 ha inciso anche sull’art. 275, comma 4, primo periodo, c.p.p., il quale stabilisce testualmente 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”. A tal fine, è prevista la possibilità di disporre gli arresti domiciliari presso una “casa famiglia protetta”, ove istituita, (art. 284, comma 1, ultimo inciso, c.p.p.) ed è stata introdotta la misura della “custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri” (art. 285-bis c.p.p.).

³⁹ Attualmente sono stati costituiti tre ICAM a Milano, Venezia e Cagliari, oltre a quelli presenti a Torino e a Lauro. In Dottrina, I. DEL GROSSO, *ICAM e case famiglia protette, Allegato 2 del Tavolo 3- Donne e carcere degli Stati generali dell’esecuzione penale*, in www.giustizia.it, 2016, pp. 1 ss.

di rango costituzionale, il cui interesse al soddisfacimento è considerato preminente.

Gli artt. 47-*ter* e *quinqües* ord. penit. vanno quindi ad aggiungersi all’art. 11 ord. penit. e all’istituto del rinvio obbligatorio o facoltativo di cui agli artt. 146 e 147 c.p.⁴⁰, divenuto di applicazione meramente residuale proprio a seguito dell’introduzione della detenzione domiciliare.

Ebbene, l’ampliamento dell’operatività della detenzione domiciliare é frutto non soltanto di un Legislatore reso sensibile dalla complessa normativa, anche di provenienza estera, ma anche della Corte Costituzionale, che, ad esempio, nel 2014, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* comma 1 ord. penit.⁴¹, laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare prevista dagli artt. 47-*quinqües* e *ter*, comma 1, lett. *a*) e *b*); mentre, in via consequenziale, nel 2017, è stato colpito da incostituzionalità il comma 1 *bis* dell’art. 47 *quinqües*, nella parte in cui esclude l’applicazione della misura per le condannate per taluno dei delitti elencati nell’art. 4-*bis* ord. penit.

Più in dettaglio, nella pronuncia del 2014⁴², la Corte ha censurato la scelta del Legislatore di prevedere una presunzione relativa di pericolosità, che, nel caso della detenzione domiciliare speciale, si risolveva nell’assenza di collaborazione con la giustizia, facendo così prevalere la tutela della collettività, mediante l’esecuzione della pena in regime carcerario, sull’interesse del minore, considerato recessivo. Le conseguenze derivanti dalla lotta alla criminalità organizzata, perseguita dall’art. 4 *bis*, venivano pertanto riversate su un soggetto terzo e debole per definizione⁴³.

Nel 2017⁴⁴, parimenti, è stata censurata la preclusione contenuta al comma 1-*bis* dell’art. 47-*quinqües*. Se, anche precedentemente al 2014, una fruttuosa collaborazione con la giustizia avrebbe potuto infatti condurre, in presenza degli altri presupposti, alla concessione della misura di cui all’art. 47-*quinqües*, la preclusione contenuta al comma 1-*bis* della norma era invece insuperabile: ogni condannata per uno dei delitti di cui all’art. 4-*bis* non avrebbe mai potuto scontare

⁴⁰ Ai sensi dell’art. 146 c.p., il differimento obbligatorio della pena è disposto nei casi che essa debba aver luogo “nei confronti di donna incinta” o “nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno”; mentre il differimento facoltativo *ex* art. 147 c.p. è limitato al caso che la pena debba essere eseguita “nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni”.

⁴¹ L’art. 4-*bis* prevede un regime differenziato per i condannati per reati di mafia (e per tutta una serie di reati ostativi, ampliati nel tempo), che possono accedere ai benefici penitenziari solo dopo aver collaborato con la giustizia.

⁴² C. Cost., sentenza 22 ottobre 2014, n. 239, in www.giurcost.it.

⁴³ A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell’art. 47 quinqües ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 8/2017.

⁴⁴ C. Cost., sentenza 8 marzo 2017, n. 76, in www.cortecostituzionale.it.

la quota parte della pena necessaria per fare istanza di detenzione domiciliare speciale. La Corte ne ha dichiarato l’incostituzionalità, argomentando proprio sul preminente interesse di protezione del minore, la cui valutazione verrebbe preclusa all’apprezzamento del giudice, in aperta violazione con l’art. 31 comma 2 Cost.

Dalla successione degli interventi legislativi e giurisprudenziali deriva, in sintesi, la seguente disciplina: la donna incinta o madre di prole minore di dieci anni con lei convivente – o di minore disabile di età anche superiore ai dieci anni – e il padre esercente la responsabilità genitoriale, quando la madre sia deceduta o impossibilitata a dare assistenza ai figli, possono espiare la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena, e la pena dell’arresto, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora o in luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza o, limitatamente alla donna incinta o madre, in “case famiglia protette”⁴⁵, ove istituite⁴⁶ (detenzione domiciliare assistenziale *ex art. 47-ter*).

Merita un richiamo anche la sentenza recentemente emessa dalla Corte cost., n. 174 del 2018, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 21-*bis* ord. penit., nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21, con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all’art. 4-*bis*, co. 1, 1-*ter* e 1-*quater*, ord. penit, non consente l’accesso all’assistenza all’esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci oppure lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall’art. 58-*ter* ord. penit.

Al di fuori dei casi sopra esposti, le condannate madri di prole di età inferiore ai dieci anni – o di minore disabile di età anche superiore – possono essere ammesse a espiare la pena nelle strutture menzionate, dopo l’espiazione di almeno un terzo della pena inflitta ovvero di quindici anni in caso di condanna all’ergastolo, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga (detenzione domiciliare speciale, *ex art. 47-quinquies*).

⁴⁵ Ai sensi del D.M. 8 marzo 2013, si tratta di strutture edificate in modo tale da consentire agli ospiti una vita quotidiana ispirata a modelli familiari, tenuto conto del prevalente interesse del minore; ospitano non oltre sei nuclei di genitori con relativa prole; [...] sono previsti spazi da destinare al gioco per i bambini, possibilmente anche all’aperto; sono previsti spazi, di dimensioni sufficientemente ampie, per consentire gli incontri personali [...] nonché gli incontri e i contatti con i figli e i familiari al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi.

⁴⁶ La soluzione legislativa subordina alla disponibilità delle strutture (“*ove istituite*”) l’assegnazione delle madri alle case protette. In caso di indisponibilità, il giudice dovrà, pertanto, disporre l’assegnazione delle detenute presso altra struttura di cura o assistenza, priva tuttavia delle caratteristiche specifiche per l’accoglienza di genitori-figli previste per le case protette, da cui derivano trattamenti irragionevolmente differenziati per soggetti che pur si trovano nelle stesse condizioni processuali.

Le discipline sopra previste sono applicabili, a seguito degli interventi della Corte Costituzionale, a prescindere dal titolo di reato per cui è stata emessa condanna.

Nonostante gli indiscutibili passi avanti raggiunti attraverso tali interventi di riforma, il Legislatore non ha, tuttavia, attribuito alla tutela dell’infanzia una posizione di assoluta preminenza, tale da condurre all’inoperatività dell’art. 11 ord. penit. Resta, infatti, salvo l’accertamento in ordine al concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, la cui eventuale presenza neutralizza l’operatività del divieto detentivo.

Il bilanciamento degli interessi coinvolti è affidato all’opera della giurisprudenza, chiamata a valutare, da un lato, le esigenze di tutela collettiva (che richiede che la pena venga eseguita in un istituto penale) e, dall’altro, l’interesse del minore a ricongiungersi con la madre e a godere delle sue cure in ambiente esterno al carcere⁴⁷.

L’ammissione alla detenzione *ex artt. 47-ter e quinquies*, al pari di ogni misura alternativa alla detenzione è, dunque, subordinata ad una valutazione discrezionale del giudice, chiamato ad accertare, oltre la sussistenza dei presupposti di applicazione, anche l’opportunità della concessione, attesa la polifunzionalità dell’istituto.

Trasferire l’esecuzione penale dal carcere a un ambiente esterno, sia esso domestico o una struttura terapeutica, oltre a tutelare l’interesse del minore a vivere in un ambiente più consono al suo sviluppo, offre infatti alla condannata la possibilità di recuperare la dimensione affettiva della propria esistenza, funzionale alla rieducazione. La pena deve, infatti, pur sempre perseguire obiettivi special-preventivi, mediante modalità d’esecuzione che presuppongano un’attiva collaborazione della detenuta all’opera di reintegrazione sociale.

A ben vedere, la preminente tutela del minore non si pone in contrasto con la finalità risocializzante del trattamento, costituendone anzi uno stimolo importante. Il recupero della relazione affettiva connessa alla maternità, implicando un’assunzione di responsabilità nei riguardi della formazione e sviluppo del figlio, può ben rappresentare elemento di un trattamento rieducativo che si basi sulla valorizzazione del rapporto genitoriale, con positivi riflessi sull’autostima della persona, che ritrova così la propria identità di madre⁴⁸.

In buona sostanza, pare possibile affermare che la tutela del minore e la finalità rieducativa della pena, entrambe costituzionalmente protette, trovano nella detenzione domiciliare la giusta correlazione.

Un limite all’effettività della normativa in materia di detenzione domiciliare, comune alla normativa relativa alle misure cautelari, si incontra ancor oggi nella

⁴⁷ D. MONE, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli tra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in *DPERonline*, n. 2/2017, pp. 1-15.

⁴⁸ S. TOGNATTI, *La detenzione domiciliare della madre: bilanciamento tra tutela della collettività e tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 8/2018.

carente disponibilità delle nuove strutture, imputabile alla mancanza di un’appropriata politica d’investimenti.

Tale circostanza induce a riflettere sul condizionamento che gli elementi di natura economica - che nell’opera di bilanciamento con i “valori umani” dovrebbero essere sempre dichiarati soccombenti - possono determinare sulle persone, addirittura su minori innocenti, al punto da segnare per sempre lo sviluppo e la vita, violandone sostanzialmente i diritti fondamentali.

4. L’importanza di non interrompere la convivenza genitore-figlio.

L’esigenza di tutelare il rapporto madre-figlio è avvertita, prima ancora che nella fase esecutiva, nella fase cautelare del procedimento penale. L’art. 275, comma 4, c.p.p. dispone, infatti, che *non può essere disposta né mantenuta* la custodia cautelare in carcere nei confronti della donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente (ovvero del padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole), *salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza*.

Dal confronto della norma ora richiamata con quanto già esposto in riferimento alla detenzione domiciliare, emerge subito la disomogeneità delle scelte legislative operate in ordine al limite di età della prole, entro i cui confini il rapporto genitoriale viene tutelato⁴⁹. Appare illogica, infatti, la volontà del Legislatore nel ritenere che il rischio di grave pregiudizio per lo sviluppo del bambino, derivante, appunto, dall’assenza della figura genitoriale, sussista solo fino all’età di sei anni se il genitore versi in stato di carcerazione cautelare e, di contro, sussista invece fino alla più ampia età di dieci anni se, viceversa, il genitore versi in stato di

⁴⁹ Sulla disomogeneità rilevata tra fase cautelare e fase esecutiva in ordine al limite di età del minore, v., recentemente, il Giudice delle leggi che, con sentenza n. 17 del 2017, ha escluso un esercizio della discrezionalità legislativa censurabile sulla base del canone della ragionevolezza, e ciò perché “tale età 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”; la Corte si è, inoltre, appellata alla differenza intercorrente tra le funzioni della sanzione e della cautela, per concludere che, se nell’una e nell’altra sede “le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, [...] non raggiunge [...] il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l’interesse del minore fornisca esiti non coincidenti”: cfr. V. MANCA, *Umanità della pena, tutela dei soggetti vulnerabili, implementazione delle “sanzioni di comunità” dovrebbero essere gli imperativi categorici per un ordinamento penitenziario conforme ai principi costituzionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 2/2018, pp. 1-19.

carcerazione esecutiva⁵⁰. Ciò appare ancora più evidente, ove si ponga mente al fatto che, nella fase cautelare, non figura ancora nemmeno accertata la penale responsabilità del genitore e che, quindi, quest’ultimo è assistito da presunzione d’innocenza.

Per quanto invece attiene alla nozione di *qualificate* esigenze cautelari, pare potersi affermare che esse si distinguono dalle normali esigenze cautelari in relazione alla graduazione della intensità delle stesse, che deve essere tale da far ritenere insostituibile la misura carceraria, attesa l’esistenza di puntuali e specifici elementi dai quali emerga uno spiccato ed allarmante rilievo di tutela delle esigenze di cui all’art. 274 c.p.p..

Esclusa la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionali rilevanza in sede cautelare, è dunque possibile che, allorché l’imputata venga raggiunta da una sentenza di condanna definitiva, questa si trovi in espiazione di misura cautelare presso una casa famiglia protetta (*ex art. 284, comma 1, ultimo inciso, c.p.p.*), ovvero in istituto a custodia attenuata per detenute madri, c.d. ICAM (*art. 285-bis c.p.p.*).

La *ratio* della normativa, in modo analogo a quanto osservato in materia di detenzione domiciliare, consiste nella volontà di garantire ai figli di tenera età l’assistenza genitoriale, in un momento particolarmente significativo e qualificante della loro formazione fisica e psichica.

E proprio al fine di scongiurare l’interruzione della convivenza con la madre in ambiente domestico, generata dalla carcerazione di quest’ultima, soccorre il comma 5 dell’art. 656 c.p.p., che prevede la sospensione dell’ordine di esecuzione al fine di evitare l’ingresso in carcere della condannata per il tempo necessario ad avanzare l’istanza di misura alternativa.

Le madri di prole d’età inferiore a dieci anni con loro convivente (e, a certe condizioni, i padri) beneficiano della sospensione *ex art. 656 c.p.p.*, ove la pena detentiva (anche residua) non sia superiore a quattro anni⁵¹.

Il medesimo art. 656, al comma 9 lett. *a*), prevede che osti alla sospensione la condanna per determinati reati, fra i quali compaiono quelli di cui all’art. 4-*bis* ord. penit., ma anche un reato come il furto in abitazione (*art. 624-bis c.p.*⁵²), tipico

⁵⁰ G. BELLANTONI, *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Ordines*, fasc. 1/2015.

⁵¹ La Corte Cost., con sentenza n. 2 marzo 2018, n. 4, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 656, comma 5, c.p.p. nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l’esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

⁵² C. Cost., sent. 1 giugno 2016, n. 125, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 656 co. 9 lett. *a*) c.p.p. “nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la

della fascia di criminalità, espressione di marginalità sociale, alla quale per lo più appartiene la popolazione detenuta femminile.

In ordine alla preclusione per i reati di cui all’art. 4-*bis*, non può non richiamarsi la censura che la Corte Costituzionale⁵³ ha rivolto al comma 1-*bis* dell’art. 47-*quinquies*, nella parte in cui escludeva in assoluto l’accesso ad un istituto, primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età, alle madri accomunate dall’aver subito una condanna per taluno dei delitti indicati in tale disposizione.

Non può, infatti, mettersi in dubbio che anche la sospensione *ex art.* 656, comma 5, c.p.p. si configuri quale istituto volto alla tutela dei minori, altrimenti inevitabilmente esposti alla separazione dalla madre o alla condivisione dell’ambiente carcerario, pur quando la pena da espiare sia tale da consentire alla condannata di candidarsi alla sottrazione al carcere per accudire i figli.

Del resto, ancora recentemente, la Corte costituzionale⁵⁴ ha rilevato il contrasto dell’art. 656, comma 9, lettera a), c.p.p. con gli artt. 27 e 31 Cost., se applicato a condannate con figli minorenni al seguito, laddove vieta, appunto, la sospensione dell’esecuzione della pena detentiva nei confronti dei condannati per i delitti di cui all’art. 4-*bis*. È stato così espunto l’ennesimo automatismo, idoneo a paralizzare la sospensione dell’esecuzione di una pena detentiva breve, perché rivolto ad evitare “*gli effetti desocializzanti correlati a un passaggio diretto in carcere del condannato che provenga dalla libertà e che potrebbe avere diritto, previa valutazione nel merito rimessa al Tribunale di sorveglianza, a misura alternativa*”⁵⁵.

5. La riforma dell’ordinamento penitenziario: la mancata attuazione della delega di cui all’art. 1, comma 85, lett. s).

Com’è noto, nell’ultimo anno della XVII legislatura ha trovato approvazione – dopo un lungo *iter* parlamentare – la Legge n. 103 del 2017, recante modifiche al codice penale e di procedura penale e contenente anche la delega al Governo per la riforma dell’ordinamento penitenziario⁵⁶.

sospensione dell’esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo”.

⁵³ C. Cost., sent. n. 76 del 2017.

⁵⁴ C. Cost., sent. n. 90 del 2017, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁵ G. MANTOVANI, *La de-carcerazione delle madri nell’interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *DPC*, fasc. 1/2018.

⁵⁶ La presentazione del D.d.L., a firma del Ministro Orlando, è stata preceduta dalla convocazione, ad opera di quest’ultimo, nell’estate del 2015, degli “Stati Generali dell’Esecuzione Penale”, i cui lavori si sono conclusi nell’aprile 2016. Professori, magistrati, avvocati, operatori penitenziari, rappresentanti di associazioni, professionisti,

All’art. 1, comma 85, lett. s), la legge prevede, in particolare, la “revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione al fine di assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e di garantire anche all’imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione sia sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di età”, ponendosi sulla scia delle tappe segnate già segnate dalle leggi Gozzini, Simeone, Finocchiaro e, infine, dalla novella n. 62/2011.

Il 22 dicembre 2017 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri uno schema di decreto legislativo volto ad attuare la riforma penitenziaria, anche con riferimento alla direttiva dedicata alla tutela del rapporto tra detenute e prole minorenni.

All’art. 15 del decreto è prevista l’estensione della detenzione domiciliare ordinaria ex art. 47-ter co. 1 lett. a) e b) alla madre (o al padre, in caso di morte o di assoluto impedimento della madre) di figlio gravemente disabile, senza limiti di età.

Inoltre, nel medesimo articolo è stata finalmente sancita *expressis verbis* l’inapplicabilità del divieto di concessione della detenzione domiciliare, previsto nel primo comma dell’art. 4-bis ord. penit., sia nel tessuto dell’art. 47-quinquies ord. penit., dedicato alla detenzione domiciliare speciale, sia in quello dell’art. 47-ter comma 1-bis, avallando sostanzialmente le espunzioni già operate nel settore dalla Corte costituzionale.

ministri di culto, sono stati chiamati a dare delle soluzioni alle criticità della odierna situazione penitenziaria. Dei bisogni legati al mantenimento dei rapporti familiari e delle relazioni affettive in genere, si è occupato in particolare il “Tavolo 6-Mondo degli affetti e territorializzazione della pena” (v. G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l’esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. giust.*, n. 2/2015, p. 61 ss., al sito www.questionegiustizia.it). Sulla riforma, F. FIORENTIN, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 307; ID., *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola e T. Bene, Milano, 2017, 415; C. FIORIO, *Art. 1, comma 85, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario*, in *Codice di procedura penale commentato*, in Giarda – Spangher (a cura di) V ediz., Milano, 2017, Tomo III, p. 3546; P. CORVI, *Venti di riforma sull’esecuzione penale: la delega per la modifica dell’ordinamento penitenziario*, in *Le recenti riforme in materia penale*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E. M. Mancuso (a cura di), Milano, 2017, p. 602; A. FURGIUELE, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, A. SCALFATI (a cura di), Giappichelli, 2017, p. 325; P. MAGGIO, *La delega in materia penitenziaria*, in *Arch. p. proc. pen.* 2017, p. 67; A. DI BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di Ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 6/2017, pp. 250-252; P. BRONZO, G. GIOSTRA, *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7/2017.

Sempre sulla scia degli interventi compiuti dal Giudice delle Leggi, per quanto riguarda le donne con figli nei confronti delle quali debba essere eseguita una pena detentiva breve, è stata altresì prevista – all’art. 5 dello schema di decreto legislativo – la modifica dell’art. 656 co. 5 c.p.p., innalzando a quattro anni il limite di pena che comporta la sospensione della sua esecuzione nei confronti della generalità dei condannati⁵⁷.

Purtroppo, il cambio di legislatura⁵⁸ non ha dato seguito all’opera normativa, non avendo realizzato le deleghe *ivi* previste, cioè la revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, nell’ottica di una loro più ampia applicazione (art. 1, comma 85, lett. b); la revisione del sistema delle preclusioni all’accesso ai benefici penitenziari (lett. d) ed e); l’effettività del diritto alla affettività (lett. n); insomma, la tutela del rapporto tra detenute e figli minori (lett. s).

Tuttavia, con deliberazione del 27 settembre 2018, l’attuale Consiglio dei Ministri ha emanato due decreti legislativi di attuazione della riforma penitenziaria, i D.lgs. n. 123 e 124⁵⁹: il primo, in materia di assistenza sanitaria, semplifica le procedure con modifiche parziali in tema di revoca di misure alternative e di vita penitenziaria; il secondo, cura la vita detentiva e il lavoro penitenziario.

Salvata gran parte della riforma disegnata dal precedente Governo, risultano comunque espunte definitivamente le proposte di riforma sulla disciplina delle misure alternative e sull’eliminazione delle preclusioni per i detenuti di cui all’art. 4-*bis*, ribadendosi, per contro, la necessità di istituire asili nido per la cura e l’assistenza di minori conviventi con madri ristrette (v. art. 14 ord. penit., in cui si è ritenuto di trasferire la disposizione dedicata alle madri detenute che abbiano con sé i figli, originariamente prevista all’art. 11, comma 9).

Eppure va riconosciuto che la delega contenuta nella Legge n. 103 del 2017 avrebbe potuto costituire l’occasione per una riforma capace di incidere, in maniera più sostanziale ed effettiva, sulla tutela del rapporto genitoriale e sull’interesse del minore a crescere a contatto con i propri genitori, in ambiente idoneo al suo sviluppo, debellando una volta per tutte il fenomeno dei “bambini detenuti”⁶⁰.

Invero, deve evidenziarsi la circostanza secondo cui la riforma sia stata prevista quale riforma “a costo zero”, con l’esclusione di nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e incaricando le amministrazioni interessate di provvedere agli adempimenti necessari nell’ambito delle risorse umane, finanziarie e

⁵⁷ P. BRONZO, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *La Legislazione penale*, 2018.

⁵⁸ Elezioni politiche del 4 marzo 2018.

⁵⁹ Pubblicati in Gazzetta Ufficiale il 26 ottobre 2018; i provvedimenti sono entrati in vigore il 10 novembre.

⁶⁰ G. BIONDI, *Lo sviluppo del bambino in carcere*, Milano, F. Angeli, 1995; AA. VV., *Infanzia e adolescenza diritti e opportunità*, Firenze, 1998.

strumentali disponibili⁶¹. Difficile, quindi, immaginare che al riguardo potesse darsi disposizione di avviare una politica di nuovi investimenti, volti all’edificazione o all’ampliamento di strutture extracarcerarie destinate ad accogliere le detenute con prole al seguito, ancora oggi troppo carenti⁶².

Non pare potersi affermare, però, che il problema economico-finanziario rappresenti un alibi rispetto alla mancata attuazione della legge che avrebbe, invece, motivazioni più propriamente politiche⁶³; pur tuttavia, anche alla luce dell’esiguo numero di infanti che ancora oggi si trovano ristretti a seguito delle loro madri, non sarebbe ingente l’investimento necessario per eliminare in via definitiva il drammatico fenomeno di cui ci siamo interessati, anche per evitare che si ripetano tragedie del tipo di quella occorsa nel carcere di Rebibbia⁶⁴, da ritenersi, ora, ulteriore *input* politico per avviare a soluzione la discrasia tra quanto normato e quanto realmente attuato, se si vuole realizzare il più volte professato sentimento per il quale i bambini non hanno le colpe dei genitori né debbono pagarle.

⁶¹ Si v. l’art. 12 del decreto 123/2018.

⁶² V. MANCA, in *Gazzetta la riforma dell’Ordinamento penitenziario. Le novità introdotte*, in www.ristretti.it, 2018 nonché www.quotidianogiuridico.it, 2018; F. FIORENTIN, *Ordinamento penitenziario. La riforma incompiuta*, in www.ilpenalista.it, 2018.

⁶³ 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 *DPER online*, settembre 2017.

⁶⁴ Il 18 settembre 2018 una detenuta di nazionalità tedesca, dell’età di 33 anni, ha ucciso la figlia neonata e ferito a morte l’altro figlio di due anni gettandoli dalle scale interne del carcere. *“I miei bambini adesso sono liberi, sono in Paradiso”*, queste le parole proferite dalla donna al suo difensore.