

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

CAMILLA CASELLI

Gli strumenti intramurari ed extramurari a
garanzia del diritto alla genitorialità dei padri
detenuti. Buone pratiche e criticità

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
6 giugno 2023

Gli strumenti intramurari ed extramurari a garanzia del diritto alla genitorialità dei padri detenuti. Buone pratiche e criticità

Sommario

1. Introduzione - 1.2 I colloqui visivi - 1.2.1. I colloqui via Skype (e la crisi pandemica) - 1.2.2 Modalità e luoghi dell'incontro tra padri detenuti e figli - 1.2.3. Proposte di riforma: il diritto di visita. - 1.2.3 Il principio di territorializzazione della pena - 1.3 La corrispondenza telefonica - 2. Le misure extramurarie - 2.1 I permessi - 2.1.1. Il permesso-premio - 2.1.2. La problematica polifunzionalità dei permessi-premio - 2.2 La detenzione domiciliare - 2.3 L'assistenza all'esterno dei figli minori?

Abstract

La condizione dei padri detenuti e le possibilità concesse loro di esercitare il ruolo genitoriale durante l'esecuzione della pena costituiscono l'oggetto di questo articolo. La disciplina prevista dalla legge di ordinamento penitenziario e dalle successive norme in materia prevede una differenziazione degli strumenti intramurari ed extramurari impiegabili da madri e padri per esercitare il loro ruolo genitoriale, ricalcando lo stereotipo che vede le madri come uniche detentrici del ruolo di cura e i padri come *breadwinner*, che persa la possibilità di occupare questa posizione nella famiglia, si trovano penalizzati nell'accesso al godimento del diritto all'affettività, declinato in relazione alla prole. L'analisi di tali strumenti verrà condotta non solo dal punto di vista di come sono formulate le norme, ma anche della loro concreta applicazione in una prospettiva sociologica.

This paper focuses on the condition of imprisoned fathers and the possibilities granted to them to exercise the parental role during the execution of the judgment. The legal framework envisaged by the penitentiary law and by the subsequent regulations on the subject provides for a differentiation of the intramural and extramural tools that can be used by mothers and fathers to exercise their parental role, tracing the stereotype that sees mothers as the only holders of the role of care and fathers as breadwinners, who have lost the possibility of occupying this position in the family, they find themselves penalized in accessing the enjoyment of the right to affectivity, declined in relation to the offspring. The analysis of these tools is conducted not only from the point of view of how the provisions are formulated, but also of their concrete application in a sociological perspective.

* Laureata in giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione

Secondo il XVII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione «complessivamente vi sono circa 60 mila figli/e di detenuti all'esterno delle carceri. Il numero è sicuramente approssimato al ribasso in considerazione di tanti casi sfuggiti alla rilevazione»¹. Al 30 giugno 2022 i detenuti con figli erano 25.316 su una popolazione carceraria complessiva di 54.841 unità, di cui 2.314 donne².

Nonostante risulti che i padri costituiscono una percentuale estremamente elevata della popolazione detenuta, la disciplina attuale incentiva maggiormente la relazione madre-figli/e piuttosto che quella padre-figli/e. I contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia sono indicati dall'art. 15 ord. penit. all'ultimo posto tra gli elementi del trattamento, dopo la consolidata triade «istruzione, lavoro, religione»; tuttavia, sono l'unico elemento che viene nominato nell'art. 1 ord. penit. e che rientra nei principi fondamentali delle *European Prison Rules*³ e delle *Mandela Rules*⁴. Possiamo quindi affermare che l'elenco dell'art. 15 sia costruito in ordine di importanza crescente. Quello a mantenere, migliorare o ristabilire relazioni affettive è anche e prima di tutto un diritto fondamentale della persona ristretta di particolare rilevanza altresì perché strettamente connesso al diritto alla salute. Infatti «la solitudine e l'impossibilità di avere continui e regolari contatti con propri cari sono spesso la causa di un crollo psicofisico, di cui risente non soltanto il detenuto ma l'intera famiglia»⁵.

Ci sono due movimenti attraverso i quali i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia possono essere mantenuti. Un movimento dall'esterno verso l'interno che si sostanzia nell'entrata della società in carcere (colloqui visivi, corrispondenza telefonica e corrispondenza epistolare, su cui però non ci si soffermerà); e un movimento dall'interno verso l'esterno che riguarda gli istituti che consentono al detenuto di rientrare per un certo periodo di tempo nella società (permessi di necessità, permessi premio, detenzione domiciliare e assistenza dei figli all'esterno).

Partendo dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento, qui di seguito verranno rilevati quali sono i problemi che sussistono sul versante applicativo e si tenterà di dare conto delle possibili soluzioni già attuate in alcuni istituti penitenziari e delle proposte di riforma legislativa avanzate negli anni. Ci si dedicherà in particolare alla ricostruzione degli strumenti intramurari: quando si parla di paternità, essi rappresentano lo strumento principale con cui i padri possono avere contatti coi figli,

1 Antigone, *Oltre il virus. XVII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2021.

2 I dati sono consultabili sul sito del Ministero della giustizia, nella sezione statistiche. L'indagine è limitata ai soli soggetti di cui è noto lo stato di paternità/maternità. Sono quindi esclusi non solo coloro che non hanno figli riconosciuti ma anche gli individui per i quali il dato non è disponibile. La parzialità di questi dati è problematica perché impedisce di tracciare le effettive dimensioni del fenomeno. Sull'importanza di raccogliere dati il più puntuali possibile per consentire ai ricercatori di fornire messaggi più chiari e affidabili ai governi in merito al tipo e alla portata delle misure necessarie per salvaguardare il benessere dei bambini con padri in carcere si veda G. Boswell, *Imprisoned Fathers and their Children: A Reflection on Two Decades of Research*, in *Child Care in Practice*, 2018, pp. 212-224.

3 Art. 7 *European Prison Rules*. Le *European Prison Rules*, elaborate dal Consiglio d'Europa, stabiliscono norme sulla gestione delle carceri e sul trattamento delle persone in carcere. Si applicano in tutti i 47 paesi del Consiglio d'Europa e forniscono una guida fondamentale al personale penitenziario su come proteggere e salvaguardare i diritti umani delle persone per tutto il periodo della loro detenzione.

4 L'art. 58 prevede che «ai detenuti sarà consentito, con i necessari controlli, di comunicare con la famiglia e gli amici a intervalli regolari». Le *Mandela Rules* sono standard minimi di tutela in materia di trattamento penitenziario delle persone detenute, adottate il 22 maggio 2015 dalla Commissione dell'ONU sulla prevenzione del crimine e della giustizia penale.

5 M. Napoli, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare: i diritti fondamentali alla prova del carcere* [e-book], Torino, Giappichelli, 2014, cap. III § 1.2.

rispetto alle madri per le quali sono previste norme *ad hoc*⁶. La presenza nell'ordinamento di queste norme denota l'adesione a un modello familiare profondamente connotato in termini di genere e ancorato ad una visione patriarcale della società, secondo la quale le donne sarebbero le uniche responsabili del lavoro riproduttivo e in grado di dare affetto ai figli. Se si accettasse invece che la rigida separazione dei ruoli teorizzata Talcott Parsons⁷ non è più attuale, diventerebbe evidente che i modelli di padri-autorevoli-*breadwinner* e di madri-angeli del focolare e madri-lavoratrici non sono realistici e nemmeno universali. Queste rappresentazioni stereotipate creano un limite rigido per il legislatore e il dibattito pubblico, che ne risultano ancora pesantemente influenzati⁸.

Avere piena contezza della varietà della realtà permetterebbe al contrario di «cessare di legiferare per tutti imponendo qualcosa che è vivibile solo per alcuni e, similmente, smettere di vietare a tutti ciò che risulta intollerabile solamente ad alcuni»⁹. Simili considerazioni offrono un valido argomento a sostegno dell'approvazione dei disegni di legge di modifica della l. n. 354/1975, la cui discussione da anni non viene calendarizzata in Parlamento¹⁰. E soprattutto possono garantire che, nel momento in cui il detenuto ritornerà alla vita da libero, gli effetti della "disculturazione"¹¹ saranno più ridotti grazie al mantenimento di legami con la società esterna e la famiglia. Il detenuto potrà così sperimentare la possibilità di ricoprire un altro ruolo, diverso e non per questo di minor merito e dignità, che valorizzi la cura all'interno della famiglia, non in relazione al *quantum* economico che è in grado di apportare, ma secondo le capacità di assumersi responsabilità nella partecipazione attiva alla crescita dei figli.

1.2. I colloqui visivi

L'art. 18 ord. penit.¹² e l'art. 27 regolamento esecutivo (d'ora in poi reg. esec.) disciplinano i colloqui visivi. Nonostante l'importanza fondamentale di questo istituto, la disciplina dei profili essenziali non

-
- 6 Per un approfondimento sul regime detentivo delle detenute madri si vedano: S. Ciuffoletti, *Le politiche legislative sulla detenzione femminile in Italia. Tra effettività e propaganda*, in Studi sulla questione criminale, 9, 3, 2014, pp. 47-72; F. Faccioli, *L'immagine della donna criminale*, in Dei delitti e delle pene, 1983, I, I, pp. 110-133; S. Grieco, *La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive possibili*, in questa Rivista, 2023; A. Lorenzetti, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, pp. 151-168; T. Pitch, *la detenzione femminile: caratteristiche e problemi*, in E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch (a cura di), *Donne in carcere, ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Milano, Feltrinelli, 1992.
- 7 T. Parsons e R.F. Bales, *Famiglia e socializzazione*, Milano, Mondadori, 1974.
- 8 Per un inquadramento sul diritto di famiglia attuale e gli stereotipi in esso contenuti si veda R. Piroso, *L'impronta (v-) eteropatriarcale e adultocentrica nel diritto di famiglia italiano. Alcune riflessioni teorico-giuridiche a partire dal "ddl Pillon"*, in questa Rivista, n. 2, 2021, pp. 164 ss.
- 9 J. Butler, *Agire di concreto* in Ead., *La disfatta del genere*, Roma, Meltemi, 2006, p. 33.
- 10 Dal 1996 al 2014 ne sono stati presentati ben dodici (ddl. 1503/1996, 331/1997, 417/2001, 20/2002, 63/2006, 1179/2006, 3010/2008, 3801/2010, 381/2013, 983/2013, 1762/2013 1587/2014) ed hanno ad oggetto l'abrogazione del limite massimo di minuti settimanali di chiamata, l'ampliamento delle stanze destinate ai colloqui e la loro modifica affinché risultino il più possibile accoglienti, previsioni di colloqui della giornata di 12-24 ore, l'istituzione di stanze dell'affettività, ecc.
- 11 Sul significato del termine si vedano E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001 e A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Milano, Meltemi, 2019.
- 12 Per una disamina approfondita di questo articolo si veda F. Della Casa e G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. 231-271.

è demandata alla fonte primaria, ma si trova nel decreto del Presidente della Repubblica del 30 giugno 2000 n. 230 – il regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà - e in circolari dell'amministrazione penitenziaria. Tale impostazione costituisce una violazione del principio di legalità sostanziale, in quanto, venendo in gioco posizioni soggettive riconosciute dalla Costituzione, la legge dovrebbe fissare le finalità e costituire il mero fondamento del potere autoritativo di imporre restrizioni, ma dovrebbe anche predeterminare i presupposti di fatto e le modalità di esercizio¹³.

L'art. 18 sancisce un diritto soggettivo del detenuto a poter sostenere con il coniuge, la persona convivente stabilmente con lui prima della carcerazione o che a lui era legata da una unione civile e chi vanta un rapporto di parentela o affinità entro il quarto grado¹⁴, sei colloqui al mese¹⁵ della durata di un'ora, di regola. La sua categorizzazione come diritto soggettivo implica la sua azionabilità davanti al magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 35-bis e dell'art. 69 c. 6 lett. b) e l'autorità competente a decidere sull'autorizzazione ha un limitato potere di negarla dovendosi limitare a una verifica attinente alla regolarità formale della richiesta e alla sussistenza del rapporto di parentela o convivenza¹⁶.

Il numero di colloqui può essere mensilmente maggiore attraverso la possibilità, riconosciuta dal c. 10 art. 37 reg. esec., di concedere colloqui straordinari se il detenuto è gravemente infermo «o quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni¹⁷ ovvero quando ricorrano particolari circostanze».

Le modalità esecutive, i giorni e gli orari in cui si svolgono i colloqui e le procedure di prenotazione sono indicati nel regolamento interno dell'istituto. Il colloquio del detenuto con i familiari è preceduto dai necessari adempimenti di sicurezza espletati dalla polizia penitenziaria, cioè dalla perquisizione personale del primo e dall'identificazione dei secondi, che sono anche sottoposti a controlli finalizzati a evitare che vengano introdotti nell'istituto sostanze stupefacenti¹⁸, strumenti pericolosi o altri oggetti non ammessi.

A seguito di questo primo quadro giuridico è necessario proporre alcune considerazioni critiche.

Un primo elemento problematico è costituito dalla soglia dei dieci anni come limite massimo di età che il figlio può avere affinché al genitore detenuto possa essere concesso un colloquio straordinario ai sensi dell'art. 37 c. 9 reg. esec. Come è possibile osservare anche per la concessione di telefonate aggiuntive, da un punto di vista della garanzia sicurezza (vista la possibilità discrezionale della loro concessione) e del benessere psicologico che deriva dal mantenere contatti frequenti con i figli, non è chiaro perché questa possibilità non riguardi tutti i minori, indipendentemente dall'età.

13 G. M. Napoli, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare* [e-book], Torino, 2014, cap. III, § 1.2.

14 Circ. D.A.P., 8 luglio 1998, n. 3478/5928; per i detenuti sottoposti al regime ex art.41-bis e per quelli inseriti nel circuito di «alta sicurezza» sono ammessi parenti e affini solo entro il terzo grado.

15 Le persone detenute per uno dei reati previsti all'art. 4-bis c.1 possono usufruire di un massimo di quattro colloqui al mese e i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis ne hanno a disposizione solo uno. La differenza di trattamento in *peius* prevista per gli imputati e i condannati ex art. 4 bis ord. penit. per i quali si applichi il divieto di benefici non sembra compatibile con gli artt. 3 e 27 della Costituzione, con l'impianto complessivo dell'ordinamento penitenziario e neanche con le *European Prison Rules*.

16 Riguardo alle ipotesi in cui, in via assolutamente eccezionale e per un periodo di tempo limitato, si neghi il permesso con provvedimento motivato si veda F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 239.

17 Il limite di età di dieci anni risulta più basso rispetto a quello di quattordici anni previsto dall'art. 18 c. 3 ord. penit. come modificato dal d.lgs. 123/2018. In base al criterio gerarchico stabilito dall'art. 4 disp. prel. c.c. dovrebbe applicarsi il limite più alto previsto dalla legge. Per risolvere tali conflitti interpretativi la Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (istituita dalla Ministra della Giustizia con decreto ministeriale del 13 settembre 2021) ha proposto di modificare l'articolo 37 c. 10 inserendo come limite di età quello dei quattordici anni.

18 Art. 103 D.p.r. 309/1990.

Infine, riguardo alle modalità esecutive e alla necessità di effettuare perquisizioni personali e controlli sui detenuti e sulle persone ammesse ai colloqui è necessario rilevare la loro invasività. Già nella circolare del Programma Esecutivo d'Azione (PEA) 16/2007 del 10 dicembre 2009 vengono segnalati come allarmanti gli elevati livelli di ansia e preoccupazione che si riscontrano nei bambini che si recano a colloquio¹⁹.

Essendo le procedure disciplinate dai singoli regolamenti di istituto, le prassi osservabili sul territorio italiano sono molto diverse. Sembra necessario a tal riguardo indicare una serie di esperienze positive messe in atto in alcune realtà, auspicando che possano diventare buone pratiche generalizzate.

La prima di queste è *Lo Spazio Giallo* «un sistema di accoglienza, attenzione e cura delle relazioni familiari in detenzione con al centro l'interesse del bambino»²⁰, in cui gli operatori del carcere possono intercettare i bisogni dei bambini e aiutarli a prepararsi all'incontro con il genitore. Uno degli elementi in cui si articola *Lo spazio Giallo* è *Trovopapà*, introdotto per la prima volta nel carcere di San Vittore nel 2007 grazie al lavoro della Onlus Bambinisenzasbarre: un percorso di accompagnamento del bambino, dall'ingresso all'uscita dal carcere, passando per tutte le tappe intermedie.

La *Carta dei figli di genitori detenuti*, redatta da Bambinisenzasbarre e sottoscritta dal Ministero della Giustizia e dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, fornisce un secondo utile strumento: all'art. 4, infatti, prevede la necessità di una preparazione specifica «sulle modalità di controllo adatte ai bambini e agli adolescenti, così che in ogni istituto penitenziario e istituto penale per i minorenni sia presente personale di polizia specializzato, adeguatamente formato per l'assistenza ai congiunti minorenni e alle famiglie durante le visite». Questa formazione sarà offerta dalla Direzione Generale della Formazione dell'Amministrazione Penitenziaria, in collaborazione con l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e l'Associazione stessa.

1.2.1. I colloqui via Skype (e la crisi pandemica)

Una modalità peculiare di svolgimento dei colloqui con congiunti e conviventi consiste nella videochiamata. Nonostante la legge di ordinamento penitenziario e il regolamento esecutivo non contengano una disciplina specifica per questa modalità di comunicazione, in base a quanto previsto dal D.A.P.²¹, la videochiamata deve essere equiparata ai colloqui ai fini dell'inquadramento giuridico della fattispecie e del richiamo alle norme applicabili.

La base giuridica per l'ammissibilità di questa modalità di espletamento dei colloqui è contenuta nella circolare D.A.P., del 2 novembre 2015, n. 0366755. Secondo quanto previsto in questo atto, l'accesso a internet «può e deve costituire per i detenuti e gli internati un proficuo strumento da impiegare in sicurezza per incrementare le offerte trattamentali». Tuttavia, solo con l'avvento della pandemia di SARS-CoV-2 questo strumento è stato efficacemente implementato. Ripercorrere cronologicamente quanto è avvenuto sotto questo profilo è importante per rilevare «la difficoltà strutturale e organizzativa (a volte culturale) per l'utilizzo delle nuove tecnologie, che l'emergenza sanitaria ha portato alla luce con forza sia nella sua attuale inadeguatezza che nella sua forte potenzialità»²². Sono stati investiti fondi nell'acquisto di nuove apparecchiature, si sono riorganizzati gli spazi per creare

19 Circolare 10 dicembre 2009 - PEA 16/2007, Trattamento penitenziario e genitorialità - percorso e permanenza in carcere facilitati per il bambino che deve incontrare il genitore detenuto.

20 In <https://www.bambinisenzasbarre.org/spazio-giallo-nel-carcere/>

21 Circ. D.A.P., 29 gennaio 2019, n. 0031246.

22 Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Relazione al Parlamento, 2021, p. 201.

nuove postazioni; tuttavia, non è da ignorare la grande disomogeneità dell'offerta di servizi tra i vari istituti. Con la nota del 26 febbraio²³ il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria impone il grande obiettivo di assicurare "l'impermeabilità sanitaria" dell'intero sistema penitenziario riconoscendo che per prevenire il contagio delle persone detenute e degli operatori bisogna attuare un intervento trasversale di contenimento. In particolare, si prevede che i colloqui in presenza debbano essere sostituiti con quelli a distanza mediante le apparecchiature in dotazione agli istituti penitenziari e con la corrispondenza telefonica, che potrà essere autorizzata oltre i limiti.

Solo l'8 marzo 2020 interviene una fonte normativa di rango superiore. Sono infatti adottati il D.L. 8 marzo 2020, n. 11 (art. 2, commi 7 e 8): e il D.P.C.M. 8 marzo 2020, n. 11 (art. 2, lett. u)²⁴: questi sospendono i colloqui in presenza con i familiari su tutto il territorio nazionale. Tuttavia, non viene data una comunicazione capillare e adeguata sulla durata del divieto e sulle modalità alternative di contatto: tablet e smartphone per effettuare i colloqui virtuali non sono ancora operativi. Molta di quella tensione sfocerà nelle proteste dell'8 e 9 marzo. In risposta, il capo dell'Amministrazione penitenziaria il 21 marzo emana una circolare in cui chiede a direttori e comandanti di illustrare adeguatamente alle persone detenute le misure adottate per garantire i contatti con i loro cari, tra le altre cose, attraverso «i colloqui a distanza che saranno possibili, oltre che con l'utilizzo di Skype, anche con le videochiamate da effettuarsi tramite le utenze mobili» grazie alla «acquisizione di oltre 1.600 telefoni mobili ed il prossimo acquisto di ulteriori 1.600 cellulari» e senza che debbano essere sostenute spese ulteriori da tutti i detenuti.

Le segnalazioni che sono giunte ad Antigone nei mesi successivi mostrano difficoltà di vario genere ad effettuare colloqui telefonici e via Skype, spesso dovute anche ai ritardi degli istituti nella riorganizzazione delle modalità di svolgimento: dalla mancanza di prolunghe per mettere in carica gli smartphone, al numero troppo esiguo di dispositivi rispetto ai detenuti e alla mancanza di privacy. In alcuni istituti, inoltre, spesso si è usato il tema sicurezza per limitare l'accesso a tali strumenti.

A maggio del 2020, anche in carcere si dà avvio alla fase 2: l'art. 4 c. 1 e 2 del D.L. n. 29 del 10 maggio 2020, prevede che possano riprendersi i colloqui in presenza con i familiari a partire dal 18 maggio, in forma contingentata, su decisione del direttore e dell'autorità sanitaria con schermi divisorii e con un numero limitato di visitatori. A novembre del 2020 «con l'impennata dei contagi sia dentro che fuori dal carcere viene pubblicato il decreto che dividerà l'Italia in colori: nelle regioni arancioni e rosse i colloqui con i familiari sono di fatto interrotti»²⁵. Con l'avanzare della campagna vaccinale e il graduale passaggio di tutte le regioni in zona bianca e gialla, i colloqui riprendono mantenendo le misure di prevenzione basate sulla protezione respiratoria (dispositivi di protezione individuale), igiene delle mani e distanziamento interpersonale e durante l'inverno 2021-2022 restano in presenza. Come per le persone in libertà, il cambiamento frequente da una zona all'altra ha determinato una grande difficoltà nel coltivare le relazioni. Il faticoso ritorno alla "normalità", per le persone ristrette è qualcosa di ancora più intensamente desiderato. Tuttavia, i due anni di isolamento dai contatti stabili con l'esterno - con le grandi ricadute psicologiche che questo ha comportato - non possono riportare alla già problematica "normalità" del pre-pandemia²⁶.

23 La nota è rivolta ai soli provveditori regionali e ai direttori di Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige, Emilia-Romagna, Marche, Toscana e Sicilia.
in:https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?facetNode_1=0_62&contentId=SDC249652&previousPage=mg_1_8

24 Questo ultimo decreto è stato poi aggiornato ed esteso nel tempo dal D.P.C.M. 26 aprile 2020 (art. 1, lettera y).

25 Antigone, *Covid e pandemia in Italia. La pandemia attraverso gli occhi di Antigone*, in *Oltre il virus. XVII rapporto sulle condizioni di detenzione*.

26 Per un approfondimento su quali fossero le condizioni delle carceri italiane prima e durante la pandemia di SARS-CoV-2 si vedano: S. Anastasia, P. Gonnella, *Inchiesta sulle carceri italiane*, Roma, Carocci, 2002; A. Margara, *Sorvegliare e punire: storia*

1.2.2. Modalità e luoghi dell'incontro tra padri detenuti e figli

Secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 37 reg. esec., se non ci sono particolari ragioni di sicurezza o sanitarie, il colloquio tra il detenuto e i familiari avviene senza vetro divisorio sotto il mero controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria, solitamente attraverso un vetro a specchio collocato in un locale adiacente.

Al comma quarto viene inoltre previsto che «nel corso del colloquio deve essere mantenuto un comportamento corretto e tale da non recare disturbo ad altri» e in caso contrario la persona può essere sospesa dal colloquio. Il contatto fisico tra il detenuto e il familiare, condizione indispensabile per assicurare un trattamento conforme al senso di umanità (art. 27 co. 3 Cost.), trova una serie di ostacoli a esplicitarsi. Da un lato, le stanze riservate ai colloqui sono molto piccole rispetto al numero di soggetti che a ogni turno le frequentano e questo causa forte promiscuità. Dall'altro lato, anche il «sentirsi eccessivamente osservato, e quindi giudicato, nella sua relazione con il figlio e con i familiari può essere per il detenuto un grande limite, al punto da frenare l'espressione dei propri sentimenti e delle proprie emozioni»²⁷. Ciò viene esasperato soprattutto dalla durata breve delle visite.

I regolamenti tra un istituto e un altro sono diversi e anche nello stesso carcere la disponibilità che si può incontrare varia tra gli agenti di polizia penitenziaria in servizio. Sarebbe auspicabile fissare regole comuni a livello nazionale, per garantire standard minimi di tutela delle relazioni e degli spazi affettivi, affinché la carcerazione, in quanto situazione transitoria, incida il meno possibile sul tessuto familiare.

La commissione Giostra, nella proposta di modifica dell'art. 18 c. 3 ord. penit., aveva configurato un diritto soggettivo azionabile di fronte al magistrato di sorveglianza a godere di locali destinati ai familiari che favorissero una dimensione riservata e collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Tuttavia, in sede di approvazione della riforma del 2018, il diritto soggettivo è stato degradato ad aspettativa di fatto che può essere oggetto al più di un reclamo ex art. 35 ord. penit. e la disposizione che ne risulta è etichettabile come *soft law*²⁸. L'articolo riformato continua prevedendo che «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici». Anche in questo caso la disposizione ha natura programmatica e svolge la funzione di «fornire "dignità" legislativa a quell'insieme di "buone prassi" già adottate in molte realtà penitenziarie»²⁹. Di seguito ne riporterò alcune a titolo esemplificativo.

Nel 2021 è stato firmato un Protocollo d'intesa tra Telefono Azzurro e Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, a rinnovo di un Protocollo d'Intesa tra le parti del 2013 a cui è seguita una proficua collaborazione. Il progetto "Bambini e Carcere" di Telefono Azzurro mira, tra le altre cose, a «supportare l'ingresso e la permanenza all'interno dell'istituto del bambino e dell'adolescente che si recano ad incontrare il genitore/parente detenuto attraverso l'allestimento di spazi idonei e la presenza del personale volontario specializzato ("Progetto Ludoteca")»³⁰.

Gli obiettivi specifici del progetto sono: creare un contesto stabile e accogliente in cui i minori e le loro famiglie possano ritrovarsi e coltivare buone relazioni familiari e col personale in servizio e dare la possibilità ai genitori di sperimentare nuovi modi di vivere il loro ruolo in famiglia. Il progetto,

di 50 anni di carcere, in *Questione giustizia*, 2009, 5, pp.89-110; A. Sbraccia, *Carcere e socialità*, in *Parolechiave* 1/2021, pp. 77-88; V. Verdolini, *L'istituzione reietta. Spazi e dinamiche del carcere in Italia*, Roma, Carocci, 2022.

27 A. Augelli, *Il diritto agli affetti in carcere: creare spazi di incontro e di narrazione*, in *Minorigiustizia*, fascicolo 3, Milano, FrancoAngeli, pp. 204-211, p. 206

28 F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 248.

29 *Ibidem*.

30 Disponibile su: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_7_1.page?contentId=SCA1255802.

coordinato a livello nazionale, è gestito a livello locale dai volontari formati. Nel protocollo all'art. 4 si esplicita che il D.A.P. e Telefono Azzurro, «ove necessario, potranno verificare la possibilità di reperire fonti di finanziamento pubbliche o private, al di fuori degli ordinari capitoli di bilancio dell'Amministrazione, per la realizzazione delle attività previste nel presente Protocollo». Ritengo tale previsione problematica, perché sembra dimostrare che la creazione di spazi protetti per la tutela del diritto all'affettività sia qualcosa di serie B su cui investire e che le risorse, sempre limitate, non possano essere impiegate per fare altro che non sia manutenzione minima degli spazi.

Gli stessi obiettivi sono perseguiti dal progetto, attivo fino a dicembre 2019 nella Casa Circondariale di Ferrara, chiamato "I sabati delle famiglie", due ore di colloquio che padri e figli potevano trascorrere assieme al resto della loro famiglia con il supporto di volontari dell'associazione A.G.E.S.C.I. che affiancavano le operatrici del Centro comunale Isola del Tesoro e del Centro per le Famiglie. Il compito principale degli organizzatori era quello di tenere laboratori creativi affinché i colloqui potessero svolgersi in una dimensione più dinamica e con la produzione di "lavoretti" che i padri potevano portare nelle loro celle e i figli a casa, a ricordo dei momenti passati assieme. Infatti, come afferma Elisabetta Musi, «in una condizione di frequentazioni diradate e stentate, anche il dono di piccole cose può punteggiare il ricordo di un incontro, può tenere vivo il pensiero attorno alla memoria di una presenza, di cui l'oggetto rappresenta l'estensione simbolizzata»³¹ e può limitare l'effetto disorganizzante³² sul piano della tenuta della propria identità che si produce a causa dell'impossibilità di avere, gestire, scambiare e donare beni all'interno delle istituzioni totali.

Negli Istituti lombardi la Onlus Bambinisenzasbarre organizza anche laboratori di disegno riservati ai soli padri detenuti e ai figli. Anche grazie a queste proficue esperienze nel 2019 durante il rinnovo della sottoscrizione della Carta dei diritti dei bambini figli di genitori detenuti il Ministero della Giustizia riferisce un progressivo miglioramento delle condizioni in cui si svolgono i colloqui³³.

1.2.3. Proposte di riforma: il diritto di visita

A fianco di questi interventi di umanizzazione dello strumento dei colloqui, è importante dare conto di una iniziativa di riforma dell'art. 18 ord. penit. da più parti sostenuta. La proposta più importante, per il contesto plurale in cui è stata elaborata, è quella del tavolo 6 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale³⁴ e consiste nell'introduzione di un nuovo istituto giuridico: la visita. Questa può essere effet-

31 E. Musi, *Rimanere padri "dentro". Il diritto alla famiglia*, in V. Iori, A. Augelli, D. Bruzzone, E. Musi, *Genitori comunque. I padri detenuti e i diritti dei bambini*, Milano, Franco Angeli, 2012, pp. 53-77, p. 58.

32 E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, cit. p. 30.

33 «Le sale d'attesa per bambini sono ora presenti in 80 istituti (nel 2016 erano 66). mentre le sale colloqui risultano presenti in 112 istituti (nel 2016 erano in 105); le ludoteche sono attive in 76 [...] grazie a questa crescente attenzione, tradotta in luoghi sempre più accoglienti per minori e loro genitori, sono aumentate nell'ultimo biennio anche il numero di visite che i figli minorenni hanno fatto ai genitori: per la fascia di età 0-5 anni si è passati da circa 14 mila richieste a 19.200, mentre la fascia 6-11 anni è salita da 13mila a poco più di 16mila. Uno spazio accogliente incentiva il rapporto genitore detenuto-figlio e favorisce l'affettività che viene coltivata nonostante le situazioni non siano ottimali», in <https://www.bambinisenzasbarre.org/3-rinnovo-della-carta-dei-diritti-dei-figli-dei-genitori-detenuti/>

34 Quella degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale è un'iniziativa promossa dal Ministero della Giustizia avviata nel maggio del 2015 e conclusasi nell'aprile del 2016 allo scopo di avviare una riflessione tra esperti di diversa formazione (docenti universitari, magistrati, avvocati, dirigenti penitenziari, rappresentanti del mondo del volontariato, della cultura e dello sport) nell'ambito del sistema dell'esecuzione penale e, in un secondo momento, sottoporre i risultati dei tavoli di lavoro all'opinione pubblica grazie alla copertura che l'iniziativa avrebbe ricevuto dai *mass media*. Il lavoro degli Stati Generali si è

tuata all'interno del carcere tra il detenuto e le persone con cui è autorizzato a fare colloquio senza un controllo visivo e/o auditivo da parte del personale di sorveglianza. Le visite si svolgono in apposite unità abitative collocate all'interno dell'istituto, adeguatamente separate dalla zona detentiva per la durata di minimo quattro ore a massimo sei, quando ci sono sufficienti spazi per garantirla. Nel decreto legislativo, 2 ottobre 2018, n. 123 con cui è stato riformato l'ordinamento penitenziario in attuazione della delega³⁵ della legge 23 giugno 2017, n. 103, però non ha trovato posto l'approvazione di questa modifica, nonostante fosse stata fortemente sostenuta da tutti i partecipanti al tavolo e negli anni precedenti fosse stata la protagonista di una serie di proposte di legge³⁶. Solo la predisposizione di spazi frequentabili per un lasso di tempo sufficientemente lungo, infatti, può consentire un'espressione naturale dell'affettività conformemente alla normativa sovranazionale in cui si prevede che «the arrangements for visits shall be such as to allow prisoners to maintain and develop family relationships in as normal a manner as possible»³⁷.

La seconda proposta, lanciata da Antigone onlus, vorrebbe la modifica dell'art. 18 ord. penit., in modo da inserire un diritto a ricevere visite private quattro volte al mese per due ore ciascuna con i congiunti e persone a cui sono legate da vincoli affettivi in locali attrezzati privi di sorveglianza, se non esterna. Questa proposta sembra ancor di più idonea ad attuare quanto scritto a commento dell'art.24.4 delle *European Prison Rules*: «[i]t is important that where possible intimate family visits should extend over a long period, for example, 72 hours, as is the case in many eastern European countries. Such long visits allow inmates to have intimate relations with their partners»³⁸.

È da precisare che nel nostro ordinamento esiste già un istituto chiamato "visita", disciplinato all'art. 61 c. 2 del reg. esec. in cui si prevede che per aiutare la persona detenuta ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli e a preparare la famiglia e il detenuto stesso al ritorno in libertà il direttore può «autorizzare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia». In questo caso, alla persona detenuta spetta un interesse legittimo la cui attuazione è subordinata all'esercizio di una discrezionalità tecnica da parte del direttore dell'istituto, più ampia in relazione al fatto che questi incontri con i familiari hanno finalità specifiche puntualmente individuate dalla norma.

Nel diritto di visita delle proposte di riforma citate precedentemente, invece, conservare il rapporto familiare e supportare sia la persona detenuta che la famiglia sono ritenute necessità proprie di ognuno per tutto il periodo di privazione della libertà e non solo in momenti di crisi.

Una delle obiezioni principali all'approvazione di queste riforme riguarda il bilanciamento del diritto alla coltivazione degli affetti con le esigenze di ordine e sicurezza che caratterizzano i singoli isti-

articolato in diciotto tematiche, che ricalcano in gran parte i punti della delega per la riforma di ordinamento penitenziario, i cui lavori avrebbero dovuto svolgersi parallelamente, in modo che gli Stati Generali potessero fornire spunti per modificare il disegno di legge e per la successiva redazione dei decreti legislativi delegati.

35 In particolare, questa si trova all'articolo 1, c. 85, lettere i) «disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari» e n) «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio».

36 Ci sono tre varianti: una contenuta all'art. 2 c. 1 della proposta di legge 1503/1996, la seconda nell'art. 1 c.1 della proposta 331/1997 il cui testo è riportato anche nelle proposte 417/2001, 63/2006, 1179/2006, 3010/2008, 3801/2010, 983/2013,1587/2014 e nel ddl. 381/2013 e infine una terza variante contenuta nell'art. 1 c.1 della proposta di legge 3020/2002, questa formulazione è stata inserita anche nella proposta 1762/2013.

37 Art. 24.4 *European Prison Rules*.

38 Il documento è consultabile al seguente link: <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae>, p. 54.

tuti, anche al fine di prevenire la commissione di reati. Tuttavia, se guardiamo al panorama internazionale, e in particolare al fatto che 31 Stati su 47 componenti del Consiglio d'Europa autorizzano le visite affettive da effettuarsi in compagnia del proprio partner è possibile constatare che un bilanciamento tra le due istanze non è così complesso.

1.2.4. Il principio di territorializzazione della pena

L'art. 14 c.1 ord. penit. riconosce in capo alle persone ristrette il diritto a vedersi assegnate ad un istituto caratterizzato dalla massima prossimità alla stabile dimora della famiglia, fatti salvi specifici motivi contrari. Tale disposizione, così come riformata dal d.lgs. 2 ottobre 2018 n.12, risulta conforme a quanto previsto dall'art. 17.1 delle *European Prison Rules*. Nell'altra fonte normativa internazionale di riferimento, la Convenzione Europea dei Diritti Umani, eventuali restrizioni all'esercizio del diritto alle visite familiari danno tendenzialmente luogo a violazioni dell'art. 8 Cedu³⁹, il quale riconosce un diritto comprimibile in relazione alle funzioni della pena e a ragioni di sicurezza, secondo una discrezionalità limitata⁴⁰. In capo agli Stati sono riconosciute obbligazioni positive alla conservazione della vita familiare, fornendo alle persone detenute e alle loro famiglie una realistica opportunità di effettuare i colloqui. A tal fine è necessario tenere in considerazione le situazioni in concreto: le difficoltà economiche dei soggetti coinvolti, l'inefficienza dei sistemi di trasporto, la possibilità per le famiglie di lasciare per più giorni le loro attività quotidiane (lavoro, scuola) per raggiungere istituti penitenziari molto lontani.

L'art. 14 ord. penit. deve essere letto in combinato disposto con l'art. 42 il quale, al comma 1, prevede che «i trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari». L'art. 83 co. 1 reg. esec., pur non stabilendo l'obbligo di accettare le istanze⁴¹ così come formulate dagli interessati, dovrebbe vincolare l'amministrazione a tenerne conto, tanto che se la stessa decide in senso difforme deve fornire adegua-

³⁹ Per una ricostruzione puntuale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul punto si veda M. E. Salerno, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2-bis/2019, pp. 46-62.

⁴⁰ Corte europea dei diritti umani, *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*.

⁴¹ L'art. 42 ord. penit. prevede che «Sulla richiesta di trasferimento da parte dei detenuti e degli internati per ragioni di studio, di formazione, di lavoro, di salute o familiari l'amministrazione penitenziaria provvede, con atto motivato, entro sessanta giorni». La Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario ha proposto l'introduzione di un seguente periodo all'art. 42 c. 2 prevedendo che «La richiesta formulata per fruire, in esecuzione di provvedimenti dell'autorità giudiziaria in materia di responsabilità genitoriale, di incontri tra genitore detenuto e figli minori, anche con la presenza di servizi sociali, deve essere decisa entro 30 giorni dalla presentazione». La Commissione ricorda, inoltre, che è essenziale assicurare l'applicazione concreta dei principi contenuti non solo nell'articolo 14 della legge, ma anche nell'articolo 45 e nell'articolo 61 del regolamento. L'articolo 45 prevede l'assistenza alle famiglie dei detenuti per migliorare le loro relazioni e rimuovere gli ostacoli al reinserimento sociale, mentre l'articolo 61 richiede la preparazione di programmi per mantenere i rapporti dei detenuti con le loro famiglie e garantire un buon rapporto con i figli, specialmente quelli in età minore, al fine di agevolare il loro ritorno nella società. È importante anche il principio di territorialità per permettere permessi che mantengano i rapporti familiari e rendere fattibile l'articolo 21 della legge, consentendo, se possibile, la continuazione del lavoro durante l'esecuzione della pena detentiva, anche a distanza di tempo (la relazione finale della commissione è consultabile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1641891225_riforma-sistema-penitenziario-cartabia-commissione-ruotolo-2021-relazione-finale.pdf).

te spiegazioni.

Tuttavia, i dinieghi sono frequenti. Già nei documenti finali degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale si osservava come «l'art. 42 o. p. (e il connesso art. 83 del Regolamento di esecuzione) sia stato sottoposto ad una sorta di "rinneazione pratica"»⁴², poiché sono frequenti trasferimenti, non sempre necessari in luoghi lontani dalle famiglie, che rendono difficoltosi i colloqui.

Se la legge 354/1975 riconoscesse il diritto all'affettività come un diritto umano fondamentale delle persone detenute e stabilisse le condizioni generali per il suo esercizio, così come era previsto nell'originaria delega al Governo n. 103/2017 alla lett. n) che però non è stata attuata, si garantirebbe maggiore possibilità di reclamare una tutela dei rapporti affettivi anche nel caso di mancato rispetto del principio di territorializzazione della pena.

Una delle prassi più problematiche che ostacola il pieno rispetto del principio di territorializzazione della pena consiste nei trasferimenti disciplinari. Essi sono una sanzione *extra legem* «per i detenuti che commettono aggressioni verso personale dell'Amministrazione penitenziaria o verso altri detenuti, che danneggiano i beni dell'Amministrazione o che commettono qualsiasi altra violenza»⁴³. La loro base giuridica è costituita dall'articolo 42 ord. penit. che permette che venga disposto il trasferimento «per gravi e comprovati motivi di sicurezza»⁴⁴. Una fonte di terzo grado, la circolare GDAP 0316870.U del 10 ottobre 2018, indica come motivi danneggiamenti alle cose o violenze al personale dell'istituto, sia avvenute che in potenza. Il trasferimento, nel secondo caso, è effettuato non con finalità punitiva bensì preventiva. Tuttavia, questa previsione rischia di legittimare una prassi preesistente e consolidata: il trasferimento in caso di infrazioni disciplinari, che «comportava l'interruzione del trattamento penitenziario, la moltiplicazione delle traduzioni e l'allontanamento del detenuto dalla propria famiglia»⁴⁵.

Secondo i dati riportati da Antigone, fra il 9 ottobre 2018 e il 5 marzo 2019 sono stati trasferiti 1829 detenuti, 520 persone in più rispetto allo stesso periodo nell'anno precedente⁴⁶. E durante la pandemia, a seguito delle rivolte di marzo 2020, sono stati effettuati molti trasferimenti per motivi di sicurezza. A ciò si deve aggiungere che il blocco degli spostamenti, che ha reso l'intero Paese zona rossa, in quel periodo ha comportato, oltre al blocco dei colloqui, da un lato anche la sospensione dei trasferimenti c.d. per avvicinamento colloqui e dall'altro altri numerosi trasferimenti giustificati da esigenze di prevenzione del contagio⁴⁷. Questo quadro rende chiaro quanto il principio di territorializzazione della pena come strumento per mantenere i legami familiari sia attuato in modo insoddisfacente.

1.3. La corrispondenza telefonica

Il secondo strumento intramurario per il mantenimento delle relazioni familiari è la corrispondenza telefonica (art. 18 ord. penit.).

42 Stati Generali dell'Esecuzione Penale, *Documento finale*, p. 18. Il testo è consultabile al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/documento_finale_SGEP.pdf

43 Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2019, p. 81.

44 Il fatto che i motivi di sicurezza debbano essere «gravi e comprovati» non riduce l'ampia discrezionalità dell'amministrazione in materia. «I due aggettivi, infatti, avrebbero avuto senso di fronte all'azionabilità da parte dell'interessato di uno specifico strumento di controllo sull'operato dell'autorità amministrativa competente al trasferimento, che invece non è previsto». F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 580.

45 Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2019, p. 82.

46 Ibidem.

47 Antigone, *XVI Rapporto sulle condizioni di detenzione 2020*, p. 144.

L'art. 39 c. 2 reg. esec. prevede che i condannati e gli internati possano essere autorizzati dal direttore a telefonare all'esterno al coniuge o al convivente, ovvero, se vi sono ragionevoli e verificati motivi, a persone diverse, una volta a settimana, a prescindere dall'avvenuta effettuazione o meno di colloqui ordinari, con spese a carico della persona detenuta.

La cadenza settimanale delle telefonate è derogabile *in melius* in due casi: il primo è esemplificato nel c. 2 in cui si prevede che i detenuti «possono, altresì, essere autorizzati ad effettuare una corrispondenza telefonica con i familiari o con le persone conviventi in occasione del loro rientro nell'istituto dal permesso o dalla licenza». La seconda ipotesi è disciplinata dal c. 3 per i casi in cui vi siano motivi di urgenza o di particolare rilevanza, se si tratti di colloquio con prole di età inferiore ai dieci anni, o nel caso di trasferimento del detenuto.

La durata massima di ciascuna conversazione telefonica è di dieci minuti. Per i detenuti comuni di regola il tempo delle chiamate arriva a un'ora al mese e per chi è condannato per i reati di cui all'art. 4-bis comma 1 ord penit. a soli venti minuti; molto poco. Da un lato infatti è possibile che i colloqui in presenza siano ostacolati da problemi economici, di distanza o per la separazione conflittuale tra coniugi; dall'altro per i detenuti stranieri⁴⁸ avvalersi della corrispondenza telefonica può non essere immediato sia a causa delle carenze economiche che non consentono il pagamento della spesa telefonica, sia per le difficoltà di accertare le utenze tramite le ambasciate e i consolati, che non sempre forniscono tempestivamente le informazioni sull'utenza e sull'identità delle persone dichiarate. Per ovviare a questi problemi pratici, alcuni magistrati di sorveglianza avevano elaborato il sistema del permesso premio di breve durata finalizzato alla telefonata, in modo che il detenuto potesse uscire dal reparto detentivo e telefonare in apposite cabine installate negli spazi aperti dell'istituto. Tuttavia, la Suprema Corte ha ritenuto che questa prassi violi quanto previsto dal regolamento esecutivo. Per rimediare all'eliminazione di questa soluzione giurisprudenziale, l'amministrazione penitenziaria⁴⁹ ritiene «indispensabile rivisitare il divieto⁵⁰ imposto rispetto alla effettuazione di telefonate verso le linee di telefonia mobile», perseguendo gli stessi obiettivi di riduzione del disagio prefissati già nella circolare D.A.P. n. 3620/6070 del 6 luglio 2009 in cui si invitavano le direzioni ad accettare «con la massima elasticità consentita le istanze di colloquio o di corrispondenza telefonica provenienti dagli stranieri».

Una proposta di riforma per supportare ulteriormente l'esercizio effettivo del diritto al mantenimento dei rapporti familiari anche da parte dei detenuti stranieri consiste nell'impiego della linea internet. Le applicazioni di messaggistica istantanea che danno la possibilità di effettuare anche chiamate, come *Skype*, «rappresentano uno strumento di elevata sostenibilità economica, dati i costi estremamente limitati per la sua attivazione e, soprattutto, le potenzialità di ottimizzazione della spesa da parte dell'amministrazione e degli stessi detenuti»⁵¹.

Le proposte di riforma però riguardano anche la durata delle chiamate, che costituisce un altro degli elementi problematici della disciplina in esame.

Agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale è stata proposta l'estensione da dieci a venti minuti del tempo massimo di durata delle telefonate, con possibilità di effettuarne di più nell'arco della settima-

48 La sentenza della Cassazione Penale del 14 ottobre 2005, n. 44362, ha osservato «come proprio lo strumento telefonico rappresenta, specie quando trattasi di detenuti stranieri senza punti di riferimento in Italia, l'unico mezzo per consentire, nel più ampio contesto rieducativo, la risocializzazione del detenuto, permettendogli di coltivare quegli interessi affettivi».

49 Circ. D.A.P., 26 aprile 2010, n. 0177644.

50 Tale divieto era prescritto nella circ. D.A.P., 30 luglio 1993, n. 486767, poiché si riteneva che il telefono cellulare verso il quale effettuare la chiamata dall'interno dell'istituto avrebbe potuto essere utilizzato da chiunque e perciò anche da persone non legittimate: ciò poteva costituire una minaccia alla sicurezza.

51 M. C. Locchi, N. Pettinari, *L'utilizzo di Skype in carcere al fine del mantenimento e del rafforzamento dei rapporti dei detenuti con il mondo esterno*, in *Archivio penale*, Fascicolo 1, 2020, p. 19.

na, mantenendo la durata massima complessiva. Nonostante questa fosse una proposta da valutare positivamente, la seconda, lanciata da Antigone Onlus, sembra ancora più favorevole poiché prevede l'introduzione di apparecchi telefonici in ogni cella utilizzabili attraverso scheda telefonica prepagata per una durata giornaliera massima di 30 minuti.

Un secondo ordine di problemi riguardanti la corrispondenza telefonica riguarda la discrezionalità lasciata all'amministrazione penitenziaria nella concessione di telefonate aggiuntive (art. 39 c. 3 reg. esec.).

È necessario soffermarsi sulla parte della norma in cui si fa riferimento alla prole di età inferiore ai dieci anni, per chiarirne la prassi applicativa. Nella circolare del D.A.P. n. 3533/5983 del 2003 si individuavano tre ipotesi distinte per cui potevano essere concesse telefonate aggiuntive: la presenza di figli minori di dieci anni, la sussistenza di motivi di urgenza o di particolare rilevanza ovvero l'avvenuto trasferimento del detenuto (art. 39 c. 2 reg. esec.). Tuttavia, con la sentenza n. 35569 del 4 giugno 2010 la Cassazione ha adottato un'interpretazione letterale più restrittiva, affermando che «i colloqui telefonici straordinari possono essere autorizzati con figli minori soltanto in casi di particolare rilevanza ed urgenza» oppure, indipendentemente dalla presenza di figli minori di dieci anni, in caso di trasferimento del detenuto⁵².

L'interpretazione della circolare del D.A.P. del 2003 sembra tuttavia preferibile perché «si sottolinea che da un punto di vista psicologico la minore età e la distanza dall'affetto genitoriale costituiscono di per sé un fatto rilevante ed urgente». Sarebbe però auspicabile non effettuare una differenza tra figli minori e maggiori di dieci anni. L'abrogazione di questa soglia di età non creerebbe un vuoto normativo pericoloso, perché resta sempre in capo all'amministrazione penitenziaria e al magistrato di sorveglianza un grado elevato di discrezionalità nelle scelte rispetto all'ampliamento degli strumenti di rapporto genitori figli.

2. Le misure extramurarie

Per misure extramurarie in senso ampio si intendono tutti gli istituti che permettono di svolgere l'esecuzione della pena fuori dal carcere anche se solo parzialmente a livello temporale. Ci sono strumenti che permettono una lontananza completa dal carcere come la detenzione domiciliare, altri in cui la permanenza in istituto è limitata a una sola parte della giornata, come la semilibertà; e altri strumenti permettono invece l'uscita sporadica dall'istituto come i permessi di necessità o i permessi premio o l'assistenza all'esterno dei figli minori ex art. 21-bis. Il fatto che si possa uscire dalle mura carcerarie significa godere di maggiori possibilità di coltivare i legami con l'esterno, che sono non solo quelli collegati al mondo degli affetti, ma anche al lavoro, allo studio e ai propri interessi culturali.

Alcuni di questi strumenti sono stati predisposti già all'entrata in vigore della l. n. 354/1975 al fine di garantire una specifica tutela alla maternità e all'infanzia⁵³. Il quadro degli strumenti diretti a tu-

52 Tale impostazione è stata preferita anche dall'amministrazione penitenziaria che nella circ. D.A.P., 18 febbraio 2013, n. 3642/6092 «poiché maggiormente conforme al dettato dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale».

53 L'interesse del minore a crescere in un ambiente sereno e a non subire gli effetti deleteri della carcerazione e la tutela della maternità sono oggetto di specifica attenzione della normativa sovranazionale. Nella Risoluzione (A-2-51/89) il Parlamento europeo indica le donne come una categoria meritevole di una specifica tutela e sollecita gli Stati membri ad adottare strumenti alternativi al carcere. «Conferma di una spiccata sensibilità per questo tema viene, ancora recentemente, da una Raccomandazione del Comitato dei Ministri Europei (1469/2000), in cui si auspica che nei confronti delle madri e dei loro figli siano applicate misure alternative al carcere, dovendo questo essere considerato come *extrema ratio*, e che, qualora per la gravità dei delitti commessi e per la pericolosità del soggetto risulti ineludibile la pena detentiva, siano predisposti in-

telare il rapporto genitori-figli si è poi ulteriormente arricchito con l'introduzione, a opera della legge Gozzini, della detenzione domiciliare (art. 47-ter ord. penit.), di cui è stato successivamente ampliato l'ambito di operatività mediante l'innalzamento dell'età del minore da tre a cinque e poi a dieci anni e mediante l'estensione della fruibilità anche al padre. Tuttavia, questo impianto di norme, già particolarmente complesso, è stato ritenuto insufficiente e inadeguato a offrire quella protezione che l'art. 31 della Costituzione vuole assicurare alle madri e ai loro figli⁵⁴. La legge 40/2001, intitolata «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», ha quindi introdotto una nuova ipotesi di detenzione domiciliare e ha consentito l'assistenza all'esterno dei figli minori per limitare la loro presenza in carcere e assicurare «l'assistenza materna in modo continuato ed in ambiente familiare»⁵⁵.

Nondimeno, «occorre evidenziare che, nella materia *de qua*, esiste una significativa differenza nel trattamento riservato alla madre ed al padre, che ne tradisce la classificazione, rispettivamente, come genitore principale e genitore sussidiario: l'una comunque necessaria alla prole, l'altro soltanto là dove manchi la presenza materna»⁵⁶. Infatti, l'interesse superiore del minore sembra indissolubilmente legato alla madre, tutelata da questi istituti, a cui i padri possono accedere solo nel caso in cui si verifichi l'infelice clausola che vede la madre deceduta o gravemente impossibilitata a dare assistenza ai figli o quando «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre»⁵⁷.

L'esercizio della paternità è quindi limitato e il fattore principale da cui deriva questa limitatezza consiste nel concepire l'esercizio di compiti di cura da parte dei padri come una possibilità secondaria rispetto a quanto è tenuta a fare la madre. Se non fosse sempre un caso eccezionale, un evento infausto a giustificare la presenza dei padri, ma venisse valorizzato il fatto che esattamente come le madri anch'essi sono parte di una famiglia e genitori, allora i benefici sarebbero multipli: per le madri che potrebbero condividere in un modo più paritario i compiti di cura, per i figli che svilupperebbero legami familiari più equamente bilanciati e per i padri che non si vedrebbero eccessivamente compresso il loro diritto alla vita familiare e potrebbero contare su uno degli elementi dell'art. 15 ord. penit. per la realizzazione di un progetto rieducativo vincente che li abbia come protagonisti.

2.1 I permessi

I permessi rappresentano il primo esperimento di contatto con la libertà accordato ai detenuti durante la loro permanenza in carcere. Attraverso la loro concessione l'autorità giudiziaria consente di trascorrere un periodo di tempo fuori dall'istituto «con l'adozione di una serie di cautele, che vanno dall'imposizione di determinate prescrizioni fino alla predisposizione di una scorta, e con l'obbligo,

terventi di sostegno a favore della madre e del figlio e siano incentivati i rapporti con gli altri familiari, specie con il padre» (L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8.3.2001 n. 40), in *Legislazione penale*, 2002, pp. 547-561, p. 547).

54 Nella *relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997*, in *Atti Camera. XIII legislatura*, stamp. n. 4426 si osserva che «la tutela di tali situazioni soggettive, infatti, resta affidata a pochi istituti che possono ritenersi marginali, cioè il differimento dell'esecuzione della pena e la detenzione domiciliare» e che le strutture penitenziarie sono inadeguate a ospitare bambini per tempi prolungati.

55 *Relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997*, in *Atti Camera. XIII leg.*, stamp. n. 4426.

56 G. Mantovani, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, Milano, LediPublishing, 2018, pp. 195-328, p. 199.

57 Art. 21-bis c. 3 ord. penit.

sanzionato anche penalmente, di fare spontaneamente rientro in istituto alla scadenza del termine»⁵⁸.

Originariamente la legge 354/1975 prevedeva all'art. 30 permessi concedibili per gravi ragioni familiari o altri gravi e accertati motivi di carattere umanitario, al fine di rendere la pena non contraria al senso di umanità. Data l'espressione generica usata dal legislatore, questo istituto venne presto impiegato per soddisfare anche esigenze rieducative e risocializzanti. Tuttavia, dopo l'entrata in vigore della legge l'opinione pubblica mosse numerose critiche, a cui il legislatore reagì con la legge del 20 giugno 1977 n. 450, formulando restrittivamente la clausola dell'art. 30 c. 2 ord. penit. e consentendo permessi di necessità «eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità». Lasciati alle spalle gli anni di piombo, la legge Gozzini introdusse un nuovo istituto: i permessi premio (art. 30-ter ord. penit.).

I permessi di necessità ex art. 30 ord. penit. possono essere concessi per due ordini di motivi: nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente (c. 1)⁵⁹ o «eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità» (c. 2).

Se la formulazione letterale del primo comma sembra inequivocabile, lo stesso non si può dire di quanto è prescritto al comma successivo. La seconda ipotesi, infatti, è definita con riferimento a tre elementi: il carattere eccezionale della concessione, la particolare gravità dell'evento e il fatto che questo riguardi la vita familiare.

L'analisi dell'interpretazione di questi requisiti permette di circoscrivere in modo stringente quali siano le ipotesi di effettiva operatività di questo istituto. È possibile osservare, infatti, che se inizialmente la magistratura di sorveglianza avesse interpretato i tre elementi in modo ampio al fine di dare una risposta, seppur parziale, a una serie di necessità familiari meritevoli di protezione, con la riforma del 1977 e l'introduzione dei permessi-premio meno di dieci anni dopo, la situazione è cambiata.

Innanzitutto, l'eccezionalità implica che l'evento non debba essere stato causato dalla persona de-

58 F. della Casa, G. Giostra, *Manuale di diritto penitenziario*, 2021, cit., p. 72.

59 Anche l'art. 21-ter, rubricato «Visite al minore infermo o al figlio, al coniuge o convivente affetto da *handicap* in situazione di gravità», riconosce il diritto del genitore a recarsi a far visita al figlio minore o al parente affetto da *handicap* «in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute» (c. 1). Poiché già attraverso l'art. 30 c. 1 ord. penit. era possibile vedersi riconosciuto un permesso per fare visita al minore in pericolo di vita, può suscitare qualche perplessità l'inserimento nel sistema di una disposizione così specifica. Tuttavia, «nell'art. 21-ter si fa riferimento anche alle "gravi condizioni di salute", espressione generica che si presta a interpretazioni assai late, tali da ricomprendere una vasta gamma di situazioni in cui si possano venire a trovare i bambini, specie se in tenera età» (F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 353). Nei vari disegni di legge presentati prima della legge n. 62 del 21 aprile 2011, che ha introdotto questo articolo, erano state avanzate ipotesi di aggiunta di un nuovo comma all'articolo 30 ord. penit. o di un articolo ad esso successivo poiché la *ratio* giustificativa di tali previsioni è analoga a quella dell'art. 30 ord. penit., che è volto a «tutelare le relazioni affettive e a impedire che alla afflizione insita nella detenzione si aggiunga quella derivante dalla impossibilità di assistere i propri cari e di esser loro vicino». Secondo quanto specificato nella relazione al disegno di legge presentato dalla deputata Ferranti e altri il 12 dicembre 2008, in *Camera dei Deputati. XVI legislatura, stamp. n. 2011*, «i destinatari della legge sono i minori a cui devono essere garantite tutte le opportunità, sia psicologiche che fisiche, a cui hanno diritto per crescere bene». È evidente quindi quanto la *ratio* umanitaria fosse quella prevalente tra le giustificazioni a sostegno dell'introduzione di tale disposizione. La collocazione attuale, invece, rimanda alla disciplina del lavoro all'esterno, con cui si è dato fondamento all'introduzione dell'art. 21-bis ord. penit. che disciplina l'assistenza dei figli all'esterno. L'unico elemento di similitudine con questo articolo, oltre alla tutela dell'interesse del minore, è costituito dalle condizioni restrittive per l'accesso alla misura da parte del padre. Egli, infatti, può assistere il figlio solo se la madre è morta o gravemente impossibilitata ad accudire la prole (la formulazione non è sovrapponibile a quella dell'art. 21-bis ord. penit. ma a quella della prevista per la detenzione domiciliare ex art. 47-ter ord. penit. e a tal proposito si rimanda ai rilievi critici effettuati al par. 3.3).

tenuta che chiede la concessione del permesso e che debba essere episodico e tendenzialmente circoscritto nel tempo. Il fatto deve quindi essere «del tutto al di fuori della quotidianità, sia per il suo intrinseco rilievo fattuale sia per la sua incidenza nella vita del detenuto e nella sua esperienza di isolamento carcerario»⁶⁰.

Passando in rassegna la giurisprudenza, è possibile scorgere due indirizzi interpretativi opposti. Un orientamento più attento al principio di umanizzazione della pena associa il requisito dell'eccezionalità alla «idoneità del fatto ad incidere nella vicenda umana del detenuto»⁶¹ gli effetti negativi che un diniego potrebbe produrre sugli altri familiari interessati⁶². Di conseguenza si è ammesso che gli eventi possano essere anche lieti.

Un orientamento più restrittivo, configurando una classificazione tra eventi fausti e infausti, ha negato la concessione del permesso per assistere alla nascita di un figlio (Cass., Sez. I, 19 luglio 2017, n. 3428), al suo battesimo (Trib. sorv. Torino, 21 febbraio 2007) o ai festeggiamenti per il suo diciottesimo compleanno (Cass. pen. sez. I, 20 ottobre 2011, n. 40660). E interpretando letteralmente il termine «evento» come accadimento nella vita socio-familiare del detenuto tendenzialmente circoscritto nel tempo, ha negato l'impiego del permesso di necessità per supplire all'impossibilità di colloqui visivi o di permessi premio.

In tale quadro giurisprudenziale molto disomogeneo, si aggiunge anche la tendenza a subordinare il riconoscimento del permesso di necessità alla tutela delle esigenze connesse alla pubblica sicurezza⁶³ ovvero all'adesione al programma trattamentale. Tuttavia, questi accertamenti non attengono alla *ratio* ispiratrice dell'istituto e si riferiscono ad interessi adeguatamente tutelabili mediante il ricorso a cautele aggiuntive indicabili nel provvedimento di concessione del permesso di cui all'art. 30 ord. penit. ex art. 64 reg. esec.

Al fine di limitare i casi - numerosi - di disparità di trattamento da parte dei giudici, è divenuta sempre più cogente la necessità di un intervento normativo.

Tuttavia, i permessi di necessità resterebbero sporadici e non adatti a garantire il mantenimento delle relazioni familiari in modo periodico come i permessi-premio.

2.1.1. Il permesso-premio

Il permesso-premio è disciplinato dall'art. 30-ter ord. penit. e dall'art. 65 reg. esec. e consiste nella possibilità riservata alle persone condannate detenute che hanno tenuto una condotta regolare e che non risultano socialmente pericolose di vedersi riconosciuto dal magistrato di sorveglianza un permesso della durata massima di quindici giorni (per un totale massimo di quarantacinque giorni ogni semestre di pena) al fine di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. Al momento della sua introdu-

60 Cass. pen., sez. I, 11/10/2016, n. 52820.

61 Cass. pen., sez. I, 19/07/2017, n. 3428.

62 Il Tribunale, Alessandria, sez. sorveglianza, 29 marzo 2012 con il decreto n. 51 afferma che, anche in applicazione dell'art. 3, comma 1, della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, l'evento familiare di particolare gravità, che legittima la concessione del permesso ai sensi del comma 2 dell'art. 30 legge n. 354 del 1975, può essere rappresentato da avvenimenti riguardanti la vita del figlio minore, rispetto ai quali l'assenza del genitore detenuto potrebbe gravemente turbare il processo evolutivo della personalità del figlio durante la fase fondamentale di passaggio dalla fanciullezza all'adolescenza (il caso riguardava il ricevimento del Sacramento dell'Eucaristia da parte del minore).

63 Tribunale di sorveglianza di Roma, ordinanza del 20 settembre 2016, confermata da Cass. pen. sez. I, del 14 dicembre 2017, n. 55797.

zione, grazie all'art. 9 della l. n. 663/1986⁶⁴, si è presentato come uno strumento «che attenua considerevolmente sia il carattere custodialistico del carcere, sia l'inevitabile componente emarginante della pena detentiva»⁶⁵. La giurisprudenza riconosce in questo istituto «la modalità privilegiata per il soddisfacimento di esigenze legate alla sfera emotiva e familiare»⁶⁶.

I presupposti oggettivi per l'accesso a questo istituto riguardano il *quantum* della pena da scontare. Questo comporta che solo poche categorie di detenuti possano beneficiarne, tanto che in tutto l'arco di tempo dell'anno 2021 in Italia si sono registrati solo 16.158 permessi premio di durata variabile, pari a circa 44 permessi al giorno, meno di uno ogni quattro carceri. Su questo dato ha influito certamente la diffusione dell'epidemia da COVID-19. Nel 2019 i permessi concessi sono stati 40.040, circa 109 permessi al giorno, uno ogni due carceri circa⁶⁷. Il dato del 2019 rappresenta il picco in positivo di una tendenza che negli ultimi dieci anni è sempre stata in aumento partendo da 15.007 permessi concessi nel 2008, primo anno di cui sono disponibili i dati.

I presupposti soggettivi sono due ed hanno una formulazione non sufficientemente determinata: è necessario che i condannati abbiano tenuto una regolare condotta e che non risultino essere socialmente pericolosi.

Al comma 8 viene specificato che «la condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti⁶⁸ e nelle eventuali attività lavorative o culturali». Il comportamento personale deve essere valutato dal direttore dell'istituto, previo parere del gruppo di osservazione e trattamento. Dal punto di vista della correttezza, è da valutare il rispetto delle norme di condotta nei rapporti con gli altri detenuti, con il personale di custodia e quello di assistenza durante il periodo di esecuzione della pena. Il senso di responsabilità invece «tende a cogliere un criterio di condotta del soggetto che va oltre la mera osservanza delle regole ed indica quanto meno la premessa o l'attitudine ad una evoluzione positiva»⁶⁹.

Riguardo a questo primo requisito soggettivo è necessario osservare che se uno dei parametri di valutazione per la concessione di questo strumento trattamentale è la regolare condotta, per la cui sussistenza «non [è] sufficiente la mera "osservanza passiva delle regole penitenziarie", richiedendo, invece, il legislatore un *quid pluris* sussistente quanto meno ove sia posta in essere una valida premessa a un'evoluzione positiva oppure ove venga dimostrata l'attitudine a tale evoluzione»⁷⁰, allora è necessario che si dia attuazione al principio solidaristico che impone la creazione delle condizioni obiettive

64 Già nel settembre del 1973 il Senato approvò un disegno di legge in cui all'art. 29 si prevedevano tre tipi di permessi; la terza tipologia - al comma terzo - era espressamente definita permessi speciali. Questi erano genericamente concedibili ai detenuti e agli internati che avessero tenuto «regolare condotta [...] anche al fine di mantenere relazioni umane». Tuttavia, nel successivo iter parlamentare il comma terzo venne soppresso e il testo definitivo che poi venne approvato divenendo la legge n. 354 del 1975 conteneva i permessi disciplinati ai primi due commi dell'art. 29: quelli concedibili «nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente» e quelli concedibili «per gravi e accertati motivi», che sono stati trattati nel paragrafo precedente.

65 F. Giunta, *Commento art. 9, Legge 10 ottobre 1986, n. 663*, in *Legislazione penale*, 1987, pp. 135-144, p. 136.

66 B. Giors, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, cit., pp. 59-103, p. 89.

67 I dati sono consultabili sul sito del Ministero della Giustizia, nella sezione statistiche.

68 Con «attività organizzate negli istituti» si fa riferimento alle «attività singole o in comune che sono predisposte a norma degli artt. 12, 19 e 27 dell'Ordinamento penitenziario (attività di istruzione, attività culturali, ricreative e sportive)» (<http://www.adir.unifi.it/odv/sportello/perpre.htm>).

69 F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 429.

70 Corte costituzionale, 30 luglio 1997, n. 296.

perché alle persone detenute siano offerte opportunità⁷¹ di sperimentare in cosa consiste la funzione rieducativa della pena e arrivare a un progressivo reinserimento sociale⁷².

Il secondo requisito soggettivo riguarda la pericolosità sociale, che deve essere accertata acquisendo il certificato penale dell'interessato, copia della sentenza di condanna e informazioni dagli organi di polizia del luogo di abituale dimora dell'interessato. La decisione deve, tuttavia, essere calibrata anche in considerazione del comportamento tenuto durante il periodo di detenzione. Si tratta di un giudizio prognostico sulla possibilità che il soggetto, una volta posto in libertà, possa commettere nuovi reati.

L'art. 30-quater disciplina le condizioni per la concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati ex art. 99 c. 4 c.p. Proprio quest'ultimo articolo e il comma quarto dell'art. 30-ter sono stati oggetto di una disamina approfondita durante gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale. Le proposte confluirono nel decreto legislativo attuativo della delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103, recante "Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", nella parte relativa alle modifiche all'ordinamento penitenziario. In particolare, l'articolo 9 del decreto legislativo prevedeva la modifica del comma 4 dell'articolo 30-ter, eliminando gli ostacoli alla fruizione dei permessi premio relativi al tipo di reato commesso, facendo salvi soltanto quelli per l'art. 4-bis c. 1 ord. penit. L'eliminazione della preclusione biennale alla concessione dei permessi premio è dettata da due motivazioni: innanzitutto tale divieto prescinde irragionevolmente dall'esistenza di un accertamento della responsabilità penale, perché si afferma che per l'esclusione sia sufficiente aver riportato una condanna o essere imputati per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà. In secondo luogo, impedisce al magistrato di sorveglianza di valutare la gravità del fatto e il livello di adesione al trattamento da parte della persona condannata.

L'articolo 10 del decreto legislativo prevedeva l'abrogazione dell'articolo 30-quater dell'ordinamento penitenziario che limita la concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati. L'intervento normativo si giustificava in quanto appariva incoerente consentire al recidivo reiterato l'accesso ai permessi premio solo dopo l'espiazione di un periodo di pena molto più lungo rispetto a quello previsto per gli altri condannati.

Nonostante l'impianto giustificativo della riforma fosse estremamente solido, i decreti attuativi non hanno recepito la proposta di modifica. Non sono quindi venute meno le restrizioni relative al tipo di reato commesso, basate su automatismi invece che su di un reale accertamento della responsabilità penale, così come permangono i limiti previsti per la concessione dei permessi premio ai recidivi. Un'altra occasione mancata.

2.1.2. La problematica polifunzionalità dei permessi-premio

Il permesso-premio è uno strumento previsto dalla legge Gozzini che viene concesso ai detenuti in virtù della loro condotta regolare durante il periodo di detenzione. Secondo alcuni studiosi, il permesso premio ha principalmente una funzione preventiva e rieducativa, mentre secondo altri rappresenta

71 Tali opportunità, secondo l'art. 13 ord. penit. devono essere individualizzate in relazione alle specifiche condizioni degli interessati. Per un approfondimento riguardo a tale prescrizione si veda S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 57-63.

72 F. Mantovani, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, Milano, Giuffrè editore, 1983, pp. 197-216, p. 206.

una ricompensa per i meriti acquisiti durante il periodo di detenzione⁷³. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 188 del 4 aprile 1990, ha riconosciuto che il permesso premio svolge sia una funzione incentivante che rieducativa, poiché incoraggia la collaborazione del detenuto con l'istituto carcerario e consente il suo reinserimento graduale nella società. Tuttavia, negli ultimi decenni si è discusso sulla problematicità di subordinare l'esercizio del diritto all'affettività dei detenuti a requisiti di merito e sono state avanzate proposte di legge che prevedono la creazione di un nuovo istituto, noto come permesso di affettività.

Più recentemente gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale hanno proposto di introdurre un permesso che consente ai detenuti di trascorrere 10 giorni ogni semestre con i loro familiari o con le persone con cui hanno una relazione affettiva, se non c'è rischio che il detenuto commetta nuovi reati o non rientri in carcere al termine del permesso. Il diritto all'affettività è da considerare un diritto fondamentale e, pertanto, è giustificata la preferenza per uno strumento dedicato che non discrimini i detenuti in base alla durata della pena.

In questo contesto il discorso si arricchisce di una questione ulteriore. Tra l'esercizio del diritto fondamentale all'affettività e l'obiettivo di garantire la sicurezza si inseriscono disposizioni che prescrivono comportamenti affinché il soggetto, diminuendo il suo grado di antisocialità, possa vedersi concesso uno spazio di esercizio della dimensione affettiva il più simile a quanto sperimentato in libertà. Secondo il principio punitivo-premiale, declinato nei termini di premialità progressiva, la pena viene attenuata «parallelamente alla progressiva acquisizione delle abitudini sociali e del progressivo inserimento nella vita sociale»⁷⁴.

Questo scambio tra Stato e detenuto parrebbe il frutto di un mutamento di fondo⁷⁵ nella strategia di controllo della società da parte dello Stato⁷⁶: da organizzazione coercitiva⁷⁷, ora lo «Stato moderno tende sempre più a vestire l'abito di un'organizzazione a base utilitaristica».

-
- 73 Per una disamina approfondita sulla polifunzionalità dei permessi premio si vedano: F. Giunta, *Commento art. 9, Legge 10 ottobre 1986, n. 663*, cit., pp. 135-144, pp. 136-137; A. Margara, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione giustizia*, 1986, p. 530; L. Tampieri, *I permessi premio e le norme in materia di permessi e licenze*, in G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè editore, 1987, pp. 135-167, p. 161.
- 74 F. Mantovani, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in Fondazione «Avv. Angelo Luzzani» di Como (promosso da), *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, Milano, Giuffrè editore, p. 206.
- 75 Per un approfondimento sul mutamento della funzione della pena e delle strategie di controllo da parte degli Stati si vedano: S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2012; A. De Giorgi, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società del controllo*, Roma, Deriveapprodi, 2000; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, Il Mulino, 1977; T. Pitch, *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 1/2001, pp. 137-158; L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2006; E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 2004; C. Sarzotti, *Il campo giuridico del penitenziario: appunti per una ricostruzione*, in F. Belvisi, A. Facchi, T. Pitch, C. Sarzotti, E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 181-234.
- 76 A. Febbrajo, *Pene e ricompense*, in Fondazione «Avv. Angelo Luzzani» di Como (promosso da), *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, 1983, pp. 97-120, p. 105.
- 77 A. Etzioni, *The active society. A theory of Societal and Political Processes*, New York: The free press, 1968, pp. 357 ss. Si vedano anche A. Garapon, *Lo Stato minimo: il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, Raffaello Cortina, 2012, trad. it. R. Sabato, *La raison du moindre état: le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010; P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013, trad. it. R. Antonucci e M. Lapenna, *La nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale*, La découverte, Paris, 2009; R. H. Thaler e C. R., *Sunstein Nudge - La spinta gentile*, Feltrinelli, 2014, trad. it. A. Olivieri, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

Attraverso la spinta alla «superconformità»⁷⁸ il soggetto ottiene l'eliminazione degli ostacoli che si frappongono all'esercizio di un particolare diritto. Nel caso che qui rileva, è necessario chiedersi se la strumentalizzazione della possibilità di effettivo godimento del diritto all'affettività al fine di ottenere adesione al trattamento e diminuzione della pericolosità sociale possa essere compatibile con la qualificazione di quello stesso diritto come fondamentale. La riluttanza sempre più marcata ad approvare progetti di riforma che abbandonino la logica della premialità sembra confermare la tendenza a configurare i diritti dei detenuti come degradati rispetto a quelli delle persone libere. E questo nonostante la sentenza della Corte costituzionale del 6 agosto 1979, n. 114, sancisca che «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca»⁷⁹.

2.2. La detenzione domiciliare

La detenzione domiciliare è uno strumento polifunzionale. Le due ipotesi, che vengono in rilievo in questo paragrafo, sono disciplinate agli articoli 47-ter primo comma lett. a) e b) e 47-quinquies ord. penit. e hanno come finalità primaria la tutela della relazione fra genitore e figli.

La prima ipotesi⁸⁰ prevede la concessione della detenzione domiciliare per donne incinte e madri, con figli conviventi di età inferiore a dieci anni⁸¹ o figli disabili portatori di handicap totalmente invalidante a prescindere dall'età⁸², che devono ancora scontare una pena detentiva, in origine o residua, non superiore a quattro anni. La tutela primaria perseguita dal legislatore è quella dell'interesse superiore⁸³ del minore e solo in seconda battuta della madre - e in via residuale del padre. Secondo la lettera b), infatti, la detenzione domiciliare può essere concessa anche al «padre, esercente la responsabilità genitoriale, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

La seconda ipotesi⁸⁴ è dedicata specificamente alle madri con prole inferiore a dieci anni a cui

78 Si veda la tabella elaborata da Febbrajo in *Pene e ricompense*, cit., p. 102.

79 Riguardo alla necessità di preservare nella loro dimensione la più possibile estesa i diritti delle persone detenute durante il periodo di limitazione della libertà si veda S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2012, pp. 109-110).

80 Per una disamina approfondita dell'art. 47-ter primo comma lett. a) e b) ord. penit. si veda F. della Casa e G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 655-693.

81 Originariamente il limite di età della prole convivente era fissato a tre anni. L'età è stata elevata dapprima con la legge 296/1993 a cinque anni e poi con la legge 165/1998 a dieci anni per ampliare la gamma dei beneficiari.

82 È stata la Corte costituzionale con la sentenza del 5 dicembre 2005, n. 350, a introdurre questa ulteriore ipotesi.

83 In particolare, «appare opportuno sottolineare che la detenzione domiciliare è uno strumento di tutela del rapporto fra madre e figlio contro gli effetti dell'ingresso della prima nell'istituto penitenziario. Se invece la convivenza manca per una ragione diversa dalla carcerazione della donna (qualunque essa sia), la misura domestica è inapplicabile poiché viene meno la funzione di tutela contro la rottura (o il protrarsi di una sospensione) specificamente indotta dall'espiazione intramuraria» (G. Mantovani, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, cit., p. 216).

84 Per una disamina approfondita dell'art. 47-quinquies ord. penit. si veda F. della Casa e G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 704-717. Tale articolo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 31 Cost., l'art. 47-quinquies, commi 1, 3 e 7, l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il

possono accedere esclusivamente da un previo stato di detenzione. In via residuale, come per le disposizioni esaminate precedentemente, il padre è ammesso al godimento della misura, alle stesse condizioni previste per la madre, «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri»⁸⁵ che a lui.

Il giudice può disporre la concessione quando non siano soddisfatti i requisiti prescritti all'art. 47-ter c. 1. Per controbilanciare l'innalzamento dei limiti edittali è stata introdotta la necessità di soddisfare due ulteriori presupposti «attinenti l'uno al profilo della pericolosità sociale (insussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti), l'altro al profilo affettivo⁸⁶ (possibilità di ripristinare la convivenza con i figli)»⁸⁷.

Le modalità attuative di entrambi gli istituti sono simili: il giudice è chiamato a prevedere nel provvedimento di autorizzazione disposizioni dedicate ai rapporti con l'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna – al quale sono riservati compiti di sostegno e di controllo.

La lista di luoghi in cui può essere effettuata la detenzione domiciliare si è progressivamente arricchita per garantire l'accesso a questa misura anche a persone che non disponevano di un domicilio idoneo alla vita con i figli e alla salvaguardia delle esigenze di sicurezza⁸⁸.

Nel testo originario dell'art. 47-ter ord. penit. solo la madre era ammessa alla concessione della detenzione domiciliare nel caso di figli minori fino a tre anni (limite originario, poi ripetutamente innalzato negli anni successivi). Nel 1990 è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale che ha portato alla declaratoria di illegittimità dell'articolo nella parte in cui non prevede che la detenzione domiciliare concedibile alla madre di prole inferiore a cinque anni con lei convivente possa essere

minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare può essere proposta al magistrato di sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura, nel qual caso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 47, comma 4, della medesima legge. Per un commento alla sentenza 11 gennaio 2022 (dep. 3 febbraio 2022) n. 30, si vedano: A. Massaro, *Il preminente interesse del minore impone l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2022, pp. 806 ss. e il commento di S. Carnevale in *Giurisprudenza costituzionale* 1/2022, pp. 359-377.

⁸⁵ Art. 47-quinquies c. 7 ord. penit. Rispetto alla clausola prevista per la detenzione domiciliare ex art. 47-bis, tale formulazione presenta due differenze. Innanzitutto, manca l'avverbio «assolutamente» riferito all'impossibilità per la madre di fornire assistenza al figlio. «L'avverbio mira a sottolineare la differenza tra impossibilità e gravi difficoltà, impedendo interpretazioni estensive» (F. della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 707). In secondo luogo, per una considerazione riguardo all'ulteriore presupposto «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre» si rinvia al paragrafo successivo.

⁸⁶ La valutazione di questo profilo «esige una magistratura di sorveglianza adeguatamente "attrezzata" per procedere ad un accertamento discrezionale fuori dall'ambito, ad essa familiare, dell'idoneità della misura a favorire il recupero del reo a prevenire la commissione di nuovi reati. Il giudizio prognostico sull'utilità del beneficio per il figlio della persona condannata si muove invece sul terreno della valutazione del superiore interesse del minore, terzo rispetto alla vicenda esecutiva, inconsueto per la magistratura di sorveglianza. Per formularlo il giudice, già nel momento della prima applicazione della detenzione domiciliare speciale, dovrebbe disporre (anche) di informazioni sufficientemente articolate ed approfondite sulla situazione materiale ed affettiva del minore e sul suo rapporto con la madre donde l'urgenza di un effettivo coordinamento con gli organi giudiziari specificamente preposti alla tutela minorile e con i servizi sociali territoriali» (G. Mantovani, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in G. Mantovani, *Donne ristrette*, cit., pp. 219-220).

⁸⁷ L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8.3.2001 n. 40), cit., p. 555.

⁸⁸ I luoghi indicati dalla legge Gozzini riproducevano sostanzialmente quelli che erano indicati dall'art. 284 c.p.p. per gli arresti domiciliari ed erano: la propria abitazione, un altro luogo di privata dimora o un luogo pubblico di cura o di assistenza. La legge Simeone aggiunse alla lista i luoghi di accoglienza. E la legge Finocchiaro consentì lo svolgimento della detenzione domiciliare speciale presso case di cura, assistenza o accoglienza sia pubbliche che private.

concessa anche al padre detenuto, se la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole. Dopo tale sentenza, la valorizzazione della figura paterna è stata recepita e diffusa dal legislatore nel quadro degli istituti indirizzati alla salvaguardia della prole, ma in diverse varianti, ognuna delle quali riproduce la divisione dei ruoli familiari che vede la madre al primo posto nello svolgimento dei compiti di cura. Ripercorrere il ragionamento effettuato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 4 aprile 1990, n. 215, è esemplificativo. Il caso di specie riguardava un padre condannato per bancarotta fraudolenta che chiedeva di essere ammesso alla detenzione domiciliare per prendersi cura della figlia nata prematura di cui sua moglie, affetta da una psicosi di arresto e inabile al 70%, non era in grado di occuparsi. La Corte ha ritenuto fondata la questione, sottolineando che la mancanza di questa possibilità per il padre negava implicitamente il suo diritto e dovere di prendersi cura della figlia in caso di assenza o impossibilità della madre. Nonostante la Costituzione riconosca la pari responsabilità dei genitori nei confronti dei figli, la Corte ha fatto leva sulla protezione dell'infanzia prevista dall'articolo 31 cost. per confermare la madre come principale responsabile dei compiti di accudimento, dimostrando che la posizione dei genitori all'interno della famiglia non è paritaria.

2.3. L'assistenza all'esterno dei figli minori

L'assistenza all'esterno dei figli minori, disciplinata dall'art. 21-bis ord. penit., è una «modalità esecutiva diretta a consentire alla madre (nonché al padre), che non riesca ad ottenere la detenzione domiciliare, di provvedere alla cura dei figli in un ambiente non carcerario per un periodo di tempo predefinito nel corso della giornata»⁸⁹. Questo istituto contempera la funzione di prevenzione generale della pena con l'esigenza di garantire la continuità del rapporto genitore-figli, secondo modalità più limitate rispetto alla detenzione domiciliare speciale, poiché per una parte della giornata la madre o il padre che ne godono sono tenuti alla permanenza in carcere. L'istituto-base per la sua disciplina è quello del lavoro all'esterno. Proprio in virtù di questa collocazione, la relazione al d.d.l. governativo concernente «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», presentato il 24 dicembre 1997⁹⁰, la descrive come «un istituto che attribuisce ai compiti di cura lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa». L'equiparazione dei compiti di cura al lavoro è stata giustificata nella relazione alla Camera dei Deputati dal fatto che la forza risocializzante del lavoro (che concretizzava nello svolgimento di queste mansioni) come elemento del trattamento avrebbe potuto contribuire alla realizzazione della funzione rieducativa della pena. È interessante notare come per correggere la detenuta donna dalla condotta deviante che l'ha portata in carcere si faccia leva su questo tipo di lavoro, per auspicare un ritorno del suo comportamento alla conformità socialmente accettata. Anche in questo atto legislativo si scorge quindi «quel paradosso comune a tutte le società industrializzate per cui le donne costituiscono ormai ovunque una cospicua e irrinunciabile quota della forza-lavoro stabilmente inserita nell'organizzazione produttiva, ma ciò non ha indotto sostanziali mutamenti nel modo di concepire e rappresentare la loro esistenza»⁹¹.

Questa narrazione ha come soggetto solo la donna. Non viene riproposta per la figura paterna che anzi, in questo caso rispetto alle formule che possiamo trovare negli articoli analizzati precedentemente, può vedersi riconosciuta la misura non solo se la madre è deceduta o assolutamente impossibilitata

89 L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (l. 8.3.2001 n. 40), cit., p. 559.

90 *Relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997*, in *Atti Camera. XIII legislatura, stamp. n. 4426*.

91 C. Ravaioli, *Tempo da vendere tempo da usare. Lavoro produttivo e lavoro riproduttivo nella società microelettronica*, Milano, Franco Angeli, 1986, p. 24.

ma anche se non è possibile affidare la prole ad altri che a lui. La formulazione del comma 3 dell'art. 21-bis ord. penit.⁹² è stata oggetto di questione di legittimità costituzionale nella parte in cui prevede che «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre». Nonostante la questione sia stata dichiarata manifestamente inammissibile, tra i «ritenuto» ci sono argomentazioni giuridiche che si presterebbero a sostenere una declaratoria di illegittimità costituzionale di tale disposizione. Nell'ordinanza, infatti, si legge che la norma oggetto di censura, oltre a privilegiare il rapporto tra madre e figlio minore, pospone la figura paterna ad altri soggetti, in ipotesi anche estranei alla cerchia parentale, e in questo modo sacrifica sia il diritto del minore a godere dell'assistenza e dell'affetto paterni, sia quello del padre a svolgere la funzione genitoriale.

Si assisterebbe anche a una violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 c. 1 Cost. poiché la norma imporrebbe un «trattamento largamente e irragionevolmente preferenziale alla madre rispetto al padre, discriminando [...] quest'ultimo nell'accesso alla detenzione domiciliare c.d. "speciale"». Inoltre, la norma censurata soprattutto nei casi di prolungata carcerazione del genitore, finirebbe per «agevolare di fatto un processo di progressivo distacco e deresponsabilizzazione da parte del padre nei confronti del figlio minore, determinando così per quest'ultimo una condizione di sostanziale abbandono o comunque una crescita compromessa da squilibri interiori e da traumi psicologici», con contestuale aumento delle probabilità che il figlio diventi adolescente e poi maggiorenne senza aver goduto della vicinanza affettiva del padre; condizione in contrasto con i principi sanciti dagli artt. 30, primo comma, e 31, secondo comma, Cost. Il riconoscimento dei danni derivanti dalla mancanza paterna non è assolutamente preso in considerazione nella relazione alla Camera dei deputati, in cui si fa affermare solamente che «la rottura della relazione madre-figli è sempre drammatica e si rivela particolarmente dannosa nei casi di pene lunghe, quando l'eventuale ripristino di un rapporto significativo è necessariamente rimandato a un momento assai lontano nel tempo»⁹³.

La giurisprudenza, tentando di limitare il più possibile la capacità escludente derivante dalla formulazione di questa disposizione, richiede la dimostrazione che in concreto non ci sia già una pratica per affidare la prole a soggetti diversi dal padre. Questa tendenza è da valutare positivamente.

Ripensare gli strumenti contenuti nella legge di ordinamento penitenziario tenendo separati il piano dell'effettivo godimento dei diritti fondamentali dal piano del trattamento rieducativo è il passo necessario da compiere per una riforma del diritto dell'esecuzione penale più giusto e dignitoso.

⁹² Corte costituzionale, ordinanza del 9 luglio 2009, n. 211.

⁹³ *Relazione al disegno di legge d'iniziativa governativa presentato il 24 dicembre 1997*, in *Atti Camera dei Deputati. XIII legislatura*, stamp. n. 4426.