

Matricola n. 0000883900

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA**

**GENITORIALITÀ RISTRETTA:
LE RELAZIONI FAMILIARI
ALLA PROVA DEL CARCERE**

Tesi di laurea in DIRITTO PENITENZIARIO

Relatore

Prof. Davide Bertaccini

Correlatore

Prof. Alvise Sbraccia

Presentata da

Laura Calconi

Sessione unica

Anno accademico 2022/2023

Indice

Introduzione.....	5
--------------------------	----------

PARTE PRIMA

I principi di riferimento

nella legislazione internazionale e sovranazionale

CAPITOLO I. Le fonti internazionali

1. Le Regole minime delle Nazioni unite per il trattamento dei detenuti	9
2. Le Regole di Bangkok delle Nazioni unite sul trattamento delle donne detenute	15
3. La Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia	19
3.1. Il principio del superiore interesse del minore	23

CAPITOLO II. Le fonti europee

1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo	36
1.1. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	39
2. Le Regole penitenziarie europee	46
3. Le indicazioni dell'Unione europea	49

PARTE SECONDA

La tutela dei rapporti familiari nella legislazione italiana

CAPITOLO I. Gli istituti di contatto tra ristretto e familiare

A) I PRINCIPI

1. La Costituzione: i principi in materia di esecuzione della pena.....	55
---	----

1.1. La tutela della famiglia.....	61
2. L'ordinamento penitenziario: i caratteri generali del trattamento.....	69
2.1. I rapporti con la famiglia come elementi del trattamento	76
B) IL CONTATTO DIRETTO	
1. Facilitare il contatto diretto: la territorialità dell'esecuzione della pena.....	79
2. L'ingresso in carcere dei familiari: i colloqui visivi	82
3. L'uscita dal carcere del ristretto: i permessi	90
C) IL CONTATTO A DISTANZA	
1. La corrispondenza epistolare.....	96
2. La corrispondenza telefonica	98
3. L'impatto della pandemia Covid-19 sui contatti a distanza.....	103
D) IL CONTATTO IN SENSO AMPIO	
1. La ricezione di beni dall'esterno e l'uso di oggetti con particolare valore morale o affettivo	105
2. Il sostegno alla famiglia del ristretto	107
 CAPITOLO II. La tutela del legame tra genitore ristretto e figlio minore	
1. Considerazioni preliminari.....	110
2. Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva	113
A) L'ESECUZIONE DELLA PENA IN REGIME INFRAMURARIO	
1. Le sezioni-nido.....	117
2. Gli istituti a custodia attenuata per detenute madri	122
3. L'assistenza all'esterno del figlio.....	125
4. Le visite al figlio infermo o al figlio affetto da <i>handicap</i> grave	129
B) L'ESECUZIONE DELLA PENA IN REGIME EXTRAMURARIO	
1. La detenzione domiciliare "ordinaria"	131
1.1. La detenzione domiciliare "umanitaria"	134
2. La detenzione domiciliare "speciale".....	135
3. Le case famiglia protette	140

PARTE TERZA

Spunti comparatistici e prospettive di riforma

CAPITOLO I. Uno sguardo di confronto con altri ordinamenti

1. L'esperienza dei Paesi scandinavi..... 144
2. L'esperienza della Francia 156

CAPITOLO II. Le genitorialità ristrette atipiche

1. Il padre detenuto..... 162
2. Il genitore LGBT+..... 168
3. Il genitore straniero 173

CAPITOLO III. La tutela dei figli: questioni aperte

1. L'età del figlio come limite legale alla sua tutela 176
2. Il superiore interesse del minore: i termini del bilanciamento nella
giurisprudenza della Corte costituzionale 180
3. Progetti e iniziative per la tutela dei figli dei detenuti 187
4. “Mai più bambini in carcere”: l'attuale dibattito politico in Italia..... 189

Bibliografia..... 194

Introduzione

Nel presente elaborato si vuole fornire una panoramica della principale normativa che, a livello nazionale, sovranazionale e internazionale, si preoccupa di tutelare i rapporti familiari quando un genitore entra in conflitto con la giustizia penale.

Nella scelta dell'argomento di tesi, sono partita dalla volontà di approfondire la questione, ad oggi ancora irrisolta e fonte per me di grande indignazione, della presenza in Italia di bambini che vivono i loro primi anni di vita in carcere con la madre detenuta. Nel tentativo di analizzare gli snodi del dibattito intorno al tema, pur non rinunciando a uno spirito di denuncia, ho cercato di intercettare una pluralità di prospettive, sforzandomi di rigettare un approccio semplicistico, in cui mi sono più volte scoperta a cadere mossa da reazioni emotive.

Il primo sguardo è quello della madre o del padre privati della propria libertà personale, che vivono l'esercizio della funzione genitoriale nella complessità del contesto in cui sono immersi: come coltivare il legame con i figli in un vissuto di restrizione? La riflessione sul loro punto di vista apre poi il tema della presunzione di inidoneità del permanere della responsabilità genitoriale che spesso si genera di fronte alla commissione di alcuni reati: nonostante si tratti di prospettive che spesso tendono a confondersi, è opportuno mantenere una netta distinzione tra le ragioni della detenzione e l'idoneità genitoriale, la cui verifica deve seguire un percorso parallelo incentrato sul minore coinvolto.

Il secondo approccio è quello di coloro che operano nei contesti detentivi, che nel curare i percorsi trattamentali sono chiamati a supportare le relazioni familiari, ma anche a trovare una serie di mediazioni tra diverse istanze organizzative e gestionali mediante gli strumenti che hanno a loro disposizione.

Una terza prospettiva è inerente alla necessità degli ordinamenti di trovare un punto di equilibrio tra la tutela della genitorialità e le esigenze di prevenzione generale e difesa sociale sottese all'esecuzione della sanzione penale (nonostante tali esigenze

siano in molti casi presupposte e non adeguatamente verificate per come si atteggiavano nel caso concreto).

L'attenzione principale ho deciso però di dedicarla al punto di vista del figlio in tenera età che, di fronte alla privazione della libertà personale del genitore, è posto davanti a due alternative parimenti problematiche: vivere all'interno degli istituti penitenziari al fianco del proprio genitore, generando un fenomeno di "carcerizzazione dell'innocente", o di sperimentare la separazione dallo stesso, con una brusca interruzione del legame affettivo a cui egli ha diritto. Si viene così a prefigurare il bilanciamento tra la tutela della relazione genitoriale (che indurrebbe a evitare ipotesi di separazioni del figlio e dunque a recluderlo col genitore detenuto) e la tutela dell'infanzia attraverso la protezione della crescita del bambino dall'esperienza della reclusione, a cui spesso si aggiunge (come ulteriore termine da soppesare) la funzionalità dell'esercizio della funzione genitoriale come elemento centrale nel percorso di reinserimento sociale del reo. In sede di contemperamento di contrapposti bisogni, è importante avere a mente che, per quanto possa essere una importante leva nel percorso trattamentale dell'autore del reato, è fondamentale che la genitorialità venga tutelata senza sacrificare il superiore interesse del minore, abbracciando una lettura dell'obiettivo rieducativo in chiave collaborativa rispetto alla tutela dell'infanzia.

La riflessione sulla condizione dei genitori detenuti che hanno a carico figli minori andrebbe collocata in una più generale riflessione sul tema del carcere, spesso inteso come unica risposta alla commissione dei reati. È la nostra stessa Costituzione che all'art. 27 parla di "pene" al plurale: il carcere dovrebbe pertanto essere inteso come *extrema ratio*, valorizzando al massimo gli strumenti alternativi e non intendendo la privazione della libertà come unica e indifferenziata risposta della vicenda criminosa. La marginalizzazione del carcere per i genitori deve essere rafforzata, in funzione di un compiuto e organico allineamento dei benefici penitenziari con il superiore interesse del minore. In quest'ottica, il nostro ordinamento dovrebbe sempre e comunque perseguire l'obiettivo di una politica penale e penitenziaria efficacemente rivolta al superamento dell'esperienza dei bambini in carcere, capace

di investire su regimi differenziati di detenzione, ma soprattutto sulle misure extramurarie: per la salvaguardia della convivenza tra genitore e figlio, l'obiettivo deve essere quello del drastico abbattimento del fenomeno della convivenza di madri e bambini negli istituti penitenziari, anche a custodia attenuata. Il cambiamento più radicale sarebbe quello di escludere *a priori* la detenzione intramuraria dall'arco delle soluzioni a disposizione del giudice, oggi rimedio applicato limitatamente alle ipotesi di rinvio obbligatorio.

Spinta dalla curiosità, ho deciso di allargare il campo della ricerca, per cercare di renderla maggiormente esaustiva rispetto agli aspetti che riguardano, più in generale, i casi di genitorialità ristretta. La tesi muove, dunque, dall'analisi dei principi di riferimento che ci vengono consegnati dalla legislazione internazionale e sovranazionale. Viene poi indagata la risposta della legislazione italiana a tali principi, analizzando gli istituti il nostro ordinamento predispone ai fini della tutela delle relazioni familiari. Infine, si pone l'attenzione sugli aspetti in cui ritengo ci sia necessità di investire energie nei futuri sviluppi delle norme e degli interventi in materia: la proposta è di farlo partendo con l'osservare le soluzioni adottate da altri ordinamenti, per comprendere se e come possano essere di stimolo, e proseguire in chiave critica nell'esame degli aspetti più delicati e problematici della normativa interna.

PARTE PRIMA

I principi di riferimento nella legislazione internazionale e sovranazionale

CAPITOLO I

Le fonti internazionali

1. Le Regole minime delle Nazioni unite per il trattamento dei detenuti. – 2. Le Regole di Bangkok delle Nazioni unite sul trattamento delle donne detenute. – 3. La Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia. – 3.1. Il principio del superiore interesse del minore.

1. Le Regole minime delle Nazioni unite per il trattamento dei detenuti

Le prime forme di riconoscimento a livello sovranazionale di garanzie per i detenuti si rinvencono agli albori della seconda metà del Novecento, quando la comunità internazionale, segnata dai disastri umanitari della Seconda guerra mondiale, iniziava a identificare una serie di diritti individuali verso un “*nuovo codice per l'umanità*”¹.

In questo contesto politico, le Nazioni unite tracciavano le “Regole minime per il trattamento dei detenuti” con l'obiettivo, reso esplicito nelle osservazioni preliminari della Risoluzione, di “*stabilire i principi generali [...] di una buona organizzazione penitenziaria*”. Le Regole minime intendevano rappresentare una sorta di manifesto programmatico, elaborato con la consapevolezza dell'impossibilità di applicare le medesime prescrizioni a livello globale, data la varietà di condizioni giuridiche, sociali, economiche e geografiche esistenti², e con l'intenzione di tesserlo intorno al concetto della dignità umana, come filo conduttore da porre al centro di tutte le considerazioni³: la comunità internazionale,

¹ Sabino CASSESE, *I diritti umani oggi*, IV ed., Laterza, Roma-Bari, 2009.

² Sergio LORUSSO, *Trattamento carcerario e Regole del Consiglio d'Europa* in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 181.

³ McCall-Smith KASEY, *Introductory note to United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in *International Legal Materials*, 2016, vol. 55, n. 6, p. 1180.

partendo dal presupposto che il distacco della società ha già una natura afflittiva in quanto privativo della facoltà di autodeterminarsi e limitativo della libertà personale, concludeva che l'istituzione carceraria dovesse essere organizzata in modo tale da non aggravare ulteriormente la sofferenza e da limitare la differenza tra vita inframuraria ed extramuraria⁴.

Le Regole minime, adottate nel 1955 e approvate dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni unite nel 1957, sono state oggetto di un rilevante processo di revisione ad opera della Commissione delle Nazioni unite sulla prevenzione del crimine e sulla giustizia penale, conclusosi nel 2015 con l'elaborazione delle *Mandela Rules*⁵; in questa sede si è optato per un riesame mirato, che ha toccato aspetti terminologici e specifici settori in cui gli *standard* originariamente previsti erano divenuti obsoleti, lasciando invariata la maggior parte delle Regole e comunque non intaccandone il campo di applicazione o la struttura⁶.

Tra le aree di intervento del riesame, è di specifico interesse quella inerente alla protezione di gruppi di persone particolarmente vulnerabili, come i bambini, la cui tutela è trattata nella più ampia area dei "Servizi sanitari". È di logica evidenza che l'ambiente carcerario comporti la privazione di un'infanzia serena, sia difficilmente in grado a soddisfare le esigenze connesse a questa età ed esponga a una serie di rischi aggiuntivi connessi alla costante esposizione a scenari di violenza. Tuttavia, vivere con un genitore in carcere rappresenta in alcuni scenari la migliore o unica opzione per il bambino rispetto a una prospettiva di separazione dallo stesso⁷.

La Regola 29 richiede che la decisione di permettere a un bambino di stare in

⁴ Gabrio FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, n. 2, p. 245.

⁵ Sergio LORUSSO, *Trattamento carcerario e Regole del Consiglio d'Europa* in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 184.

⁶ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the Nelson Mandela Rules: Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in www.penalreform.org, 2018, p. 2.

⁷ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the Nelson Mandela Rules: Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in www.penalreform.org, 2018, p. 68.

carcere con il genitore debba essere presa sulla base del superiore interesse del bambino stesso (“*the best interests of the child*”). Riempire di contenuto tale concetto è compito dei singoli ordinamenti nazionali, che devono sviluppare linee guida chiare e coerenti sul processo decisionale che può portare un bambino a vivere in carcere, nonché direttive su quanto tempo egli possa rimanervi; al contempo, le linee guida devono includere disposizioni sulle ipotesi e sulle modalità attuative quando invece la soluzione verso cui si opta è quella della separazione del bambino dal genitore. Elementi da vagliare includono il suo livello di maturità, la sua salute, la relazione col genitore, ma anche le condizioni del carcere, comprendenti l’accesso a un’adeguata assistenza sanitaria e ad opportunità ricreative e di istruzione, l’esistenza e la qualità di strutture di accoglienza eterofamiliare al di fuori del carcere, la durata residua della pena del genitore⁸.

Nel caso in cui, al termine di una valutazione che quindi ponga al centro l’interesse del bambino, egli venga autorizzato a rimanere in carcere, devono essere adottate misure idonee a garantire la presenza di strutture attrezzate, con personale qualificato che se ne prenda cura nei momenti in cui il genitore è impossibilitato a farlo, e di servizi di assistenza sanitaria specifica e di monitoraggio dello sviluppo. Nella medesima previsione, si specifica che i bambini in carcere con un genitore non devono mai essere trattati come detenuti.

La versione attuale ha riformulato in buona parte quella originaria del 1955, sotto l’impulso della Convenzione internazionale sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (di seguito: CDI)⁹, adottata nel 1989: è grazie alla Convenzione che, ad esempio, è stato introdotto il riferimento al superiore interesse del minore (art. 3 CDI)¹⁰ ed è stato superato il solo riferimento al legame madre-figlio, ponendo sul medesimo piano il rapporto padre-figlio, sulla scorta del principio per cui

⁸ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the Nelson Mandela Rules: Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in www.penalreform.org, 2018, p. 69.

⁹ V. *infra*, § 3.

¹⁰ V. *infra*, § 3.1.

entrambi i genitori hanno responsabilità comuni per l'educazione e lo sviluppo del minore (art. 18 CDI).

Un altro gruppo di previsioni significative è quello relativo al "Contatto col mondo esterno": la Regola 58 affronta la questione del mantenimento delle relazioni affettive da parte del ristretto, assicurandogli il diritto, sotto necessaria supervisione, di comunicare con la sua famiglia a intervalli regolari e attraverso l'utilizzo di due strumenti: la corrispondenza, in forma scritta o telematica, e la ricezione di visite.

Lo scopo della norma è plurimo. *In primis*, garantire il contatto con il mondo esterno è fondamentale nell'ottica di favorire il reinserimento del ristretto nel tessuto sociale e la riduzione del rischio di recidiva¹¹: interazioni significative con i propri familiari permettono di immaginarsi la propria vita dopo il rilascio, di conseguenza favorendo la preparazione psicologica, oltre che pratica, a tale momento; sempre in un'ottica riabilitativa, il contatto svolge altresì un ruolo importante nel rafforzare la partecipazione del ristretto a decisioni relative alla vita familiare, facendolo sentire meno isolato dal contesto extramurario e diminuendo le probabilità di disgregazione familiare¹². Il contatto con la famiglia implica poi una serie di benefici sotto il profilo della salute mentale e di benessere psichico generale: dal punto di vista del ristretto, il contatto è fonte di conforto e di rassicurazione, ma anche una valvola di sfogo dei propri problemi e delle proprie paure e frustrazioni¹³. Ribaltando la prospettiva e analizzando la Regola 58 dal punto di vista del figlio minore il cui genitore stia scontando una pena carceraria, l'istituto delle visite pone i principali tratti di interesse, ma anche di criticità. Nelle ipotesi in cui il bambino

¹¹ SOCIAL CARE INSTITUTE FOR EXCELLENCE (SCIE), *Children of prisoners – Maintaining family ties*, in *Children and Families' Service SCIE Guide*, 2009, n. 22, p. 11.

¹² PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the Nelson Mandela Rules: Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in www.penalreform.org, 2018, p. 117.

¹³ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the Nelson Mandela Rules: Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in www.penalreform.org, 2018, p. 118.

non risieda in carcere con il genitore, avendo egli superato il limite di età concesso per la sua permanenza, o poiché la sua permanenza era stata esclusa *ex toto* in quanto non rientrante nel suo migliore interesse, un carcere con delle buone pratiche attuative delle visite contribuisce a promuovere il diritto del bambino a mantenere il rapporto con il genitore e a ridurre i rischi connessi alla separazione¹⁴.

Nei fatti, emergono due problematiche con cui confrontarsi. La prima questione riguarda le visite alla madre ristretta: a causa del peso ridotto della componente femminile sulla popolazione carceraria, esistono poche strutture detentive dedicate esclusivamente alle donne, che verranno dunque tendenzialmente collocate più lontane dalle loro case e dalle loro famiglie, rendendo difficile l'esercizio del diritto a ricevere le visite di eventuali figli e ledendo altresì l'esigenza dei figli a coltivare il rapporto con la madre¹⁵. La seconda questione afferisce agli spazi che vengono dedicati all'incontro tra genitori ristretti e figli in tenera età: quando sono assenti strutture specificamente adibite per accogliere questo tipo di visite, i bambini si trovano a fare i conti con rigide regole che possono essere particolarmente dolorose, come il divieto di contatto fisico o l'obbligo di stare fermi seduti a un tavolo.

Anche l'istituto della corrispondenza non è interamente scevro di difficoltà attuative: mantenere i contatti con i bambini tramite telefonate può essere problematico a causa delle restrizioni sull'orario in cui è possibile effettuare le telefonate, delle difficoltà che un genitore con diversi figli può avere a condividere il tempo a disposizione tra di loro in modo equo, nonché dell'ipotesi in cui i bambini siano troppo piccoli per leggere o scrivere lettere¹⁶.

È bene ricordare che la corrispondenza e la ricezione di visite sono diritti che devono essere garantito all'intera popolazione carceraria e che possono

¹⁴ Melanie PAURUS, *International Report on the Conditions of Children of Incarcerated Parents: A Survey of Prison Nurseries*, University of Minnesota, 2017, pp. 17-18.

¹⁵ Megan BASTICK, Laurel TOWNHEAD, *Women in prison: A commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2008, p. 32.

¹⁶ Megan BASTICK, Laurel TOWNHEAD, *Women in prison: A commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2008, p. 43.

incontrare restrizioni solo nel caso in cui sia nel migliore interesse di entrambe le parti non mantenere i contatti con alcuni membri della famiglia, come previsto dalla Regola 79¹⁷. È invece da considerare inammissibile la modulazione dei contatti nell'ambito del sistema premiale e sanzionatorio utilizzato per la gestione del comportamento dei detenuti, perché si provocherebbe un'ingiustificata lesione dell'interesse del bambino a coltivare il rapporto familiare in conseguenza alla condotta tenuta dal genitore in carcere¹⁸.

La crescente importanza delle *Mandela Rules* nel dibattito internazionale solleva la questione di quale tipo di rilevanza queste norme possano acquisire nei singoli ordinamenti nazionali. Generate attraverso un processo inclusivo ed empiricamente fondato, rappresentano il frutto degli sforzi di molti Stati per creare politiche punitive eque e realisticamente applicabili¹⁹: seppur mantenendo la loro natura di fonti di *soft law*, ed essendo dunque non giuridicamente vincolanti, le Regole possono rivelarsi una concisa ma utile guida per gli organi di giustizia penale dei singoli ordinamenti, al fine di stabilire una base comune e consolidata di principi fondamentali che permei tutti gli aspetti del trattamento delle persone private della libertà²⁰. L'auspicio è che l'implementazione delle Regole nei singoli ordinamenti nazionali vi farà risuonare le parole dello stesso Nelson Mandela:

“Nessuno conosce veramente una Nazione fino a che non è stato nelle sue prigioni. Una Nazione non dovrebbe essere giudicata da come tratta i suoi cittadini migliori, ma da come tratta i suoi cittadini di più basso rango.”

¹⁷ Megan BASTICK, Laurel TOWNHEAD, *Women in prison: A commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2008, p. 39.

¹⁸ PARLIAMENTARY JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *The right to family life*, in <https://publications.parliament.uk>, 9 settembre 2019, p. 28.

¹⁹ Jennifer PIERCE, *Making the Mandela Rules: Evidence, Expertise, and Politics in the Development of Soft Law International Prison Standards*, in *Queen's Law Journal*, 2018, n. 2, pp. 266-268.

²⁰ McCall-Smith KASEY, *Introductory note to United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in *International Legal Materials*, 2016, vol. 55, n. 6, p. 1182.

2. Le Regole di Bangkok delle Nazioni unite sul trattamento delle donne detenute

Le Regole minime per il trattamento dei detenuti, che dettano *standard* da applicare senza discriminazioni alla generalità della popolazione ristretta, non si rivolgono mai espressamente alle donne, le cui esigenze specifiche sono state a lungo trascurate a causa della piccola percentuale che ricoprono all'interno dell'universo carcerario. Un recente tentativo volto a colmare questo vuoto di tutela risale al 2010, quando l'Assemblea generale delle Nazioni unite ha adottato le "Regole relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato", anche note come "Regole di Bangkok". Le Regole di Bangkok nascono per arricchire il *corpus* delle Regole minime, dando attuazione all'articolo 4 della "Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne" del 1979, che statuisce che la previsione di misure speciali, finalizzate a garantire un trattamento giusto ed equo alle donne detenute, non è da considerarsi come un atto discriminatorio. La portata delle Regole di Bangkok è innovativa poiché, dando risposta all'unanime grido della ricerca nel sottolineare gli effetti particolarmente dannosi del carcere sulle donne, la comunità internazionale ha riconosciuto il bisogno di adottare un approccio *gender-specific*, che cioè ponga al centro le necessità e le specificità proprie del genere femminile nell'elaborazione di previsioni legislative²¹. Nonostante sussistano rilevanti differenze con riguardo alla situazione delle donne nei diversi Stati, alcune specificità sono frequenti nella maggior parte di essi, tra cui l'alta probabilità di essere madri: le Regole di Bangkok sono attente a non considerare la donna soltanto in relazione alla maternità, ma dedicano comunque uno spazio consistente alla regolamentazione delle ipotesi in cui l'imputata o la condannata sia in stato di gravidanza o abbia figli di cui prendersi cura. Su queste previsioni ci si concentrerà nel presente elaborato di tesi, pur nella consapevolezza che, nell'approcciarsi alla questione, l'ordinamento penitenziario

²¹ Tomris ATABAY, *Handbook on Women and Imprisonment*, in www.unodc.org, 2014, p. 4.

deve confrontarsi con persone che sono *in primis* donne, in secondo luogo madri e, da ultimo, detenute.

Le Regole di Bangkok integrano le Regole minime per il trattamento dei detenuti senza sostituirvisi, ma fornendo indicazioni più dettagliate sul tipo e sulla natura di servizi che devono essere forniti alle madri detenute, concernenti aspetti sanitari, ma anche aspetti educativo-pedagogici legati allo sviluppo del bambino²².

A causa della loro natura sussidiaria, le Regole di Bangkok presentano vari punti di contatto con le Regole minime e si propongono anzitutto di regolare la posizione dei figli a carico di madri in stato di detenzione. Le alternative contemplate sono sempre due: da un lato, la separazione delle madri dai loro figli, con i conseguenti effetti traumatici e a lungo termine che ne derivano per entrambe le parti; dall'altro, la preferenza verso la continuità del loro rapporto, dunque la collocazione del figlio in carcere, un ambiente punitivo tutt'altro che appropriato dove crescere e capace di danneggiare in modo permanente il benessere psicologico e mentale dei bambini²³. Nell'adottare le Regole di Bangkok, l'Assemblea generale, riconoscendo che un certo numero di delinquenti di sesso femminile non rappresentano un rischio per la società, ha innanzitutto sottolineato che, al momento di decidere le misure pre-sentenza o la pena da irrogare a una donna incinta o a una donna che rappresenta l'unico sostegno di un bambino, "*bisognerà privilegiare le misure non privative della libertà quando possibile e appropriate, e non prevedere la detenzione se non in caso di reati gravi o violenti*"²⁴. Il principio guida da cui partire è ancora una volta quello del "*best interests of the child*", come indicato dalla Regola 49: nel decidere se consentire al bambino di rimanere in carcere con la madre, è prescritta la preponderanza del superiore interesse del minore, che

²² PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the United Nations Rules on the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (The Bangkok Rules)*, in www.penalreform.org, 2013, p. 87.

²³ Tomris ATABAY, *Handbook on Women and Imprisonment*, in www.unodc.org, 2014, p. 20.

²⁴ Piera BARZANÒ, *The Bangkok Rules: An International Response to the Needs of Women Offenders*, in *UNAFEI – Resource material series*, 2013, n. 90, p. 86.

implica che le legislazioni nazionali dovrebbero consentire la flessibilità necessaria alle autorità decisionali competenti, in modo che possano modulare la loro scelta a seconda della situazione individuale su cui sono chiamate a esprimersi.

Le norme successive si focalizzano sulle cautele da adottare quando la decisione è quella di fare entrare i bambini con le loro madri in carcere. In questi casi, spesso alle madri non è permesso trascorrere un tempo sufficiente con i loro figli a causa di regole carcerarie particolarmente rigorose: la Regola 50 sottolinea l'importanza per le amministrazioni penitenziarie di adoperarsi affinché le donne detenute che tengono i loro figli in carcere possano passare il maggior tempo possibile con loro. La Regola 51 prevede poi che i bambini che vivono con la madre in carcere debbano beneficiare in ogni momento dei servizi sanitari primari e che il loro sviluppo sia seguito da specialisti, ricreando un ambiente educativo quanto più possibile simile a quello che vivrebbero fuori dall'ambito carcerario. La Regola tocca una questione cruciale, poiché la sua formulazione implica non solo la disponibilità in particolare di asili nido all'interno dei penitenziari e la presenza di aree gioco colorate, animate e stimolanti, ma anche la necessità di prevedere programmi volti a facilitare la socializzazione del bambino al di fuori del carcere (ad esempio, la frequenza presso un asilo "regolare" o l'organizzazione di escursioni in aree di gioco pubbliche)²⁵. Infine, la Regola 52 prescrive che *"le decisioni relative al momento in cui il bambino sarà separato dalla madre dovranno essere prese sulla base di valutazioni individuali e nell'interesse superiore del bambino"*. La Regola richiama l'attenzione sul fatto che, nella maggior parte dei casi, i sistemi penitenziari applicano le regole relative all'età massima fino alla quale i bambini sono autorizzati a rimanere in carcere con le loro madri con un approccio inflessibile, senza alcun margine di adattabilità rispetto alle singole circostanze e ai concreti bisogni del bambino: si auspica l'abbandono di un tale rigore applicativo,

²⁵ Piera BARZANÒ, *The Bangkok Rules: An International Response to the Needs of Women Offenders*, in *UNAFEI – Resource material series*, 2013, n. 90, p. 91.

incoraggiando una valutazione che incroci una pluralità di fattori rilevanti nel caso concreto, con una particolare attenzione alle implicazioni psicologico-evolutive della separazione del bambino dalla madre²⁶.

Venendo poi alle integrazioni introdotte per quanto attiene alla disciplina del “Contatto con il mondo esterno”, le Regole di Bangkok si concentrano sugli effetti della separazione delle donne dalle proprie famiglie a partire dalla constatazione che la grande maggioranza delle donne detenute in tutto il mondo sono anche madri e in molti casi le principali o uniche responsabili dell’educazione dei figli²⁷. La Regola 23 rende innanzitutto esplicito il divieto di limitare o negare alle detenute il contatto familiare, in particolare i contatti con i propri figli, come forma di sanzione disciplinare: la *ratio* della norma è da rinvenire nel fatto che proibire tale contatto, oltre a determinare una punizione anche per le famiglie e i figli, può altresì danneggiare in modo significativo il benessere psichico della detenuta, senza produrre alcun beneficio in termini disciplinari, essendo infatti ricorrente il riscontro per cui la detenuta che beneficia di un maggiore contatto familiare tende a infrangere di meno le regole carcerarie²⁸.

A completamento della Regola 58 delle Regole minime per il trattamento dei detenuti, la Regola 26 specifica che i contatti delle detenute con la loro famiglia, in particolare con i loro figli, devono essere non solo garantiti, come già previsto, ma anche “*incoraggiati e facilitati attraverso ogni ragionevole mezzo*”, sollecitando inoltre l’adozione di misure idonee a compensare il disagio provocato in caso di detenzione in un istituto penitenziario lontano dal luogo di domicilio. Nella stessa direzione, rilevante è il testo della Regola 28, che prevede che i colloqui ai quali prendono parte dei bambini si svolgano “*in un ambiente e in un clima tali da*

²⁶ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the United Nations Rules on the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (The Bangkok Rules)*, in www.penalreform.org, 2013, p. 89.

²⁷ Tomris ATABAY, *Handbook on Women and Imprisonment*, in www.unodc.org, 2014, p. 74.

²⁸ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Women in detention: Putting the UN Bangkok rules into practice*, in www.penalreform.org, 2017, p. 102.

rendere la visita un'esperienza positiva" e permettano contatti diretti tra madre e figlio, auspicando l'introduzione di colloqui che implicino un contatto prolungato tra i due. Le condizioni in cui si svolgono le visite influiscono fortemente sulla qualità delle stesse e hanno un impatto significativo anche sul numero di visite che le donne ricevono: è importante garantire un ambiente a misura di bambino per mitigare l'ambiente austero proprio del carcere e per rendere la visita un'abitudine frequente, in modo tale da limitare il trauma associato all'aver una madre in carcere. Tale regola muove dalla constatazione che in alcuni Stati non sono garantiti *standard* adeguati nello svolgimento delle visite, durante le quali, ad esempio, capita che visitatori e detenuti siano separati da reti o vetro e possano comunicare tra loro solo attraverso auricolare, oppure che siano precedute da pratiche quali perquisizioni corporali invasive: tali precauzioni, che non necessariamente si basano su una valutazione individuale del rischio per la sicurezza e l'ordine, impattano negativamente sulla qualità delle visite e rischiano di conseguenza di scoraggiare quelle future. Pertanto, si forniscono indicazioni, per quanto generiche, sull'ambiente in cui dovrebbero svolgersi le visite, riconoscendo il bisogno di vicinanza e di contatto fisico tra la madre e il figlio e richiedendo di ridurre il disagio che può essere avvertito dai bambini²⁹.

3. La Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia

I bambini affrontano una sfida difficile quando un genitore entra in conflitto con la legge. Devono fare i conti con la disgregazione della loro famiglia, che può comportare difficoltà finanziarie, che a loro volta possono comportare difficoltà nell'accesso ai servizi sanitari ed educativi; possono subire discriminazioni e spesso devono confrontarsi con forme di stigmatizzazione, rifiuto e vergogna a causa dello *status* dei loro genitori; in determinate circostanze, possono finire a vivere con il

²⁹ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Women in detention: Putting the UN Bangkok rules into practice*, in www.penalreform.org, 2017, p. 102.

genitore in strutture di detenzione³⁰. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, spesso si presume che, entro un certo limite di età stabilito dalla legge, i bambini accompagnino in carcere il loro genitore per una parte o per la totalità della pena. La fascia di età in cui ciò è permesso varia a seconda delle giurisdizioni: alcuni Stati non hanno un'età massima legale superata la quale il bambino deve lasciare l'ambiente carcerario, altri Stati hanno limiti di età flessibili, preferendo procedere con un esame individuale del caso del minore, soppesando il suo superiore interesse congiuntamente con le condizioni carcerarie esistenti e le alternative esterne³¹.

I figli di genitori detenuti sono un gruppo di ardua classificazione, le loro situazioni differiscono di Stato in Stato e a seconda delle culture giuridiche di riferimento; ma è tendenza comune che i loro diritti non vengano riconosciuti all'interno dei sistemi di giustizia penale. È poi bene notare che laddove sussista, anche in una prospettiva internazionale, un'attenzione specifica sul tema, questa è concentrata quasi esclusivamente sulle madri detenute³². Sebbene il quadro internazionale utilizzi il riferimento alla generica figura del "genitore", collocandosi in una posizione teoricamente neutrale rispetto al genere nelle previsioni concernenti la tutela dei figli minori, sono rarissimi i casi in cui i bambini accompagnano i padri in carcere: questo accade in parte perché le donne sono tendenzialmente le principali o uniche tutrici del bambino, in parte perché mancano strutture per far vivere i bambini nelle carceri maschili, ma soprattutto perché sono pochissimi gli Stati che, proprio a livello di disposizioni normative, consentono ai bambini di vivere in carcere con i loro padri – e anche nelle giurisdizioni in cui ciò è possibile, i bambini comunque accompagnano i padri in carcere più raramente rispetto alle madri³³. Negli

³⁰ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *The rights of children when their parents are in conflict with the law*, in www.penalreform.org, 2012, p. 1.

³¹ Melanie PAURUS, *International Report on the Conditions of Children of Incarcerated Parents: A Survey of Prison Nurseries*, University of Minnesota, 2017, pp. 3-4.

³² Ria WOLLESWINKEL, *Children of Imprisoned Parents*, in *Developmental and Autonomy Rights of Children: Empowering Children, Caregivers and Communities*, a cura di Jan C.M. Williems, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2002, p. 191.

³³ Oliver ROBERTSON, *Children Imprisoned by Circumstances*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2008, p. 17.

ordinamenti nazionali, pressoché inesistenti sono poi le previsioni che contemplino una tutela delle relazioni familiari slegata alla concezione binaria del genere e della genitorialità, rimanendo escluse dal perimetro di protezione, le ipotesi, ad esempio, di famiglie omogenitoriali o monoparentali³⁴.

Il principale strumento elaborato a livello internazionale per stabilire un quadro normativo di protezione, promozione e tutela di minori di 18 anni è la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child*), approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite nel 1989 a New York ed entrata in vigore nell'anno successivo. Tutti gli Stati membri dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa sono firmatari della Convenzione e sono pertanto tenuti a dare concreta attuazione ai diritti in essa inclusi³⁵. È però necessario specificare la Convenzione è un documento di definizione di *standard* che sono divenuti così diffusi, riconosciuti e rispettati che la stessa può essere considerata come uno strumento di diritto internazionale consuetudinario, con la conseguenza anche gli Stati che non l'hanno ratificata possono essere considerati in violazione del diritto internazionale se non la applicano³⁶.

Il quadro di protezione dei bambini accordato dal diritto internazionale è messo duramente alla prova dalla realtà dei bambini che vivono in carcere con la madre o il padre o che vengono da loro separati nel momento in cui devono scontare una pena detentiva: la Convenzione non contiene disposizioni specifiche inerenti tali ipotesi, ma racchiude previsioni che riguardano la tutela, l'assistenza e la cura di bambini in situazioni particolari e che sono applicabili al caso di specie.

L'art. 9, § 1, CDI stabilisce il diritto del minore a non essere separato dai propri genitori contro la sua volontà e a intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario al suo

³⁴ V. Parte seconda, Cap. I, Sez. A), § 1.1 e Parte terza, Cap. II, § 2.

³⁵ Agnieszka MARTYNOWICZ, *Children of Imprisoned Parents*, in www.childrenofprisoners.eu, 2011, p. 6.

³⁶ Marlene ALEJOS, *Babies and Small Children Residing in Prisons*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2015, p. 12.

superiore interesse. La formulazione della norma lascia intendere il riferimento a qualsiasi forma di allontanamento in seguito a un'azione coercitiva avviata dallo Stato, tra cui certamente rientrano anche le ipotesi di detenzione; tuttavia, tra gli obblighi in capo allo Stato per l'adempimento di tale diritto, l'art. 9, § 4, CDI menziona solo quello fornire al minore le informazioni essenziali concernenti il luogo dove si trova il familiare recluso, a meno che la divulgazione di tali informazioni possa mettere a rischio il benessere del bambino³⁷.

Evidenziando ulteriori obblighi degli Stati membri nei confronti dei bambini con un genitore detenuto, le singole giurisdizioni devono garantire la realizzazione di tutti i diritti dei bambini, indipendentemente dallo *status* del minore o del genitore: l'art. 2, § 1, CDI impone infatti agli Stati di assicurare a ogni bambino i diritti enunciati nella Convenzione “*a prescindere da ogni considerazione del fanciullo o dei suoi genitori [...] o da ogni altra circostanza*”; l'art. 2, § 2, CDI prosegue poi disponendo che gli Stati membri adottino provvedimenti appropriati affinché il bambino sia effettivamente tutelato “*contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivata dalla condizione sociale, dalle attività [...] dei suoi genitori*”. Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni unite ha puntualizzato che, in virtù del principio di uguaglianza, può rendersi necessaria l'adozione di azioni positive atte a diminuire o eliminare le situazioni che causano discriminazioni o ne facilitano la prosecuzione³⁸; come interpretato dal Comitato sui diritti dell'infanzia, l'obbligo di non discriminazione enunciato all'art. 2 CDI impone agli Stati di identificare attivamente i singoli bambini o gruppi di bambini nei confronti dei quali il riconoscimento e la realizzazione dei diritti può richiedere misure specifiche e ulteriori³⁹. È lampante che i bambini con un genitore detenuto sono suscettibili di

³⁷ Marlene ALEJOS, *Babies and Small Children Residing in Prisons*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2015, pp. 14-15.

³⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment no. 18: Non-discrimination*, in *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, 2004, n. 7, pp. 147-148.

³⁹ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment no. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, in *Compilation*

discriminazione nella realizzazione dei loro diritti ai sensi della Convenzione ed è per questo che nei loro confronti, come singoli e come gruppo, devono essere adottate precauzioni *ad hoc*⁴⁰.

Tra i diritti del bambino tutelati dalla Convenzione, il cui adempimento è messo a rischio, è possibile citare: il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6 CDI); il diritto a essere tutelato contro ogni forma di violenza o di brutalità fisiche e mentali (art. 19 CDI); il diritto a ricevere protezione e aiuti speciali dello Stato quando è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure quando non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse (art. 20 CDI); il diritto a godere del miglior stato di salute possibile (art. 24 CDI); il diritto a un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale (art. 27 CDI); il diritto all'istruzione (art. 28 CDI); il diritto a dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età e a partecipare liberamente alla vita culturale e artistica (art. 31 CDI).

L'ampia portata e il linguaggio elastico delle disposizioni della Convenzione possono facilitarne l'interpretazione da parte delle singole giurisdizioni nazionali, che nell'applicare i principi internazionali per la tutela dell'infanzia dovrebbero minimizzare l'interferenza dello Stato nelle relazioni familiari esistenti, qualora questa sia contraria agli interessi del bambino e alla tutela della genitorialità.

3.1. Il principio del superiore interesse del minore

A partire dall'entrata in vigore nel 1986 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, la necessità di prestare un'attenzione mirata alle specifiche vulnerabilità dei figli dei detenuti sta ricevendo una crescente attenzione a livello internazionale. Le disposizioni delle Regole di Bangkok del 2010, integrative delle

of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, 2004, n. 7, § 12, p. 335.

⁴⁰ Megan BASTICK, Laurel TOWNHEAD, *Women in prison: A commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2008, p. 47.

Regole minime per il trattamento dei detenuti, e la revisione di queste ultime nelle *Mandela Rules* del 2015, sono indicative degli sviluppi nella comprensione delle problematiche che sollevano i figli dei detenuti: come già rilevato a più riprese, in entrambi i corpi normativi il cardine è che l'interesse dei bambini deve essere posto alla base di tutte le decisioni relative alla detenzione di una persona con responsabilità genitoriali⁴¹. Il principio del “superiore interesse del minore” è sancito all'art. 3, § 1, CDI che prevede che:

“In tutte le decisioni relative ai minori [...] l'interesse superiore del minore deve essere una considerazione primaria.”

In mancanza di una versione ufficiale in italiano della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e vista l'eterogeneità delle formule delle quali la normativa e la giurisprudenza fanno uso per riferirsi al medesimo principio, preme anzitutto rendere conto delle scelte semantiche adottate nella traduzione della disposizione nell'ambito della presente tesi. Tra le diverse lingue ufficiali sono state considerate, per comodità di trattazione, la versione inglese (“*best interests of the child*”) e quella francese (“*intérêt supérieur de l'enfant*”), accreditando quest'ultima sia nel parlare di “interesse”, sia nella decisione di utilizzare la locuzione “superiore”.

La formula inglese declina al plurale gli “interessi” del minore (sottintendendo che egli sia portatore di una pluralità di bisogni primari da bilanciare), e richiede che i “migliori” (i più significativi, importanti) siano tenuti in conto nella ponderazione legislativa o giurisprudenziale: in questo caso, l'uso del superlativo relativo si muove dunque *all'interno* del novero delle esigenze del minore.

La traduzione prescelta fa uso al singolare del termine “interesse”, suggerendo che questo sia “superiore” sugli interessi dei soggetti con i quali la sua posizione viene

⁴¹ Laurel TOWNHEAD, *Children of Incarcerated Parents: International Standards and Guidance*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2015, p. 3.

messa a confronto. La comparazione deve allora avvenire *all'esterno*, rispetto ai soggetti terzi di volta in volta coinvolti. Si intende in tal modo conferire all'interesse del minore, in un'ottica di necessario bilanciamento, una maggiore considerazione rispetto ad altre esigenze di tutela, pur senza che i bisogni del minore possano vantare pretese assolutizzanti rispetto agli altri eventualmente comparati.

Prima di rivolgere lo sguardo all'analisi del dato normativo in rapporto al tema oggetto dell'elaborato, pare interessante soffermarsi su alcune considerazioni di stampo teorico che possono favorire una lettura più ampia e consapevole dello stesso. L'art. 3, § 1, CDI può essere definita come una disposizione "ombrello", la cui importanza è enfatizzata dai numerosi riferimenti che ne fa la Commissione sui diritti dell'infanzia per soddisfare scopi di volta in volta differenti: la norma viene innanzitutto invocata per sostenere, giustificare o chiarire un particolare approccio alle questioni derivanti dall'applicazione della Convenzione; viene poi utilizzata come parametro per la risoluzione dei conflitti tra i vari diritti enunciati dagli articoli della Convenzione; infine, il principio dell'interesse superiore del minore costituisce la base per valutare le leggi degli Stati in cui la materia non è disciplinata da diritti positivi, colmando lacune che altrimenti pregiudicherebbero il godimento dei diritti da parte di bambini⁴².

La nozione di "interesse superiore", stando alla lettura dell'art. 3, § 1, non viene in alcun modo approfondita o riempita di significato dalla Convenzione: rimane un concetto indeterminato, che si presta a essere interpretato in vario modo, a seconda del tessuto sociale e del periodo storico di riferimento. Ci sono concezioni che riducono il superiore interesse al soddisfacimento dei meri bisogni materiali del minore; altre visioni che enfatizzano la sicurezza emotiva, il benessere psicologico,

⁴² Philip ALSTON, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, n. 8, 1994, p. 11.

l'attenzione allo sviluppo; per quanto numericamente in minoranza, alcuni mettono addirittura l'accento sul benessere morale e religioso⁴³.

Il Comitato sui diritti dell'infanzia ha recentemente commentato il concetto di interesse superiore del minore riconoscendogli la finalità di garantire il pieno ed effettivo godimento di tutti i diritti espressi nella Convenzione, tra i quali non esiste una gerarchia e che – in una visione olistica – sono complementari gli uni con gli altri ed essenziali per un pieno e armonioso sviluppo del minore sotto il profilo fisico, mentale, spirituale, morale, psicologico e sociale⁴⁴.

L'interesse superiore del minore risulta un concetto triplice:

- 1) è un *diritto*, nello specifico il diritto sostanziale del bambino a vedere il proprio interesse primeggiare quando è posto in bilanciamento con altri interessi; in questo senso, l'art. 3, § 1, crea un intrinseco obbligo per gli Stati, è direttamente applicabile (*self-executing*) e può essere invocato dinnanzi alla magistratura;
- 2) è un *principio* giuridico fondamentale che funge da parametro nel momento in cui, di fronte a una disposizione legale che si presta a più letture, impone di interpretarla nel modo che più efficacemente tutela l'interesse del minore;
- 3) è una *regola* di procedura, poiché ogni volta che deve essere presa una decisione che riguarda un bambino specifico, un gruppo identificato di bambini o bambini in generale, si dovrà effettuare una valutazione del possibile impatto (positivo o negativo) della decisione sul bambino o sui bambini interessati; inoltre, nella motivazione della decisione, bisognerà spiegare come è stato rispettato il diritto del bambino, cioè cosa è stato considerato essere nell'interesse superiore del minore, su quali criteri si basa la scelta e come tale interesse sia stato soppesato

⁴³ Michael FREEMAN, *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child*, Nijhoff, Leiden, 2007, p. 27.

⁴⁴ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment no. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, in www.ohchr.org, 2004, n. 7, § 12, p. 336.

rispetto ad altre considerazioni, siano esse questioni generali di natura politica o relative solo a singoli casi⁴⁵.

L'interesse superiore del minore deve essere "*considerazione primaria*": l'art. 3, § 1, impone dunque un forte obbligo legale agli Stati membri, che nell'esercitare discrezionalità devono sempre attribuire rilevanza alle esigenze del minore. È però interessante notare come la norma parli di "*una*" considerazione primaria, lasciando intendere che l'interesse del minore non sia "*la*" considerazione preminente rispetto a ogni altra: si riconosce qui la necessità di un certo grado di flessibilità nella sua applicazione, dunque la possibilità per le autorità competenti di soppesare i diritti di tutti i soggetti interessati e le altre variabili che vengono in rilievo (ad esempio, la disponibilità di risorse economiche) per raggiungere un compromesso adeguato, tenendo però a mente che il diritto del minore a vedersi tutelato il suo interesse deve godere di un'alta priorità e non deve essere messo sullo stesso piano di tutte le altre considerazioni⁴⁶.

Chiarito il valore che deve essere attribuito al concetto di superiore interesse del minore, si pone la questione di come identificare nel concreto gli interessi dei minori che danno luogo a una lecita rivendicazione di diritti, questione che solleva non poche criticità.

Tom Campbell propone di porre alla base del ragionamento una classificazione degli interessi del minore all'interno di quattro macrocategorie. Un primo gruppo, apparentemente elementare, è quello degli interessi del minore "in quanto persona": si fa qui riferimento agli interessi propri di chiunque, che danno vita a diritti umani universali, come il diritto a non essere discriminato (art. 2 CDI) o il diritto all'assistenza sanitaria (art. 24 CDI). Un secondo gruppo è quello degli interessi del

⁴⁵ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, in www.ohchr.org, 2013, § 6, p. 4.

⁴⁶ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, in www.ohchr.org, 2013, § 36-40, p. 10.

minore “in quanto giovane”: si valorizza qui il riconoscimento di una fase intermedia della vita umana tra l’infanzia e l’età adulta, in cui il minore inizia ad avere significative capacità di scelta guidate dalla sua percezione del mondo e a selezionare quello che vuole fare e che può avere alla luce delle alternative disponibili e delle loro conseguenze. È possibile richiamare, ad esempio, il diritto ad un livello di vita sufficiente per il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale (art. 27 CDI). Un terzo gruppo è quello degli interessi del minore “in quanto futuro adulto”, a cui corrisponde un catalogo di diritti strumentali, nella misura in cui la loro *ratio* è quella di tutelare gli interessi della persona che il bambino sarà, come il diritto all’istruzione (art. 28 CDI)⁴⁷.

Tendenzialmente, quando si tratta di individuare gli interessi dei minori meritevoli di tutela ci si focalizza su quest’ultimo gruppo, guardando agli interessi del minore da una prospettiva adulta. La caratterizzazione paternalistica del superiore interesse del minore emerge in modo evidente nel tentativo di definire tale concetto nella prima bozza dalla Convenzione, che recitava:

*“Il bambino ha diritto ad essere protetto e a ricevere opportunità e strutture, grazie alla legge e ad altri mezzi, per consentirgli di svilupparsi fisicamente, mentalmente, moralmente, spiritualmente e socialmente in modo sano e normale e in condizioni di libertà e dignità. Nell’emanazione di leggi a tal fine, l’interesse superiore del minore deve essere la considerazione preminente.”*⁴⁸

Una formulazione che certamente suscitò e suscita perplessità, in quanto sembra mirare alla tutela del bambino esclusivamente per farlo divenire un adulto “sano e

⁴⁷ Tom CAMPBELL, *The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1992, n. 6, p. 20.

⁴⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report of the 34th Session*, in www.digitallibrary.un.org, 1978, p. 124.

normale”, che un giorno avrà un ruolo importante da svolgere nella società. Questo approccio si rivela incompleto, nel momento in cui ragiona sui bambini solo in termini di esigenze formative della persona che diventeranno, come se il loro significato principale fosse da individuare nel fatto che prima o poi saranno adulti, di conseguenza trascurando le loro situazioni attuali, la loro felicità e le loro preoccupazioni presenti.

Una visione alternativa propone di abbandonare una simile visione adulto-centrica propria del terzo gruppo di interessi del minore, aprendo lo sguardo ai bisogni dei bambini in quanto tali. Si viene così a stagliare un quarto gruppo di interessi: gli interessi del minore “in quanto bambino”. Si possono considerare, a questo proposito, il diritto a conoscere i propri genitori e a essere da essi accudito (art. 7 CDI), il dovere dello Stato di proteggere il bambino da abusi, negligenze e violenze fisiche o morali (art. 19 CDI) o il diritto a dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età (art. 31 CDI)⁴⁹. Indipendentemente dalle etichette utilizzate, la classificazione può rilevarsi utile nell’interpretazione del superiore interesse dei minori, sollecitando a prendere consapevolezza dell’ampia gamma di interessi – eventualmente tra loro confliggenti – da prendere in considerazione ed evitando che il giudizio di un adulto surclassi l’obbligo di rispettare tutti i diritti previsti dalla Convenzione⁵⁰.

Passando alla rilevanza della norma nel contesto dell’oggetto della presente tesi, nello specifico di minori che sono figli di detenuti, il Comitato sui diritti dell’infanzia ha raccomandato agli Stati membri di adottare procedimenti e criteri per fornire una guida alle autorità competenti a svolgere il processo di bilanciamento degli interessi in gioco, processo da svolgersi su base individuale e con la consapevolezza delle condizioni generali del contesto carcerario, della

⁴⁹ Tom CAMPBELL, *The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1992, n. 6, pp. 16-24.

⁵⁰ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, in www.ohchr.org, 2013, § 4, p. 3.

particolare esigenza del contatto genitore-figlio durante la prima infanzia e dei potenziali impatti di eventuali alternative non detentive⁵¹. Particolare insistenza viene data al fatto che, nella valutazione del *best interests of the child*, vengano soppesati e messi in relazione tutti gli elementi rilevanti per il caso concreto, specificando che questi avranno un valore mutevole e saranno utilizzati in modo diverso a seconda delle circostanze⁵².

Dalla lettura del testo dell'art. 3, § 1, CDI emerge l'obbligo di vagliare l'interesse superiore del minore "in tutte le decisioni" che lo riguardano. La valutazione dell'interesse superiore del dei figli minori di detenuti o di coloro che rischiano un'ipotetica detenzione può rendersi necessaria in diversi momenti decisionali: decisioni prese al momento dell'arresto; decisioni relative all'opportunità di sottoporre a custodia cautelare prima del processo; decisioni relative alla condanna, comprese le pene alternative alla custodia cautelare; decisioni sull'opportunità di fare andare o fare rimanere un minore in carcere con il proprio genitore; decisioni sui sostegni finanziari o di altra natura al minore o all'affidatario.⁵³ Per una corretta interpretazione di tale locuzione, il Comitato sui diritti dell'infanzia esorta *in primis* le autorità competenti a prendere attentamente in considerazione il principio dell'interesse superiore del bambino in tutte le decisioni inerenti a una pena detentiva, che sia questa preventiva o definitiva⁵⁴: le singole legislazioni nazionali spesso prevedono che, nel momento in cui sono chiamati a decidere sulla custodia cautelare in carcere di una persona, i giudici possano – o in alcuni casi debbano –

⁵¹ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, in www.ohchr.org, 2011, § 33 and § 37 pp. 6-7.

⁵² UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, in www.ohchr.org, 2013, § 80 and § 81, p. 17.

⁵³ Laurel TOWNHEAD, *Children of Incarcerated Parents: International Standards and Guidance*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2015, pp. 3-4.

⁵⁴ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Considerations of reports submitted by State Parties under Article 44 of the Convention. Concluding observations: Thailand*, in www.digitallibrary.un.org, 2006, § 48, p. 11.

tenere conto delle circostanze familiari della persona imputata; le parole del Comitato sui diritti dell'infanzia suggeriscono che ai giudici sia lasciata la medesima possibilità anche durante la scelta della sanzione al termine del processo⁵⁵. Nel caso poi in cui la decisione si orienti verso la separazione del bambino dal genitore in carcere, viene raccomandato un controllo costante della decisione stessa e un accertamento regolare del fatto che questa scelta continui a soddisfare adeguatamente i bisogni fisici e mentali del bambino, nonché la garanzia che al bambino sia consentito il mantenimento dei rapporti e dei contatti diretti con il genitore ristretto⁵⁶.

Il bilanciamento del superiore interesse del figlio minore di un genitore a rischio di detenzione è una questione delicata e complessa: se è istintivo pensare che difficilmente rientri nel migliore interesse di un bambino l'essere separato dalla propria figura educativa di riferimento, sembra altrettanto ardua la prospettiva che vivere in carcere possa rientrare nel suo migliore interesse⁵⁷. Come già accennato, generalmente si assume che il minore accompagnerà il genitore in carcere, per l'espiazione di una porzione o dell'interezza della pena, fino al raggiungimento di un certo limite di età stabilito per legge, che varia a seconda della giurisdizione di riferimento: l'intervallo normalmente varia tra i 6 mesi e i 7 anni⁵⁸, ma alcune Nazioni non hanno un'età massima legale oltre alla quale il bambino dovrà lasciare il carcere (come accade in Svezia, dove il limite di anni è flessibile ed è individuato

⁵⁵ Agnieszka MARTYNOWICZ, *Children of Imprisoned Parents*, in www.childrenofprisoners.eu, 2011, p. 16.

⁵⁶ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Considerations of reports submitted by State Parties under Article 44 of the Convention. Concluding observations: Thailand*, in www.digitallibrary.un.org, 2006, § 48, p. 11.

⁵⁷ Laurel TOWNHEAD, *Children of Incarcerated Parents: International Standards and Guidance*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2015, p. 4.

⁵⁸ Marcelo AEBI, Edoardo COCCO, Lorena MOLNAR, Mélanie TIAGO, *SPACE I – 2021 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, 2022, Table 2.3.

su base individuale), così come alcuni ordinamenti escludono *in toto* la possibilità per un bambino di vivere in carcere con il suo genitore (come accade in Norvegia)⁵⁹. Il Comitato sui diritti dell'infanzia ha sottolineato che, nelle pronunce che decidono su genitori condannati, devono essere preferite pene non detentive, predisponendo e rendendo disponibili pene alternative applicabili caso per caso, tenendo conto dell'impatto della condanna sull'interesse superiore del minore interessato⁶⁰; ancora, in una Risoluzione del 2009, l'Assemblea generale delle Nazioni unite ha chiarito che, quando l'unica o principale persona che si prende cura del minore può essere oggetto di privazione di libertà a seguito di provvedimenti di carcerazione preventiva o di condanna, dovrebbero essere adottate quanto più possibile misure di natura non detentiva⁶¹.

In assenza di una normativa che concretamente definisca e delimiti il principio dell'interesse superiore, i giudici devono innanzitutto fare affidamento sui limitati orientamenti giurisprudenziali disponibili ed eventuali linee guida esistenti a livello nazionale. Per poter applicare al caso concreto un concetto mal definito, alla magistratura deve però essere lasciato un certo spazio di autonomia per interpretarlo nei casi maggiormente complessi e controversi: in altre parole, la valutazione giudiziaria e il bilanciamento dei vari fattori rilevanti godono di un dilatato margine di discrezionalità, perché basati su un concetto la cui applicazione è intrinsecamente imprecisa⁶². I tribunali hanno stabilito e sviluppato alcuni criteri che fungono da punti di riferimento oggettivi rispetto ai quali valutare le controversie (la forza dei legami familiari esistenti, le attitudini e le capacità genitoriali, la sicurezza e la stabilità dell'ambiente domestico, la presenza di stimoli e nuove esperienze, le

⁵⁹ V. Parte terza, Cap. I, § 1.

⁶⁰ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, in www.ohchr.org, 2011, § 30, p. 6.

⁶¹ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Guidelines for the Alternative Care of Children*, in www.digitallibrary.un.org, 2010, § 48, p. 10.

⁶² Jean TOMKIN, *Orphans of Justice. In Search of the Best Interests of the Child when a Parent is Imprisoned*, Quaker United Nations Office, Geneve, 2009, p. 24.

opportunità educative, i desideri del bambino...), senza però abbandonare un approccio caso per caso, con esiti variabili che dipendono dai fattori ritenuti più rilevanti dal singolo giudice nel determinare cosa sia nell'interesse superiore del minore: sebbene tale metodo operativo consenta la flessibilità spesso necessaria nei casi in esame, che tipicamente coinvolgono un elevato numero di variabili, allo stesso tempo ne risentono però l'uniformità, la certezza e la prevedibilità del diritto, elementi altrettanto essenziali nella sua applicazione⁶³.

L'attenzione rivolta a livello internazionale alla prospettiva dei bambini, enfatizzata dalla formulazione del principio del *best interests of the child* all'interno della Convenzione sui diritti dell'infanzia, sollecita gli Stati membri delle Nazioni unite a implementare i propri *standard* nazionali, introducendo disposizioni ad ampio raggio capaci di far sì che anche gli interessi di quella particolare categoria di minori rappresentata dai figli di genitori detenuti siano presi seriamente in considerazione, in modo da limitare i danni che essi possono subire⁶⁴. Dalla lettura di risoluzioni, *report* e raccomandazioni, emergono varie misure di cui si auspica l'adozione. Ad esempio, in tutte le fasi del contatto del genitore con il sistema della giustizia penale, gli Stati membri dovrebbero:

- fornire al figlio consulenza, trattamento psicologico, supporto sociale e protezione;
- prevenire la stigmatizzazione e la discriminazione verso il figlio⁶⁵;

⁶³ Jean TOMKIN, *Orphans of Justice. In Search of the Best Interests of the Child when a Parent is Imprisoned*, Quaker United Nations Office, Geneve, 2009, p. 28.

⁶⁴Ria WOLLESWINKEL, *Children of Imprisoned Parents, in Developmental and Autonomy Rights of Children: Empowering Children, Caregivers and Communities*, a cura di Jan C.M. Williems, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2002, p. 197-198.

⁶⁵ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, in www.ohchr.org, 2011, § 33, p. 6.

- rispettare il diritto del figlio a vedere le proprie opinioni ascoltate e prese in considerazione nelle decisioni che lo riguardano⁶⁶;
- rispettare il diritto del figlio a essere informato delle vicende che riguardano il genitore detenuto (ad esempio, i trasferimenti)⁶⁷.

Per quanto concerne lo specifico momento dell'arresto, viene raccomandato di sviluppare protocolli per il personale delle forze dell'ordine da seguire quando un minore sia presente al momento dell'arresto del genitore e per informare il minore invece assente al momento dell'arresto⁶⁸. Come già evidenziato, è poi da favorire la predisposizione di misure alternative alla detenzione per prevenire la separazione tra genitore e figlio e consentire la sospensione della detenzione per permettere ai genitori di prendere accordi sull'affidamento e l'assistenza dei figli⁶⁹.

Il discrimine più importante resta comunque tra due ordini di situazioni: l'ipotesi in cui sia nel migliore interesse del figlio vivere in carcere col genitore e l'ipotesi in cui sia invece nel suo migliore interesse la separazione. Nel primo caso, si renderà necessario sviluppare e attuare linee guida, che coprano l'età dei minori, la durata della permanenza, il contatto con il mondo esterno e il movimento all'interno e all'esterno del carcere, al fine di limitare il soggiorno a situazioni in cui sia nel migliore interesse del minore; ma altresì garantire che le condizioni di vita dei minori che risiedono in carcere con un genitore siano sicure, adeguate al suo sviluppo fisico e tali per cui al genitore sia data la possibilità di trascorrere il maggior tempo possibile con il proprio figlio all'interno di strutture il più vicino

⁶⁶ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, in www.ohchr.org, 2011, § 41, p. 7.

⁶⁷ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, in www.ohchr.org, 2011, § 44, p. 8.

⁶⁸ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, in www.ohchr.org, 2011, § 31-32, p. 6.

⁶⁹ UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, in www.ohchr.org, 2011, § 30, p. 6.

possibile a quelle esterni al carcere. Nel secondo caso, si tratterà di garantire che l'allontanamento dal carcere avvenga con delicatezza, e solo quando siano state prese tutte le disposizioni necessarie per la sua accoglienza, e di assicurare che il minore possa mantenere un rapporto con il genitore detenuto, attraverso visite svolte su base regolare in modo da rispettare la dignità e la *privacy* dei bambini⁷⁰.

⁷⁰ Sono qui riportate solo alcune delle previsioni delle “Regole di Bangkok” (v. *infra*, § 2).

CAPITOLO II

Le fonti europee

1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 1.1. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2. Le Regole penitenziarie europee. – 3. Le indicazioni dell'Unione europea.

1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo

In risposta alle gravi violazioni dei diritti umani verificatesi nel corso della Seconda guerra mondiale, anche a livello europeo si prestò molta attenzione all'istituzione di un efficace apparato istituzionale e regolativo volto a prevenire che simili orrori si ripetessero. A tal fine, con la ratifica del trattato di Londra nel 1949, i dieci Stati che ne furono firmatari originari istituirono il Consiglio d'Europa, impegnandosi ad accettare lo stato di diritto e a consentire il godimento delle libertà fondamentali a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione. Il Consiglio d'Europa, con sede a Strasburgo, oggi riunisce 46 Stati europei – tra cui i 27 Stati membri dell'Unione europea – ed è una delle più rilevanti organizzazioni internazionali per la promozione della democrazia e per la protezione diritti umani in Europa.

L'attività del Consiglio d'Europa è stata di fondamentale importanza nel campo della tutela dei diritti dei detenuti grazie all'elaborazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito: CEDU), che enuncia in modo dettagliato quali diritti devono essere tutelati. La CEDU, adottata nel 1950 ed entrata in vigore nel 1953, è la prima e tutt'ora più attuale delle convenzioni di cui il Consiglio d'Europa ha propiziato la stipula e di

cui controlla l'applicazione grazie alla giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Corte EDU)⁷¹.

Preme fin da subito sottolineare che la CEDU non è elaborata nello specifico per i detenuti, ma che numerose sono le sue disposizioni che, direttamente o indirettamente, tutelano diritti che possono interessare una persona privata della propria libertà personale: ne sono esempio il diritto alla vita (art. 2 CEDU), il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5 CEDU) e il diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU), il diritto a un ricorso effettivo (art. 13 CEDU).

La disposizione che risulta di maggior rilievo per l'oggetto della presente tesi è tuttavia rappresentata dall'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare e della corrispondenza:

“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

L'accostamento del diritto al rispetto vita familiare, che è fatto seguire a quello al rispetto della vita privata, segnala immediatamente la peculiare scelta di incentrare la tutela verso l'autonomia e l'autodeterminazione dei singoli componenti della famiglia, più che della cellula familiare in quanto tale; la CEDU si discosta in questo modo dalla frequente tendenza nelle norme internazionali di tutela della famiglia,

⁷¹ Sonja SNACKEN, Dirk VAN ZYL SMIT, *Principles of European Prison Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 9.

abbracciando la prospettiva individualista – che enfatizza il diritto del singolo alla protezione della propria vita privata e familiare da arbitrarie interferenze – rifiutando quella prospettiva comunitarista – che richiama invece la famiglia quale formazione sociale⁷².

L'elemento essenziale della vita familiare – nozione che non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio, ma comprende anche altri legami familiari di fatto, in cui le parti convivono⁷³ – è il diritto di vivere insieme affinché possano svilupparsi i rapporti e affinché i membri della famiglia possano godere della reciproca compagnia; qualora poi sia accertata l'esistenza di un minore all'interno di un nucleo familiare, lo Stato deve agire in maniera da consentire lo sviluppo del legame con i propri genitori⁷⁴. Dalla lettura dell'art. 8, § 2, tuttavia, emerge che il diritto sancito dall'art. 8, § 1, CEDU non è “assoluto”, bensì è inquadrabile come diritto “qualificato”, che cioè consente limitazioni al suo esercizio a condizione che l'interferenza sia in accordo alla legge e sia necessaria per soddisfare finalità di interesse generale necessarie in uno Stato democratico, conferendo alla Corte EDU il potere di sindacare eventuali ingerenze sotto il profilo della legalità, necessità e proporzionalità, e di elaborare in parallelo una serie di obblighi positivi a carico degli Stati. Il principale effetto derivante dall'enunciato della norma è l'obbligo, da parte delle autorità competenti, di giustificare qualsiasi forma di restrizione del contatto tra bambino e genitore detenuto, contatto che deve essere garantito affinché sia rispettato il diritto al rispetto della vita familiare, e che comprende tanto il contatto diretto durante le visite, quanto il contatto indiretto che si viene a stabilire tramite corrispondenza⁷⁵.

⁷² Laura TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione Giustizia*, 2019, n. 2, pp. 39-40.

⁷³ CANCELLERIA DEL CONSIGLIO D'EUROPA, *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *www.echr.coe.int*, aggiornata al 31 agosto 2022, p. 78.

⁷⁴ CANCELLERIA DEL CONSIGLIO D'EUROPA, *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *www.echr.coe.int*, aggiornata al 31 agosto 2022, p. 71.

⁷⁵ V. *infra*, § 1.1.

Altra disposizione di cui spesso viene riscontrata la violazione nei ricorsi presentati da detenuti, è inoltre l'art. 3 CEDU, che dispone il divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti e che viene invece maggiormente evocata nelle ipotesi di bambini che vivono in carcere con il proprio genitore, in condizioni detentive che risultano non adeguate ai bisogni propri della maternità e dell'infanzia⁷⁶.

1.1. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte europea dei diritti dell'uomo, entrata in funzione nel 1959 e con sede a Strasburgo, è l'organo del Consiglio d'Europa incaricato di apprestare tutela giurisdizionale e di assicurare l'osservanza della CEDU. La Convenzione e la Corte EDU sono divenute progressivamente "il cuore palpitante" del Consiglio d'Europa, grazie all'affermazione di un catalogo di diritti umani, accompagnato dalla volontaria sottomissione alla giurisdizione di una Corte accessibile da chiunque ritenga di essere vittima di una violazione di tali diritti e con il potere di spingere lo Stato a mettere in atto tutte le misure necessarie per evitare nuove violazioni in futuro⁷⁷.

Per una migliore ricostruzione storica del percorso di affermazione della Corte, bisogna premettere che, dopo l'entrata in vigore nel 1953 della CEDU, erano stati creati due organi principali incaricati di garantirne l'osservanza: la Commissione europea dei diritti dell'uomo e, appunto, la Corte europea dei diritti dell'uomo. Ai singoli cittadini di Stati membri della CEDU che lamentavano una violazione di un diritto in essa enunciata, era riconosciuta la possibilità, una volta esaurite le vie di ricorso interno, di presentarsi innanzi alla Commissione, che aveva il compito di valutare *in primis* l'ammissibilità delle denunce e, qualora avesse riscontrato una

⁷⁶ V. *infra*, § 1.1.

⁷⁷ Maria Giuliana CIVININI, *L'agente del governo nel sistema convenzionale*, in *Questione giustizia, Speciale: La Corte di Strasburgo*, a cura di Francesco Buffa e Maria Giuliana Civinini, 2019, n. 1, p. 97.

violazione, doveva poi successivamente tentare una riconciliazione amichevole; solo qualora tale tentativo fosse risultato vano, la questione veniva deferita alla Corte per una decisione finale. La Commissione si presentava dunque come un tribunale speciale che rappresentava una sorta di passaggio obbligato per poter accedere alla Corte; tuttavia, il Protocollo n. 11 della CEDU del 1998 ha abolito la Commissione, contigualmente ampliando i poteri della Corte e permettendo ai singoli di avanzare pretese direttamente alla Corte stessa⁷⁸.

Al momento della costituzione di tali organi, le istanze sollevate dai detenuti rappresentavano il lavoro preponderante dei due organi di controllo: le prime cause inerenti alla reclusione o le sue condizioni dimostravano sia i punti di forza che i punti di debolezza insiti nell'applicazione di uno strumento per la tutela dei diritti umani che non era specificamente incentrato sul carcere. Molte denunce dei detenuti sulla violazione dei loro diritti non superavano il vaglio di ammissibilità della Commissione, che invocando la teoria di natura dottrinale delle cd. limitazioni intrinseche⁷⁹ adduceva come motivazione ricorrente che la privazione della libertà comportava automaticamente, per sua stessa natura, la perdita di altri diritti e libertà⁸⁰. Un primo passo verso il superamento di questo orientamento si è avuto nel 1975 con la sentenza *Golder c. Regno Unito*⁸¹: la Corte riscontrava la violazione dell'art. 8 CEDU (nel caso di specie, la violazione del diritto al rispetto della corrispondenza) e, rifacendosi allo scopo della Convenzione, affermava che i diritti fondamentali dei detenuti potevano essere limitati soltanto nello stesso modo di coloro che si trovavano fuori dalle prigioni, così sancendo la creazione di un sistema

⁷⁸ Sonja SNACKEN, Dirk VAN ZYL SMIT, *Principles of European Prison Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 10.

⁷⁹ Traduzione dell'espressione "*inherent limitations*", utilizzata nelle sentenze della Corte EDU.

⁸⁰ Sonja SNACKEN, *Human Dignity and/or Human Rights for Prisoners? A Belgian Example*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2015, vol. 27, n. 2, p. 183.

⁸¹ Corte EDU, Grande Camera, *Golder c. Regno Unito* (ric. 4451/70), 21 febbraio 1975, in www.hudoc.echr.coe.int.

che li tuteli in modo effettivo⁸². Tale posizione è stata ripresa a distanza di trent'anni nella sentenza *Hirst c. Regno Unito*: “I detenuti continuano a godere di tutti i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla CEDU, ad eccezione del diritto alla libertà. [...] Eventuali restrizioni su altri diritti devono essere giustificate”⁸³.

Andando allo specifico tema del presente scritto, breve approfondimento merita innanzitutto il posizionamento della Corte EDU di fronte alla questione della possibilità di far rimanere bambini piccoli in carcere con le loro madri. Nelle sue pronunce, la Corte si basa su una serie di orientamenti preesistenti: *in primis*, il riconoscimento da parte del Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani o degradanti del fatto che se certamente le carceri non forniscono un ambiente appropriato per neonati e bambini, ma anche la separazione forzata di madri e neonati è altamente indesiderabile; in secondo luogo, la Corte accoglie il principio sancito dalla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, per cui le decisioni di consentire ai minori di rimanere con le loro madri in carcere devono essere basate sul loro superiore interesse superiore dei minori; da ultimo, la Corte prende atto delle raccomandazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità, secondo le quali un neonato deve rimanere con la madre, con obbligo delle autorità competenti di creare condizioni adeguate per la salute e il benessere del minore nelle strutture di detenzione⁸⁴.

La giurisprudenza in questo ambito ha frequentemente come punto di partenza l'art. 3 CEDU sul divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti. Si riscontrano violazioni della norma quando le condizioni materiali di detenzione sono inadeguate o quando non vengono garantite le cure mediche per il bambino. Questi due aspetti sono messi in evidenza in una sentenza del 2016 della Corte EDU

⁸² Vincent DE GAETANO, *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu*, in *Questione giustizia – Speciale: La Corte di Strasburgo*, a cura di Francesco Buffa e Maria Giuliana Civinini, 2019, n. 1, p. 19.

⁸³ Corte EDU, Grande Camera, *Hirst c. Regno Unito* (ric. 74025/01), 6 ottobre 2005, in www.hudoc.echr.coe.int.

⁸⁴ REGISTRY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights*, in www.echr.coe.int, updated on 31 August 2022, § 231-232.

(*Korneykova e Korneykov c. Ucraina*): per quanto riguarda le condizioni materiali di detenzione, in particolare, la Corte ha osservato ad esempio che l'effetto cumulativo di malnutrizione, disposizioni igienico-sanitarie inadeguate e passeggiate all'aria aperta insufficienti, possono indurre nella madre sofferenza fisica e angoscia psichica assimilabili a trattamento inumano e degradante della madre e del figlio⁸⁵; per quanto riguarda le cure mediche per il bambino, la Corte ha riscontrato il mancato rispetto di *standard* sanitari adeguati nel momento in cui il bambino, soggiornante con la madre in carcere, era rimasto senza alcun monitoraggio da parte di un pediatra per quasi tre mesi⁸⁶.

Norma altrettanto invocata da detenuti che sono genitori è poi l'art. 8 CEDU, che è utile per porre rimedio a una serie di situazioni che, seppur lesive, non superano la soglia di punibilità minima prevista dall'art. 3 CEDU⁸⁷. La detenzione, come ogni altra misura che priva una persona della sua libertà, comporta limitazioni alla sua vita privata: tuttavia, il rispetto alla vita familiare è una parte essenziale del diritto *ex art. 8, §1*, del detenuto che impone alle autorità competenti di assisterlo nel mantenere il contatto con la sua famiglia⁸⁸, ed eventuali interferenze devono essere giustificate ai sensi dell'art. 8, § 2. A questo proposito, a più riprese la Corte EDU ha ribadito che, benché l'art. 8 CEDU non contenga espliciti requisiti procedurali, “*il processo decisionale che conduce a misure di ingerenza deve essere equo e sufficiente a offrire il dovuto rispetto degli interessi tutelati*”⁸⁹, “*in particolare in relazione all'affidamento di minori*”⁹⁰.

⁸⁵ Corte EDU, Sez. V, *Korneykova e Korneykov c. Ucraina* (ric. 56660/12), 23 marzo 2016, in www.hudoc.echr.coe.int, § 140-148.

⁸⁶ Corte EDU, Sez. V, *Korneykova e Korneykov c. Ucraina* (ric. 56660/12), 23 marzo 2016, in www.hudoc.echr.coe.int, § 152-158.

⁸⁷ Sergio BARTOLE, Pasquale DE SENA, Vladimiro ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012, p. 358.

⁸⁸ Corte EDU, Grande Camera, *Khoroshenko c. Russia* (ric. 41418/04), 30 giugno 2015, in www.hudoc.echr.coe.int, § 110, § 121, § 122.

⁸⁹ Corte EDU, Sez. III, *Petrov and X c. Russia* (ric. 23608/16), 23 ottobre 2018, in www.hudoc.echr.coe.int, § 101.

⁹⁰ Corte EDU, Camera, *McMichael c. Regno Unito* (ric. 16424/90), 24 febbraio 1995, in www.hudoc.echr.coe.int, § 92.

La Corte, tuttavia, accetta una certa misura di controllo del contatto dei prigionieri con il mondo esterno, acconsentendo a limitazioni circa il numero di visite familiari, la loro supervisione o la loro sottoposizioni a specifiche modalità per detenuti sottoposti a regimi carcerari speciali⁹¹. A titolo di esempio, misure restrittive possono essere accettate qualora siano in corso indagini penali sul ristretto o nell'ambito delle carceri di alta sicurezza, ma sempre esclusivamente nell'ipotesi in cui tali misure siano idonee a conseguire lo scopo legittimo perseguito (come esigenze di sicurezza del carcere o evitare il pericolo che il detenuto comunichi con le organizzazioni criminali attraverso canali familiari)⁹². Quello che è invece ritenuto inammissibile è la previsione, all'interno delle legislazioni nazionali, di restrizioni automatiche alla frequenza, alla durata e alle modalità di visita per determinate categorie detenuti: la Corte ha infatti valutato la contrarietà rispetto all'art. 8 CEDU di leggi che non offrano alcun grado di flessibilità per determinare se le limitazioni siano appropriate ed effettivamente necessarie, così eludendo *a priori* una valutazione della loro proporzionalità nel giudizio di bilanciamento degli interessi individuali e pubblici concorrenti nel caso di specie⁹³.

Passando ora a un ulteriore contenuto rilevante nell'oggetto dell'analisi dei rapporti familiari, l'art. 8, § 1, della Convenzione prevede la protezione della corrispondenza dei detenuti. Anche in questo caso, la giurisprudenza della Corte EDU ammette un certo livello di supervisione della corrispondenza dei detenuti, non ritenendola di per sé incompatibile con il dettato della norma⁹⁴: dalla casistica delle pronunce della Corte EDU, emerge che può ad esempio costituire legittima ingerenza

⁹¹ Corte EDU, Sez. II, *Hagyò c. Ungheria* (ric. 52624/10), 23 aprile 2013, in www.hudoc.echr.coe.int, § 84.

⁹² Corte EDU, Grande Camera, *Enea c. Italia* (ric. 74912/01), 17 settembre 2009, in www.hudoc.echr.coe.int, § 125-131.

⁹³ Corte EDU, Sez. V, *Trosin c. Ucraina* (ric. 39758/05), 23 febbraio 2012, in www.hudoc.echr.coe.int, § 42-44.

⁹⁴ Corte EDU, Camera, *Silver e altri c. Regno Unito* (ric. 5947/72), 25 marzo 1983, in www.hudoc.echr.coe.int, § 98.

l'intercettazione e l'apertura della corrispondenza epistolare prima dell'immediata consegna al fine di mantenere l'ordine nelle carceri⁹⁵ o la registrazione delle conversazioni (telefoniche o nel corso delle visite) tra il detenuto e i suoi familiari. Agli Stati è concesso un margine di discrezionalità per regolamentare le questioni in materia, margine che è però soggetto all'esame di conformità con i requisiti di legittimità dell'art. 8, § 2, da parte della Corte EDU, che ha ribadito che la necessità dell'interferenza con l'esercizio del diritto del detenuto deve essere valutata avendo riguardo delle esigenze della detenzione e non deve comunque eccedere quanto richiesto dai fini perseguiti in conformità all'articolo⁹⁶.

Nella sua giurisprudenza, la Corte ha posto l'accento sulla necessità di garantire protezione dall'arbitrarietà nell'applicazione di qualsiasi misura di intrusione nella corrispondenza dei detenuti, sottolineando la necessità di disciplinare i provvedimenti di controllo, le ragioni idonee a giustificare tali provvedimenti, nonché l'ampiezza e le modalità di esercizio dell'eventuale potere discrezionale conferito alle autorità in materia⁹⁷. È poi essenziale che l'eventuale interferenza sia motivata, in modo tale che il ricorrente e/o i suoi consulenti legali possano accertarsi che la legge sia stata correttamente applicata nei suoi confronti e che le decisioni che lo riguardano non siano irragionevoli o arbitrarie⁹⁸. La Corte riscontra violazioni dell'art. 8 CEDU laddove siano presenti misure di controllo indiscriminato dell'intera corrispondenza dei detenuti, senza operare alcuna distinzione tra le diverse categorie di persone con cui i detenuti corrispondono⁹⁹: in particolare, per adempiere al dovere di aiutare i detenuti a mantenere i rapporti con

⁹⁵ Corte EDU, Camera, *Silver e altri c. Regno Unito* (ric. 5947/72), 25 marzo 1983, in www.hudoc.echr.coe.int, § 101.

⁹⁶ Corte EDU, Sez. II, *Doerga c. Paesi Bassi* (ric. 50210/99), sent. 27 aprile 2005, in www.hudoc.echr.coe.int, § 45.

⁹⁷ Corte EDU, Grande Camera, *Enea c. Italia* (ric. 74912/01), 17 settembre 2009, in www.hudoc.echr.coe.int, § 143.

⁹⁸ Corte EDU, Sez. I, *Onoufriou c. Cipro* (ric. 24407/04), 7 gennaio 2010, in www.hudoc.echr.coe.int, §113.

⁹⁹ Corte EDU, Sez. V, *Petrov c. Bulgaria* (ric. 15197/02), 22 maggio 2008, in www.hudoc.echr.coe.int, § 39-45.

i propri familiari, le autorità nazionali devono interpretare in maniera restrittiva lo spazio di ingerenza nel diritto di corrispondenza con un componente della famiglia, tenendola distinta da quella con altre persone e applicandovi limitazioni solo per motivi particolarmente gravi¹⁰⁰.

Per quanto riguarda le telefonate, l'articolo 8 di per sé non garantisce tale diritto, soprattutto se esistono adeguate possibilità di corrispondenza scritta; tuttavia, se vengono messe a disposizione strutture telefoniche, qualsiasi restrizione deve ancora una volta soddisfare i requisiti dell'art. 8, §2, CEDU¹⁰¹. La Corte ha peraltro rilevato che, laddove il mantenimento dei contatti familiari mediante corrispondenza scritta e/o visite sia ritenuto insufficiente, un divieto totale di telefonate, salvo in situazioni di emergenza, costituisce un'ingerenza sproporzionata nel diritto del ricorrente al rispetto della vita privata e familiare¹⁰². È possibile evidenziare che, nella giurisprudenza della Corte relativa all'8 CEDU finora analizzata, il bilanciamento di interessi vede da un lato la protezione della genitorialità e dall'altro le esigenze di pubblica sicurezza, di difesa dell'ordine, di prevenzione dei reati, e così via. La tutela delle relazioni familiari ha avuto quindi la tendenza a incentrarsi sui diritti dei detenuti, trascurando gli interessi dei familiari che rimangono fuori dal circuito penitenziario, in particolare il migliore interesse del figlio minore. Solo in tempi recenti la Corte, nonostante sia sempre soltanto il detenuto a intentare la causa, ha incluso nella decisione sul ricorso anche la posizione del minore, riscontrando talvolta la violazione dei suoi diritti¹⁰³. Ad esempio, è sulla scorta dell'art. 8 CEDU che è stato ritenuto sorga in capo agli Stati l'obbligazione positiva di assicurare un ambiente appropriato e il più possibile privo

¹⁰⁰ CANCELLERIA DEL CONSIGLIO D'EUROPA, *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in www.echr.coe.int, aggiornata al 31 agosto 2022, p. 126.

¹⁰¹ REGISTRY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights*, in www.echr.coe.int, updated on 31 August 2022, §98.

¹⁰² Corte EDU, Sez. III, *Danielevich c. Russia* (ric. 31469/08), 19 ottobre 2021, in www.hudoc.echr.coe.int, § 49-50.

¹⁰³ Rachel BRETT, *Best interest of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice*, in www.childrenofprisoners.eu, 2018, p. 5.

di tensione per la ricezione delle visite dei figli minori¹⁰⁴: la Corte osserva infatti che le visite di bambini o, più in generale, di minori in carcere richiedono disposizioni speciali e sono soggette a condizioni specifiche a seconda delle loro età, del loro stato emotivo o delle circostanze personali della persona visitata¹⁰⁵.

2. Le Regole penitenziarie europee

Il Consiglio d'Europa svolge un lavoro importante non soltanto nell'elaborazione di trattati giuridicamente vincolanti, ma anche nel suo più ampio ruolo di intervento in materia di politica penale e carceraria. Nel 1973, il Comitato dei Ministri – organo decisionale del Consiglio d'Europa composto dai Ministri degli affari esteri di tutti gli Stati membri o dai loro delegati permanenti – con la Risoluzione 73(5) ha adottato le “Regole minime [del Consiglio d'Europa] per il trattamento dei detenuti” (“*European Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*”), tracciate sulla scia delle Regole minime delle Nazioni unite del 1955, a livello di struttura e spesso anche a livello di formulazione delle singole disposizioni: nel Preambolo delle Regole minime del Consiglio d'Europa è infatti esplicitata l'intenzione di promuovere la normativa elaborata a livello internazionale “*in quadro europeo*”. Negli anni a seguire, lo studio dell'impatto delle Regole minime del Consiglio d'Europa portò alla decisione di riformularle alla luce della nuova concezione del trattamento penitenziario che si stava affermando, dando via a un processo di ri-stesura conclusasi con l'approvazione della Raccomandazione (87)3, contenente in allegato la statuizione delle “Regole penitenziarie europee”. La loro adozione ha rappresentato uno sviluppo significativo in materia, poiché veniva data a livello ufficiale la dimostrazione dell'impegno a identificare politiche generali applicabili a tutte le carceri collocate in Europa e dell'intenzione di allontanarsi

¹⁰⁴ Corte EDU, Sez. IV, *Horych c. Polonia* (ric. 13621/08), 17 aprile 2012, in www.hudoc.echr.coe.int, § 131.

¹⁰⁵ Rachel BRETT, *Best interest of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice*, in www.childrenofprisoners.eu, 2018, p. 11.

dagli *standard* minimi elaborati dalle Nazioni unite in direzione di un approccio specificamente europeo¹⁰⁶. Tuttavia, a causa del mutato contesto sociale e criminale, della diffusa condizione di sovraffollamento carcerario, degli indirizzi della Corte EDU, e tenuto conto del corposo aumento degli Stati membri del Consiglio d'Europa, da 23 a 47, nel corso del tempo si sono resi necessari ulteriori aggiornamenti, i più recenti e importanti dei quali sono intervenuti nel 2006 e nel 2020, che pertanto modificano il precedente documento mantenendolo sotto molteplici aspetti inalterato¹⁰⁷.

Il primo canone che viene in rilievo nell'analisi delle relazioni familiari quando un genitore è sottoposto a misure restrittive della libertà personale è la Regola 17: nel prevedere che i detenuti siano assegnati, per quanto possibile, in istituti vicini alla propria famiglia, la norma sottolinea l'importanza di prendere le decisioni inerenti alla collocazione dei detenuti in modo da non creare inutili disagi per le loro famiglie, compresi i figli, che hanno bisogno di accedervi¹⁰⁸.

La previsione di assegnare i detenuti a strutture quanto più prossime alle loro case si ricollega alla Regola 24 che, in tema di contatti con l'esterno, impone che i detenuti siano essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono o altri mezzi – con la famiglia e a ricevere le sue visite, prevedendo che “*ogni restrizione o sorveglianza delle comunicazioni e delle visite, necessaria ai fini dell'inchiesta penale, al mantenimento dell'ordine, della sicurezza e alla prevenzione di reati*” debba comunque garantire un “*contatto minimo accettabile*”. La norma può essere letta come enunciativa del dovere delle autorità penitenziarie di creare le migliori circostanze possibili per consentire il mantenimento e lo sviluppo dei rapporti familiari al meglio nelle condizioni intrinsecamente restrittive

¹⁰⁶ Sonja SNACKEN, Dirk VAN ZYL SMIT, *Principles of European Prison Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 20-23.

¹⁰⁷ Enrica Valente SARDINA, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa*, in www.dirittopenaleuomo.org, 2020, pp. 2-3.

¹⁰⁸ Andrew COYLE, *Revision of the European Prison Rules, a contextual report*, in *European Prison Rules*, in *European Prison Rules*, Council of Europe Publishing, 2006, p. 45.

del carcere. Riprendendo l'orientamento della Corte EDU nell'interpretazione dell'art. 8 CEDU, che riconosce ai detenuti il rispetto della propria vita familiare e della corrispondenza, la Regola 24 chiarisce che la perdita della libertà non deve comportare la perdita del contatto col mondo esterno, che è vitale per contrastare gli effetti dannosi della detenzione. Eventuali restrizioni poste come risultato del bilanciamento con interessi contrapposti devono essere poste con particolare cautela e in modo proporzionato rispetto alla minaccia per la sicurezza che il detenuto rappresenta, minaccia che peraltro deve essere dimostrabile. La consapevolezza che la norma parli della necessità di garantire un “*contatto minimo accettabile*” suggerisce che potrebbe costituire una buona pratica che i singoli ordinamenti stabiliscano per legge un numero di visite, lettere e telefonate sempre consentito, indipendentemente dal regime penitenziario a cui è sottoposto il detenuto¹⁰⁹. Significativi sono poi il paragrafo 7 e 8 della Regola 24, che prevedono rispettivamente di autorizzare il detenuto ad uscire per rendere visita a un parente ammalato o per “*altre ragioni umanitarie*” (tra le quali devono essere fatte rientrare questioni familiari, come la nascita di un figlio) e di permettere al detenuto di informare immediatamente la sua famiglia del suo ingresso in istituto, del trasferimento in altro istituto e di ogni malattia o lesione di cui soffrono o che hanno subito.

Per quanto attiene invece alla prospettiva dei minori figli di detenuti, la Regola di riferimento è la numero 36. Ritorna qui il dilemma relativo alla possibilità di autorizzare il minore a restare in istituto con uno dei genitori e, in caso di risposta positiva, quanto tempo debbano rimanervi. Se idealmente il genitore di un bambino in tenera età non dovrebbero essere recluso, di fronte all'ipotesi in cui ciò non sia possibile la soluzione adottata dalla norma è quella di sottolineare ancora una volta

¹⁰⁹ Andrew COYLE, *Revision of the European Prison Rules, a contextual report*, in *European Prison Rules*, in *European Prison Rules*, Council of Europe Publishing, 2006, pp. 52-53.

che la decisione deve essere presa nell'interesse del bambino¹¹⁰. Va sottolineato che la norma si riferisce genericamente al genitore, implicando che l'autorità parentale della madre dovrebbe essere riconosciuta al pari di quella del padre. Nel caso in cui il bambino sia autorizzato a restare in istituto, oltre al divieto di considerarlo come un detenuto, la Regola 36, § 2, prevede che debbano essere adottate misure specifiche per disporre di un nido di infanzia con personale qualificato, dove poterlo collocare nei momenti in cui il genitore è impegnato in attività in cui non è prevista la presenza del bambino. Nulla viene invece definito in merito a un tetto massimo di età a partire dal quale il bambino debba essere separato dal suo genitore detenuto: la *ratio* di questo vuoto normativo è da rinvenire nel fatto che, oltre ad esistere importanti differenze culturali tra i vari Stati membri che rendono difficoltosa un'omogeneità di opinioni sul punto, la Regola invita a una valutazione caso per caso: i bisogni variano di bambino in bambino, e la considerazione del migliore interesse di un bambino può portare a concludere che egli continui a vivere con il suo genitore in istituto oltre a un certo limite eventualmente prestabilito.

3. Le indicazioni dell'Unione europea

Nello stesso momento in cui il Consiglio d'Europa si espandeva, anche l'Unione europea cresceva di dimensioni e diveniva sempre più coinvolta negli aspetti inerenti alla giustizia penale e ai diritti umani¹¹¹. Vale la pena fin da subito notare che l'Unione non ha potere di interferire nella determinazione della natura e del campo di applicazione del diritto penale interno, vedendosi la sua competenza circoscritta all'individuazione di obiettivi fondamentali comuni che permettano un raccordo tra le scelte legislative dei singoli Stati membri o alla risoluzione di

¹¹⁰ DIPARTIMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA, *Le regole penitenziarie europee. Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006*, in www.rassegnapenitenziaria.it, Roma, 2007, p. 90.

¹¹¹ Sonja SNACKEN, Dirk VAN ZYL SMIT, *Principles of European Prison Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 25-29.

questioni che fuoriescono dai confini nazionali, in vista di garantire il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie¹¹².

La legislazione sui diritti umani si è sviluppata a lungo in maniera frammentata, per poi trovare una sistematizzazione all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza nel 2000, che obbliga gli Stati membri a tutelare i diritti da essa sanciti nell'attuazione del diritto dell'UE. Benché siano quasi completamente assenti riferimenti all'attuazione dei diritti durante la reclusione in istituti penitenziari, le norme rinvenibili nella Carta in materia di vita familiare possono (e devono) essere prese in considerazione anche nelle ipotesi di vite familiari messe alla prova dalla detenzione di un genitore.

Nello specifico, viene in evidenza l'art. 7 della Carta, che sancisce il diritto al rispetto della vita familiare, del proprio domicilio e delle comunicazioni, diritti che corrispondono a quelli garantiti dall'art. 8 CEDU, con l'evoluzione tecnica che ha sostituito il termine "corrispondenza" con il termine "comunicazioni"; proprio in virtù della simmetria con tale disposizione, il diritto al rispetto della vita familiare anche ai sensi del diritto dell'UE non è assoluto ed è soggetto alle medesime limitazioni elencate all'art. 8, § 2, CEDU¹¹³.

Unica differenza tra le norme consiste nel fatto che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE integra espressamente nel diritto al rispetto della vita familiare l'obbligo di considerare preminente l'interesse superiore del minore (obbligo che è comunque elaborato dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza): l'art. 24, § 2, della Carta, riprendendo l'enunciato dell'art. 3, § 1, della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, enuncia l'obbligo per le autorità competenti di considerare in modo preminente l'interesse superiore del minore¹¹⁴. Analizzando il punto di vista del

¹¹² Helen STALFORD, *The role (actual and potential) of the EU in enhancing the rights of children of prisoners: legal and policy perspectives*, in *European Journal of Parental Imprisonment, An evolving child rights agenda*, 2014, n. 1, p. 5.

¹¹³ V. *infra*, § 1.

¹¹⁴ PARLAMENTO EUROPEO, CONSIGLIO, COMMISSIONE, *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02)*, in *www.fra.europa.it*, 2007, p. 25.

minore, il diritto al rispetto della vita familiare comporta una serie di diritti compositi, quali il diritto a essere allevato dai suoi genitori e il diritto a non essere separato dai genitori, a meno che ciò non sia nel suo interesse superiore. La Carta non contiene disposizioni esplicite inerenti al campo di applicazione materiale di questi due diritti, il cui contenuto deve essere ricostruito rimandando al diritto giurisprudenziale della Corte EDU e ai principi internazionali contenuti nella Convenzione sui diritti dell'infanzia¹¹⁵. Ulteriore componente del diritto al rispetto della vita familiare nella prospettiva di un minore, sancito all'art. 24§3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, riconosce espressamente il diritto del minore di *“intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”*.

Al di là delle previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali, l'organo che più ha contribuito nello sviluppo della tutela dei diritti dei detenuti è stato il Parlamento europeo, istituzione che è eletta direttamente dai cittadini dell'Unione europea e che è incaricata di svolgere la funzione legislativa.

Il culmine del suo coinvolgimento in materia è stato reso evidente con l'adozione, nel 2004, della Raccomandazione sui detenuti nell'Unione europea, realizzata per consentire un collegamento con gli strumenti per i diritti umani (comprensivi di raccomandazioni, risoluzioni, relazioni, proposte...) elaborati dalle Nazioni unite e dal Consiglio d'Europa. Tra le raccomandazioni, spicca in particolare quella di promuovere, sulla base di un contributo degli Stati membri dell'Unione europea, una Carta penitenziaria comune che includa norme precise e obbligatorie, concernenti due aspetti di rilievo per l'oggetto della presente tesi: innanzitutto, si raccomanda la tutela delle donne incinte e madri di bambini piccoli, attraverso misure quali la predisposizione di locali all'interno delle carceri a disposizione delle madri con i loro bambini che non riflettano l'universo carcerario e che siano

¹¹⁵ AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *Manuale di diritto europeo in materia di diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, in www.fra.europa.eu, 2015.

incentrati sui bisogni del bambino; si esorta, inoltre, alla protezione del diritto di visita per le famiglie e l'esistenza di parlatori che consentano il riavvicinamento familiare, in particolare di spazi attrezzati affinché i genitori detenuti e i loro bambini possano svolgere talune attività¹¹⁶.

Il Parlamento europeo ha poi approvato nel 2008 una Risoluzione sulla particolare situazione delle donne detenute e sull'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita familiare. All'interno del documento è innanzitutto possibile evidenziare la raccomandazione che la detenzione delle donne incinte e delle madri che accudiscono figli in tenera età sia prevista solo in ultima istanza e che, in questo caso estremo, si vedano accordata una particolare attenzione¹¹⁷; parallelamente, viene sollecitato che pene sostitutive alla detenzione siano comminate più frequentemente per le madri, nella misura in cui la loro detenzione possa determinare gravi perturbazioni nella vita familiare, e che anche i detenuti uomini con figli a carico beneficino di misure analoghe a quelle previste per le madri¹¹⁸. Con riguardo al mantenimento dei legami sociali, il Parlamento invita gli Stati membri a ripartire meglio i centri di detenzione sul territorio allo scopo di facilitare il contatto con i familiari¹¹⁹, incoraggiando le istituzioni penitenziarie ad adottare norme elastiche per quanto concerne le modalità, la frequenza e gli orari delle visite permesse ai membri della famiglia¹²⁰.

¹¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sui diritti dei detenuti nell'Unione europea*, in www.europarl.europa.eu, 9 marzo 2004, p. 5.

¹¹⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare (2007/2116(INI))*, in www.europarl.europa.eu, 13 marzo 2008, § 14.

¹¹⁸ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare (2007/2116(INI))*, in www.europarl.europa.eu, 13 marzo 2008, § 19.

¹¹⁹ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare (2007/2116(INI))*, in www.europarl.europa.eu, 13 marzo 2008, § 22.

¹²⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare (2007/2116(INI))*, in www.europarl.europa.eu, 13 marzo 2008, § 23.

Più recentemente, l'impegno del Parlamento europeo si è spostato sull'integrazione dei diritti dei minori in tutti i settori delle politiche europee e si è espresso in due risoluzioni del 2014 e del 2019, approvate rispettivamente in occasione del 25° e del 30° anniversario della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia. La Risoluzione del 2014 è di grande rilievo perché al paragrafo 13 fa specificamente riferimento ai figli dei detenuti, segnando un importante passo in avanti, non solo in termini di consapevolezza e visibilità, ma anche in virtù dell'auspicio di realizzare un approccio che assicuri l'adozione di concrete misure a loro tutela, attraverso l'emanazione di nuove misure legislative: il Parlamento invita gli Stati membri a valutare l'impatto delle politiche in materia penitenziaria e dei sistemi di giustizia penale sui minore, sottolineando che *“la situazione dei minori che vivono in strutture di detenzione assieme ai loro genitori nell'Unione europea si ripercuote direttamente sui loro diritti”*¹²¹. La Risoluzione del 2019, invece, perde questo specifico *focus*, concentrandosi peraltro nel sottolineare l'importanza che gli Stati membri definiscano un approccio intersezionale con l'obiettivo di lottare contro tutte le forme di discriminazione che colpiscono i minori, tenendo in considerazione le loro vulnerabilità, in particolare quelle dei figli di genitori detenuti¹²².

¹²¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo sul 25° anniversario della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti dell'infanzia*, in www.europarl.europa.eu, 27 novembre 2014, § 13.

¹²² PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo sul 30° anniversario della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti dell'infanzia*, in www.europarl.europa.eu, 26 novembre 2019, § 40.

PARTE SECONDA

La tutela dei rapporti familiari nella legislazione italiana

CAPITOLO I

Gli istituti di contatto tra ristretto e familiare

A) I PRINCIPI

1. La Costituzione: i principi in materia di esecuzione della pena. – 1.1. La tutela della famiglia – 2. L’ordinamento penitenziario: i caratteri generali del trattamento. – 2.1. I rapporti con la famiglia come elementi del trattamento.

1. La Costituzione: i principi in materia di esecuzione della pena

La fase di esecuzione delle pene detentive – che prende avvio dopo la sentenza definitiva di condanna, la quale conclude il giudizio di cognizione e accerta la responsabilità dell’autore di un reato, dichiarando la colpevolezza dell’imputato al di là di ogni ragionevole dubbio – è assistita da una serie di garanzie, riflesso di alcuni principi costituzionali rivolti alla protezione di diritti e libertà fondamentali nella realizzazione della pretesa punitiva dello Stato¹²³.

Viene innanzitutto in rilievo l’art. 2 della Costituzione (di seguito: Cost.), che fissa il principio personalista prevedendo che “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*”. La norma sancisce il primato della persona umana, da cui scaturisce la necessità di promuovere la crescita e di creare le condizioni affinché ciascuno possa pienamente realizzarsi.

Quando applicato a persone che sono ristrette all’interno di istituti penitenziari, in cui il godimento di alcune libertà fondamentali (*in primis*, della libertà personale) raggiunge il massimo grado di limitazione per far fronte ad esigenze di sicurezza

¹²³ Piermaria CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Piermaria Corso, VII ed., Monduzzi, Milano, 2019, p. 1.

interna ed esterna, il principio personalista assume un ruolo imprescindibile, poiché costituisce il fondamento del diritto dei detenuti a vedersi garantito un nucleo minimo di diritti fondamentali. In questo senso, una prima sfaccettatura dell'art. 2 Cost. è rappresentata dal fatto che impedisce la degradazione della persona e vieta di calpestarne i diritti inviolabili (contenuto negativo). Ulteriore declinazione è quella che invece impone al sistema di strutturarsi per agevolare e sostenere gli interventi che contribuiscono a una positiva evoluzione interiore della persona (contenuto positivo). Su questo versante, è possibile affermare che, nel momento in cui una persona si trova ad espiare una pena detentiva, la comunità carceraria diviene, per quanto di natura coattiva e totalizzante, la sua "formazione sociale" di riferimento: lo Stato, nell'esercizio della potestà punitiva, sarà chiamato a porre al centro dei progetti e degli interventi trattamentali la persona condannata nella sua dimensione spirituale, morale, sociale e materiale¹²⁴. Nel principio di cui all'art. 2 Cost. si può ravvisare il fondamento giustificativo del sistema penitenziario, che può ricevere legittimazione solo in quanto strumento di sviluppo, di valorizzazione, di realizzazione e di crescita individuale della persona.

Il principio personalista è posto a fondamento del dettato dell'art. 27, comma 3, Cost., che ne costituisce concreta estrinsecazione in ambito penitenziario. La norma enuncia due principi fondamentali tra loro complementari, che rappresentano i cardini del sistema penitenziario: il principio umanitario, che costituisce il limite negativo da non oltrepassare nell'esecuzione delle pene, e il principio rieducativo, che invece fonda il limite positivo verso cui la detenzione deve tendere. Si tratta di due principi strettamente legati tra loro, poiché la rieducazione del condannato non può essere perseguita se non in condizioni che hanno alla base la dignità umana,

¹²⁴ Giuseppe MASTROPASQUA, *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, Cacucci, Bari, 2007, p. 28.

così come il rispetto della persona costituisce presupposto del programma trattamentale finalizzato al recupero del reo¹²⁵.

Il principio umanitario, che impone il divieto di pene che consistano in “*trattamenti contrari al senso di umanità*”, deve connotare la disciplina delle pene e della loro esecuzione, informando tutta l’organizzazione carceraria e l’applicazione delle norme ad essa relative¹²⁶. Dall’enunciato della norma si ricava che la pena restrittiva della libertà personale non è di per sé contraria al senso di umanità, ma può diventarlo se la sua esecuzione è realizzata attraverso modalità vessatorie¹²⁷. Come ha evidenziato la Corte costituzionale, affinché la stessa restrizione in carcere possa ritenersi contraria al senso di umanità, deve verificarsi una situazione di vera e propria incompatibilità, per rigore o afflittività, tra regime carcerario e condizioni soggettive del condannato¹²⁸. Esplicita menzione del principio umanitario in ambito penitenziario è rinvenibile all’art. 1, comma 1, della l. n. 354 del 1975 (“Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”) che si pone come riflesso del dettato costituzionale, sancendo che il trattamento assicuri il rispetto della dignità della persona¹²⁹.

L’art. 27, comma 3, Cost. stabilisce poi che le pene debbano configurarsi in modo da “*tendere alla rieducazione del condannato*”. La giurisprudenza costituzionale, nel richiamare la norma in oggetto come parametro per le sue pronunce, ha precisato i contenuti del principio rieducativo secondo un percorso che ha interessato una molteplicità di interpretazioni, differenziate in merito al rapporto esistente tra i diversi scopi della pena¹³⁰.

¹²⁵ Giuseppe MASTROPASQUA, *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, Cacucci, Bari, 2007, p. 38.

¹²⁶ Simona MAGNANESI, Elisabetta RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e dell’esecuzione penale*, in www.cortecostituzionale.it, p. 36.

¹²⁷ Piermaria CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Piermaria Corso, VII ed., Monduzzi, Milano, 2019, p. 2.

¹²⁸ Corte Cost., sent. n. 165 del 1996, in www.cortecostituzionale.it, § 4.

¹²⁹ V. *infra*, § 2.

¹³⁰ Simona MAGNANESI, Elisabetta RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e dell’esecuzione penale*, in www.cortecostituzionale.it, p. 2.

L'art. 27, comma 3, è l'unica disposizione che la nostra Carta fondamentale dedica al tema del finalismo delle pene. Nell'individuare la rieducazione come obiettivo delle sanzioni criminali, la norma opta per ricondurre la giustificazione delle pene e del sistema penale nel campo della prevenzione special-positiva, che riconduce il trasgressore, portatore di tratti di negatività sociale (*deficit* economici, culturali...), all'interno di minoranze socialmente svantaggiate¹³¹. Secondo questa concezione, nell'esercitare la sua potestà punitiva lo Stato avrebbe il dovere di predisporre e realizzare una serie di interventi mirati a offrire al reo una serie di occasioni concrete che ne favoriscano l'inclusione e l'avvio di un nuovo percorso esistenziale improntato al rispetto dei canoni su cui si fonda la convivenza umana¹³², per restituirlo alla società trasformato e capace di rispettare la legge. Tuttavia, secondo quanto ricostruito dalla Consulta, il Costituente, pur segnando i limiti e gli obiettivi della pena, non intese prendere posizione univoca sul problema generale dello scopo della pena né pronunciarsi a favore di uno specifico orientamento in tal senso¹³³.

Nei suoi interventi più risalenti, la Corte costituzionale ha fatto propria la concezione classica della pena cosiddetta "polifunzionale"¹³⁴, ritenendo che con l'art. 27, comma 3, Cost. il principio rieducativo sia elevato a rango di precetto costituzionale, ma senza negare che la pena possa essere legittima anche laddove persegua altre funzioni che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, "sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la

¹³¹ Davide BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di Massimo Pavarini*, II ed., Bononia University Press, Bologna, 2021, pp. 32-33.

¹³² Giuseppe MASTROPASQUA, *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, Cacucci, Bari, 2007, p. 39.

¹³³ Corte Cost., sent. n. 12 del 1966, in www.cortecostituzionale.it, "Cons. dir.", § 8.

¹³⁴ Davide BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di Massimo Pavarini*, II ed., Bononia University Press, Bologna, 2021, p. 34.

delinquenza”¹³⁵, riconoscendo che obiettivi quali dissuasione, prevenzione e difesa sociale siano anch’essi alla base della pena¹³⁶.

Il superamento della teoria della polifunzionalità si è avuto con una pronuncia particolarmente significativa nel percorso ermeneutico della Corte costituzionale della finalità rieducativa, la sentenza n. 313 del 1990. All’interno di tale pronuncia la Consulta ha riconosciuto innanzitutto che la pena presenta – per sua stessa natura – un carattere retributivo e che ad essa ineriscono caratteri di prevenzione generale e difesa sociale, poiché si tratta di profili in assenza dei quali la pena cesserebbe di essere tale. D’altro canto, la Corte ha altresì evidenziato che se la finalizzazione della pena venisse orientata verso questi profili, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l’individuo per fini generali di politica criminale o di privilegiare la soddisfazione dei bisogni di sicurezza della collettività, sacrificando il singolo e ledendo la dignità della persona¹³⁷: in tal modo, se la giurisprudenza costituzionale aveva sin lì valorizzato i plurimi contenuti della risposta statale al crimine, dagli anni Novanta mostra invece di aderire alla concezione per cui solo la rieducazione è in grado di dare attuazione al principio personalista sancito all’art. 2, che rappresenta l’asse portante della Costituzione ed è posto su un diverso piano assiologico rispetto alle altre finalità della pena¹³⁸.

Nonostante l’art. 27, comma 3, Cost. ponga la rieducazione del condannato come funzione preminente della pena, la norma non detta alcuna regola consequenziale idonea a dare contenuto concreto al raggiungimento dell’obiettivo rieducativo che deve essere perseguito attraverso la sua esecuzione¹³⁹. È tuttavia visione unanime che nella realizzazione del progetto educativo siano centrali la necessità e la

¹³⁵ Corte Cost., sent. n. 12 del 1966, in *www.cortecostituzionale.it*, “Cons. dir.”, § 9.

¹³⁶ Corte Cost., sent. n. 264 del 1974, in *www.cortecostituzionale.it*, “Cons. dir.”, § 1.

¹³⁷ Giovanni Maria FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto penale e Costituzione*, 2012, n. 1, pp. 189-190.

¹³⁸ Anna LORENZETTI, *Genere e detenzione. Le aporie costituzionali di fronte a una “doppia reclusione”*, in *Rivista di BioDiritto*, 2021, n. 1, pp. 143.

¹³⁹ Piermaria CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VII ed., Monduzzi, Milano, 2019, p. 10.

garanzia che il trattamento sanzionatorio venga individualizzato e risulti scevro da generalizzazioni e rigidi automatismi legislativi¹⁴⁰: ciò si traduce nel divieto di escludere *a priori* determinate pene dall'utilizzazione degli strumenti predisposti per il conseguimento della finalità risocializzante, con la conseguenza che anche nei casi di spiccate esigenze di sicurezza la rieducazione del reo venga comunque perseguita attraverso peculiari moduli organizzativi. La carcerazione che dovrebbe essere quindi flessibilmente direzionata a sostenere un percorso di rivisitazione critica da parte del reo, da ritenersi sempre capace di cambiamento, predisponendo istituti e misure in grado di tenere conto e di stimolare l'evoluzione della sua personalità. Dal momento in cui la persona condannata tendenzialmente avverte come preminente l'esigenza di coltivare i rapporti affetti, si ritiene che il suo programma trattamentale debba favorire i legami con i familiari o le persone più prossime, che possono – nella maggioranza delle ipotesi – costituire reali punti di riferimento su cui poggiare il processo di inclusione sociale¹⁴¹.

È infine necessario denunciare la palese divaricazione tra il dover essere del nostro sistema normativo con l'essere di una realtà fattuale che spesso lo smentisce, sottolineando che la rieducazione deve confrontarsi con un quadro dell'espiazione lontano dal dettato costituzionale: l'obiettivo risocializzante trova spesso ostacoli insormontabili sul piano della concreta realizzazione, non tanto appunto in ragione della legislazione penitenziaria, che appare a livello teorico conforme allo scopo, ma a causa di scarsità di risorse (umane, strumentali, finanziarie) e di inadeguatezze strutturali, organizzative e culturali della pratica carceraria quotidiana, a cominciare dalle carenze logistiche, rese anche più palesi dal sovraffollamento e che talora compromettono non solo le condizioni per la rieducazione, ma quelle stesse di una

¹⁴⁰ Giuseppe FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2011, p. 11.

¹⁴¹ Giuseppe MASTROPASQUA, *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, Cacucci, Bari, 2007, pp. 41-42.

tollerabile sopravvivenza, così accrescendo in modo prevaricante la sola dimensione afflittiva della pena¹⁴².

Il principio rieducativo viene forse ancor meglio attuato nel contenuto delle pene da non espiare (tramite, ad esempio, il ricorso a sanzioni sostitutive o alternative alla detenzione), essendo il carcere per sua natura desocializzante e costituendo dunque la scelta di non farvi ricorso la risposta più appropriata nei confronti di quanti non rappresentino un concreto pericolo per la collettività, al fine di evitare che il transito attraverso il circuito penitenziario produca effetti desocializzanti non compensabili con un trattamento rieducativo per sua natura circoscritto. Ciò non toglie che tale principio sia da perseguire in concreto con particolare riguardo alle pene carcerarie, per impedire che una valenza esclusiva venga assunta dalla componente afflittiva, che si esprime nella restrizione della libertà personale, e che la scelta custodialista, imposta dalla gravità del fatto ritenuto in sentenza, diventi l'unico vero obiettivo perseguito durante l'esecuzione della pena. La costituzionalizzazione del principio rieducativo, per quanto si possa essere dubbiosi o pessimisti sulla reale capacità di attuarlo, ha il preciso significato di garanzia contro le naturali spinte regressive del sistema penitenziario¹⁴³.

1.1. La tutela della famiglia

Il tema del rapporto tra genitori in carcere e i figli si presta ad essere esaminato sotto una pluralità di profili nell'ambito del diritto costituzionale, riconducibili ai principi con cui il Costituente decise di trattare il tema della famiglia. La persona detenuta può essere infatti considerata sotto il profilo del reticolo di relazioni familiari in cui è coinvolta e dal quale hanno origine beni e valori che il nostro ordinamento ha interesse a tutelare, come testimoniano gli artt. 29, 30 e 31 Cost. Nel ricostruire il

¹⁴² Giuseppe FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2011, p. 12.

¹⁴³ Piermaria CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Piermaria Corso, VII ed., Monduzzi, Milano, 2019, pp. 3-5.

quadro storico in cui le norme furono elaborate, si evidenzia che la proposta di inserire alcune disposizioni sulla famiglia nella Carta costituzionale fu oggetto di un dibattito serrato, in cui veniva sollevata l'obiezione dell'inopportunità di regolare in quella sede una materia già largamente trattata nel codice civile. La formulazione di una disciplina in tema di rapporti familiari appariva però quasi come obbligata, in relazione allo scopo di fissare una serie di disposizioni in sintonia con i nuovi liberali per il legislatore ordinario¹⁴⁴ alle quali si riconobbe, per non alterare campi riservati alla competenza legislativa, un'efficacia programmatica e non precettiva¹⁴⁵.

L'art. 29 Cost. prevede, al suo primo comma, che *“la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”* e, al comma successivo, che *“il matrimonio è ordinato all'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”*. Comprendere il significato teorico dell'art. 29 Cost. è importante in vista delle sue ricadute applicative sulla restante disciplina costituzionale della famiglia, di cui fornisce una definizione condizionante per l'applicazione delle norme successive. I profili di discussione affrontati all'interno dell'Assemblea costituente in sede di elaborazione della norma meritano un breve approfondimento, poiché si ripropongono anche nelle più recenti evoluzioni sociologiche e normative del fenomeno familiare¹⁴⁶.

È innanzitutto necessario specificare che, secondo l'opinione oggi prevalente, con *“diritti di famiglia”* si deve leggere il riferimento ai diritti, alle posizioni attive e di vantaggio spettanti ai singoli membri di cui si compone, che rappresentano esigenze di vita della persona in quanto tale e non in quanto organizzata all'interno di una

¹⁴⁴ Fausto CAGGIA, Andrea ZOPPINI, *Art. 29 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onegale.wolterskluwer.it, § 1.1.

¹⁴⁵ Elisabetta LAMARQUE, *Art. 30 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onegale.wolterskluwer.it, § 1.1.

¹⁴⁶ Fausto CAGGIA, Andrea ZOPPINI, *Art. 29 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onegale.wolterskluwer.it, § 2.1.

collettività, conformemente alla prospettiva di garantire, *ex art. 2 Cost.*¹⁴⁷, lo svolgimento della personalità del singolo nella formazione sociale di riferimento¹⁴⁸. La famiglia così configurata non ha propria soggettività giuridica né autonomia rispetto ai suoi componenti, con la conseguente impossibilità di imputare diritti o doveri al gruppo nel suo insieme. La soggettività spetta ai singoli familiari: espressioni normative che parlano di bisogni, esigenze, necessità della famiglia devono essere intese come mera sintesi verbale per indicare l'insieme degli interessi dei diversi familiari che devono essere mediati con le posizioni giuridiche di vantaggio di cui ciascuno è portatore¹⁴⁹.

Sull'accezione di "*società naturale*" con cui il Costituente si riferisce alla famiglia, poi, la dottrina è divisa tra due orientamenti. Una prima visione è quella che intravede nella formula un rinvio al diritto naturale, a dimostrazione della preesistenza della famiglia rispetto alla stessa formazione dello Stato; una differente e preferibile interpretazione è quella che, partendo da un generale scetticismo o disincanto in merito all'esistenza di un modello astratto di famiglia, ritiene invece che la sua tutela debba concentrarsi su quella rilevante in concreto, rimanendo flessibile e aperta ai valori che emergono dalla coscienza sociale¹⁵⁰. Si vuole, secondo quest'ultimo orientamento, riconoscere la complessità dei fenomeni che riguardano la famiglia, che non esprime tutta la sua realtà nella norma giuridica, ma che si sviluppa piuttosto su un livello umano e sociale.

Il riferimento esclusivo alla famiglia "*fondata sul matrimonio*" rappresenta un altro snodo particolarmente critico, che pone il problema della tutela delle relazioni familiari o parafamiliari che si costituiscono al di fuori di tale cornice. Guardando al testo dell'art. 29 Cost., il modello di riferimento del Costituente è rappresentato

¹⁴⁷ V. *infra* § 1.

¹⁴⁸ Fausto CAGGIA, Andrea ZOPPINI, *Art. 29 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § 2.3.

¹⁴⁹ Tommaso AULETTA, *Diritto di famiglia*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 9.

¹⁵⁰ Fausto CAGGIA, Andrea ZOPPINI, *Art. 29 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § 2.3.

dalla coppia eterosessuale unita in matrimonio, con eventuali figli. Questo modello rientra nella definizione della cd. *famiglia legittima*. Il quesito di fondo che si intende indagare è il seguente: qual è la posizione dell'istituto matrimoniale e dei modelli familiari non coincidenti con la famiglia legittima?

La fragilità del legame matrimoniale, l'aumento delle convivenze non fondate sul matrimonio, la perdita delle funzioni tradizionalmente svolte dalla famiglia e la conseguente rivendicazione della stessa come luogo degli affetti e dello sviluppo della personalità, pongono in discussione l'unicità del modello familiare incentrato sul matrimonio. La famiglia diventa incerta e si declina in una molteplicità di possibili modelli¹⁵¹, che vale la pena approfondire, seppur in maniera non esaustiva. Modello che spicca nel dibattito giuridico e dottrinale è quello della cd. *famiglia di fatto*¹⁵², definibile come una convivenza fondata su uno stabile legame affettivo di coppia con reciproca assistenza morale e materiale, priva di una qualsiasi formalizzazione del rapporto ed esclusivamente sorretta dalla spontaneità dei comportamenti dei conviventi¹⁵³.

L'art. 29 Cost. sembra riservare dignità giuridica superiore alla coppia coniugata, negandone l'equiparabilità alla convivenza non fondata sul matrimonio. È tuttavia bene avere a mente che, secondo la giurisprudenza e la dottrina più autorevole¹⁵⁴, questo modello tradizionale di famiglia non esaurisce l'universo delle realtà sociali meritevoli di tutela costituzionale. È ormai ampiamente consolidata l'opinione secondo la quale il riconoscimento giuridico delle unioni affettive non matrimoniali di coppia può trovare fondamento facendo leva ancora una volta su

¹⁵¹ Maria Gabriella STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, n. 3, pp. 110-11.

¹⁵² Tale espressione è idonea a identificare l'origine del rapporto, ma rimane comunque inadeguata a svolgere una funzione qualificatrice sotto il profilo della rilevanza giuridica.

¹⁵³ Tommaso AULETTA, *Diritto di famiglia*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 8.

¹⁵⁴ In tal senso, per la dottrina v. Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile – Vol. 2: La famiglia*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017 nonché Tommaso AULETTA, *Diritto di famiglia*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022; per la giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. I, sent. n. 1277 del 2014; Cass. civ., Sez. II, sent. n. 7214 del 2013; Corte cost., sent. n. 237 del 1986.

un'interpretazione estensiva del dettato dell'art. 2 Cost.: modelli differenti di rapporti che non presentano i connotati tipici della famiglia matrimoniale sono normativamente rilevanti in quanto da annoverarsi tra le formazioni volte a favorire lo sviluppo e la piena personalità della persona nel rispetto dei suoi diritti fondamentali, che esigono una disciplina giuridica non necessariamente equiparata alla coppia coniugata, ma comunque non discriminatoria e che rispetti e difenda le scelte familiari della persona¹⁵⁵. La famiglia è una formazione sociale di cui l'ordinamento deve tracciare le linee caratterizzanti a seconda del momento storico, recependo nelle norme le esigenze che sorgono dalla mutata realtà sociale e culturale, che rendono impossibile tracciarne un modello univoco e statico¹⁵⁶.

Il rilievo acquisito dalla famiglia non fondata sul matrimonio a livello costituzionale apre inoltre il dibattito circa la possibilità che il rango di formazione sociale *ex art. 2 Cost.* competa anche alle convivenze omosessuali, vale a dire a quelle unioni – sempre più emergenti nella realtà sociale – in cui vi è carenza di un requisito fondamentale per contrarre matrimonio; pertanto, la mancata formalizzazione dell'unione matrimoniale non è in queste ipotesi, contrariamente a quanto accade per le coppie eterosessuali, frutto di una libera scelta¹⁵⁷. Il presupposto della tutela si fonda su due idee: da un lato, quella che fra due persone del medesimo sesso possa sorgere un rapporto affettivo, di assistenza e solidarietà, identico a quello fra persone di sesso opposto; questa è un'ipotesi suscettibile di porre problemi simili che comunemente affrontano i conviventi eterosessuali. Dall'altro lato, se alle famiglie di fatto è accordata tutela alla luce dell'art. 2 Cost., la mancanza di riconoscimento di una situazione analoga si tradurrebbe in un'illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, vietata dalla nostra

¹⁵⁵ Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile – Vol. 2: La famiglia*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017, pp. 3-4.

¹⁵⁶ Tommaso AULETTA, *Diritto di famiglia*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 7.

¹⁵⁷ Luigi BALESTRA, *Profili di rilevanza della convivenza more uxorio*, in www.fondazione-notariato.it, 2014.

Costituzione all'art. 3¹⁵⁸. Le unioni affettive non matrimoniali formate da una coppia dello stesso sesso, cd. *unioni civili*, sono oggi regolamentate dalla l. n. 76 del 2016 (cd. legge Cirinnà), a cui si è giunti, anche grazie alla condanna dell'Italia da parte della CEDU¹⁵⁹ e alle timide aperture della Corte costituzionale¹⁶⁰, seguendo un *iter* legislativo permeato da posizioni ideologiche che hanno ostacolato un sereno confronto sul piano delle valutazioni politiche. La legge risulta dunque frutto di compromessi e mediazioni che hanno stravolto l'originario disegno di legge che equiparava il matrimonio etero ed omosessuale, dando come risultato l'esistenza oggi di due istituti giuridici distinti, quello del matrimonio e quello dell'unione civile. La nuova disciplina ha comunque segnato un significativo e forse decisivo passo in avanti verso il pieno ed incondizionato riconoscimento del principio secondo il quale la famiglia fondata sul matrimonio *ex art. 29 Cost.* non è l'unico modello familiare meritevole di riconoscimento e di tutela giuridica¹⁶¹.

In conclusione, la mancanza di dati testuali che facciano riferimento a modelli di famiglia differenti da quello tradizionale deve armonizzarsi con l'art. 2 Cost., che si presta, grazie alla sua vocazione al pluralismo, a racchiudere una pluralità di esperienze "atipiche" rispetto al dato normativo più diretto. Sul fondo deve esservi la convinzione che le persone possano scegliere liberamente il modo di vivere insieme, di collaborare, di comunicare, affiancata dall'idea che nozione di "genitore" sia composita nei significati e fluida nelle pratiche¹⁶². L'evoluzione della struttura della famiglia si riversa anche sull'istituto della filiazione: se è vero che genitore non si nasce, ma si diventa, si apre la possibilità di estendere il ruolo

¹⁵⁸ Maria Gabriella STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, n. 3, p. 113.

¹⁵⁹ Corte EDU, Sez. IV, *Oliari e altri c. Italia* (ric. 18766/11 e 36030/11), 21 luglio 2015.

¹⁶⁰ Corte cost., sent. n. 138 del 2010, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁶¹ Gabriella DE STROBEL, *Diritti e doveri personali delle unioni civili: una differenza rispetto al matrimonio?*, in *Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori (AIAF)*, 2017, n. 4, pp. 60-61.

¹⁶² Luigi BALESTRA, *Profili di rilevanza della convivenza more uxorio*, in www.fondazione-notariato.it, 2014.

genitoriale a chi lo esercita concretamente, accettando la sussistenza di una vita familiare sulla base del solo rapporto affettivo instauratosi tra genitore e figlio, che prende vita dall'assunzione di responsabilità da parte del primo nei confronti del secondo¹⁶³.

Gli stessi ragionamenti fin qui riportati devono essere applicati anche nel restante ampio ventaglio di esperienze di vita familiare esistenti, ad esempio le cd. *famiglie ricomposte* (che vengono a comporsi progressivamente dopo la separazione e il divorzio, con l'unione di più nuclei familiari), le *famiglie ricostituite* (in cui uno o entrambi i *partner* che formano il nuovo nucleo familiare portano figli da unioni precedenti) e le *famiglie monoparentali* (caratterizzate dalla presenza di un solo genitore che si prende cura di figli).

Nell'analisi del dispositivo dell'art. 29 Cost., degna di attenzione è infine l'innovativa costituzionalizzazione della “*eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*”. All'interno dell'Assemblea costituente era presente l'idea, seppur non condivisa in maniera unanime, che il processo di democratizzazione in corso in Italia doveva necessariamente passare attraverso l'ingresso nel sistema di questo principio quale nuovo fondamento dell'istituzione matrimoniale¹⁶⁴, rompendo il paradigma dell'autorità del marito che era alla base dei rapporti coniugali. All'interno della norma sono però contemplati possibili limitazioni del principio posti “*a garanzia dell'unità familiare*”, dato normativo che riduce la portata innovativa: questo ha dato a luogo a interpretazioni che, ponendo l'accento sul valore dell'unità della famiglia, al quale si subordina il perseguimento della parità tra i coniugi, hanno effettuato un rovesciamento del rapporto esistente tra regola (principio di uguaglianza) ed eccezione (unità del gruppo). La graduale emancipazione della donna e le nuove funzioni dell'istituzione matrimoniale che

¹⁶³ Maria Gabriella STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, n. 3, p. 113.

¹⁶⁴ Fausto CAGGIA, Andrea ZOPPINI, *Art. 29 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § 1.2.3.

sono emerse nel tempo hanno tuttavia portato a una maggiore valorizzazione del principio di parità tra i coniugi: nella nuova cornice di valori, la famiglia fonda la sua unità nell'uguaglianza, ed eventuali limitazioni a tale principio devono sorgere nel concreto svolgimento dell'esperienza dei coniugi, senza individuazioni *a priori* di posizioni di disparità¹⁶⁵.

Come anticipato, anche le disposizioni dei successivi artt. 30 e 31 Cost. si occupano di disciplinare l'istituto familiare strettamente inteso.

L'art. 30 Cost. fissa alcuni importanti principi in materia di filiazione: il primo comma stabilisce il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. La disposizione ha la funzione di richiamare i genitori alle loro responsabilità nei confronti dei figli, senza distinguere in base al vincolo coniugale eventualmente sorto tra loro¹⁶⁶. Significativo è l'ordine in cui il Costituente elenca gli obblighi genitoriali, con una graduatoria di valori invertita rispetto alla formula adottata dal codice civile del 1942, così valorizzando l'individualità del figlio e ponendo in secondo piano i poteri connessi alla funzione educativa. Tra le varie funzioni riconosciute all'art. 30, comma 1, Cost., spicca quella di parificare i genitori nel diritto di educare i figli: la Corte costituzionale ha richiamato il principio – al quale è orientata la moderna evoluzione del diritto di famiglia – di una paritetica partecipazione alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli, ma con reciproca integrazione di essi¹⁶⁷, in vista di meglio garantire l'interesse superiore del minore¹⁶⁸.

L'art. 31 pone a carico della Repubblica l'obbligo di agevolare la formazione della famiglia e l'adempimento dei relativi compiti, oltre a quello di proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù. La norma, che ha valore integrativo rispetto alle

¹⁶⁵ Fausto CAGGIA, Andrea ZOPPINI, *Art. 29 Cost. in Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § 2.5.

¹⁶⁶ Elisabetta LAMARQUE, *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § 2.1.

¹⁶⁷ Corte cost., sent. n. 341 del 1991, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 2.

¹⁶⁸ Corte cost., sent. n. 179 del 1993, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 4.

altre precedentemente analizzate, accorda un'ampia discrezionalità al legislatore nella scelta degli strumenti necessari per realizzare politiche sociali di sostegno in grado di dare attuazione al *favor familiae*: questo ha portato la Corte costituzionale a sindacare alcune scelte legislative in materia di provvidenze economiche che riservavano una tutela privilegiata alla famiglia legittima, generatrici di trattamenti inferiori alle famiglie di fatto. Un'interpretazione dell'art. 31 in linea con i valori sociali odierni non può fare a meno di collocare l'impegno in una prospettiva di intervento che va oltre la protezione che la Costituzione riserva esclusivamente alla famiglia fondata sul matrimonio¹⁶⁹. Un'ulteriore evoluzione ermeneutica emerge anche con riguardo alla tutela della maternità: la finalità originaria della norma di riaffermare la priorità dei compiti familiari della donna rispetto ad ogni altro ruolo è stata ridisegnata da una serie di interventi da parte giurisprudenza costituzionale, che hanno progressivamente indotto ad aggiornare la legislazione in materia. La direzione intrapresa nelle ultime riforme risulta quella di proteggere l'evento-maternità sganciandolo dalla donna e coinvolgendo tutti i soggetti portatori di interessi, così da spostare il baricentro dalla tutela della maternità a quella della genitorialità¹⁷⁰.

2. L'ordinamento penitenziario: i caratteri generali del trattamento

Il sistema penitenziario è disciplinato a livello normativo da numerose fonti: quella cardine è costituita dalla l. n. 354 del 1975 ("Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", di seguito: o.p.), che ha conosciuto nel tempo numerosi interventi e mutazioni.

Il tentativo del legislatore penitenziario di dare attuazione ai postulati espressi dalla Carta costituzionale è particolarmente evidente all'art. 1 o.p., che è stato riscritto in

¹⁶⁹ Luisa CASSETTI, *Art. 31 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onegale.wolterskluwer.it, § 2.1.

¹⁷⁰ Luisa CASSETTI, *Art. 31 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onegale.wolterskluwer.it, § 2.2.

modo radicale dal d.lgs. n. 123 del 2018 (approvato in attuazione della l. n. 103 del 2017, cd. riforma Orlando).

L'art. 1 o.p. è rubricato "Trattamento e rieducazione", rimarcando le indicazioni sulla finalità della pena consegnate dall'art. 27, comma 3, Cost.: la prima norma di tutta la legge penitenziaria traccia gli indirizzi di una nuova politica carceraria, fondata sulla figura del detenuto come persona da porre al centro dell'esecuzione e "*titolare di tutti quei diritti il cui esercizio non sia strettamente incompatibile con la restrizione della libertà personale*"¹⁷¹; in altre parole, il ristretto deve perdere solo quella parte di libertà che è strettamente connessa alla sua condizione detentiva, mantenendo quanto più possibile intatta la sua autodeterminazione.

Il significativo *incipit* dell'originario art. 1 o.p. è stato confermato dal nuovo testo della disposizione penitenziaria: al primo comma è proclamato che il trattamento penitenziario deve "*essere conforme a umanità*" e "*assicurare il rispetto della dignità della persona*", richiamando da un lato al principio umanitario enunciato all'art. 27, comma 3, Cost. e dall'altro assicurando la salvaguardia della dignità personale dell'individuo come valore costituzionalmente rilevante tutelato dall'art. 2 Cost.¹⁷².

Dopo la riforma del 2018, il divieto di discriminazione enunciato nel prosieguo della norma considera espressamente, quali elementi che non possono costituire ragione trattamento differenziato, il sesso, l'identità di genere e l'orientamento sessuale, oltre ai già previsti razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, articolazioni che richiamano la necessaria vigenza del principio costituzionale di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, quale espressione di "*assoluta imparzialità*" amministrativa. La *ratio* della novella è quella di incentivare la produzione di interventi legislativi mirati, in grado di neutralizzare gli ostacoli che determinano forme di diseguaglianza nel trattamento della

¹⁷¹ COMMISSIONE GIOSTRA *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *www.giustizia.it*, 2017, p. 47.

¹⁷² V. *infra*, § 1.

popolazione detenuta di sesso femminile – che per la sua scarsa consistenza è esposta al rischio di non vedersi riconosciuta la necessaria attenzione trattamentale – o appartenente alla comunità LGBT+, a danno della quale possono verificarsi discriminazioni dovute all’identità di genere¹⁷³. Richiamando altre norme collegate a tale concetto, a tutti i detenuti deve essere assicurata negli istituti penitenziari “*parità di condizioni di vita*” (art. 3 o.p.), senza consentire ad alcuno di essi “*la acquisizione di una posizione di preminenza sugli altri*” (art. 32, comma 3, o.p.)¹⁷⁴. Sempre al primo comma, è stata aggiunta la precisazione che il trattamento penitenziario deve conformarsi “*a modelli che favoriscono l’autonomia, la responsabilizzazione, la socializzazione e l’integrazione*” dei detenuti: l’auspicio è quello che il trattamento si caratterizzi in termini di partecipazione attiva del detenuto a tutte quelle attività che favoriscono il suo processo di reintegrazione, evitando di sottoporlo a prassi infantilizzanti che lo privino di ogni capacità o possibilità di autodeterminazione, mirando piuttosto a consentirgli di operare scelte consapevoli¹⁷⁵.

Particolarmente significativo, nella prospettiva di analisi dell’oggetto della presente tesi, è il secondo comma dell’art. 1 o.p.:

“Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l’ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati.”

¹⁷³ Carlo FIORIO, *Le priorità: individualizzazione del trattamento e apertura all’ambiente esterno*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 204.

¹⁷⁴ Vittorio GREVI, *Introduzione*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 13.

¹⁷⁵ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, in www.giustizia.it, 2017, p. 6.

Per far riferimento all'obiettivo ultimo del trattamento penitenziario, il legislatore utilizza il termine "reinserimento", intendendo attribuire un significato inequivoco e meno paternalistico alla "rieducazione" di cui all'art. 27, comma 3 Cost.¹⁷⁶. Se l'intenzione è quella di orientare la personalità del condannato verso un modello comportamentale socialmente adeguato, si presenta come ineludibile l'offerta di occasioni di contatto del ristretto con l'ambiente esterno, al fine di consentirne la risocializzazione¹⁷⁷. L'esigenza di instaurare tali contatti impone primariamente il mantenimento, il rafforzamento, ma anche eventualmente il miglioramento e l'ampliamento dei legami affettivi e dei rapporti familiari del detenuto, che sono individuati come elementi integranti il trattamento penitenziario *ex art. 15 o.p.*¹⁷⁸. È infine necessario menzionare il settimo comma della disposizione in esame, il quale stabilisce che il trattamento degli imputati "*deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva*" (con un chiaro riferimento alla presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2, Cost.*). Dopo aver delineato i caratteri essenziali del trattamento, comuni a imputati e condannati, il legislatore crea distanza tra la posizione degli uni e degli altri, differenziando la nozione che viene attribuita al trattamento a seconda del diverso titolo legittimante il loro *status* detentivo¹⁷⁹. Appare lampante come nei confronti degli imputati, non potendosi presupporre nei loro confronti alcuna necessità di rieducazione, il trattamento dovrà semplicemente configurarsi come "*offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali*", come previsto dall'art. 1, comma 1, del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (d.P.R. n. 230 del 30 giugno 2000, di seguito: *reg. esec. o.p.*). Questa differenza di premesse deve servire anche per tenere a mente

¹⁷⁶ Vittorio GREVI, Franco DELLA CASA, Glauco GIOSTRA, *Art. 1. Trattamento e rieducazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 10.

¹⁷⁷ Francesco CRIMI, *Art. 1. Trattamento e rieducazione*, in *www.onelegale.wolterskluwer.it*, § II.

¹⁷⁸ V. *infra*, § 2.1.

¹⁷⁹ Vittorio GREVI, *Introduzione*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 14.

la necessità di assicurare agli imputati un processo celere e garantistico affinché il loro trattamento carcerario non assuma un significato inopportuno afflittivo, senza nemmeno la possibilità di accedere ai vantaggi derivanti dalla prospettiva rieducativa¹⁸⁰.

L'art. 1 o.p. rappresenta “*la norma emblematica della svolta ideologica operata dal legislatore del 1975 rispetto al vecchio modo di intendere la posizione del detenuto all'interno dell'universo carcerario*”¹⁸¹. L'esordio precettivo dà conto, infatti, di una radicale inversione della *forma mentis* che fa da sfondo alle modalità di esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale, passando da una concezione afflittiva di trattamento a una visione rieducativa in linea con le esigenze espresse all'art. 27, comma 3, Cost.¹⁸² Rimane comunque presente il dubbio che la rieducazione del condannato abbia rappresentato, all'interno della riforma penitenziaria del 1975, una sorta di “*etichetta di comodo*”, sotto la quale sopravvivono ancora contenuti tradizionali, dovuti da un lato da obiettive difficoltà attuative, ma dall'altro anche da politiche penitenziarie che oppongono resistenze, variamente motivate, nei confronti di ogni genere di svolta innovativa¹⁸³. Ed è in particolare la tendenza a identificare il carcere come un sistema detentivo ancora rigidamente custodialista ad evidenziare la frequente discontinuità tra la norma scritta e la realtà dei fatti¹⁸⁴.

Se il trattamento penitenziario non deve avere come unico obiettivo quello di regolamentare, a garanzia della disciplina e dell'ordine interni, la vita del detenuto

¹⁸⁰ Vittorio GREVI, Franco DELLA CASA, Glauco GIOSTRA, *Art. 1. Trattamento e rieducazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 13.

¹⁸¹ Vittorio GREVI, Franco DELLA CASA, Glauco GIOSTRA, *Art. 1. Trattamento e rieducazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 3.

¹⁸² Francesco CRIMI, *Art. 1 – Trattamento e rieducazione*, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § II.

¹⁸³ Emilio DOLCINI, *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 56.

¹⁸⁴ Carlo FIORIO, *Le priorità: individualizzazione del trattamento e apertura all'ambiente esterno*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 195.

dentro l'istituto in cui si trova ristretto, ma deve piuttosto essere proteso al reinserimento del condannato, è ineludibile che esso risulti adeguatamente plasmato sulle specifiche condizioni del singolo ristretto¹⁸⁵. Già *ex art. 1 o.p.* il legislatore stabilisce che il trattamento penitenziario deve essere individualizzato, al contrario di quel “trattamento a pioggia” che, per svariate ragioni, viene attuato in un gran numero di istituti¹⁸⁶.

L'art. 13 o.p. prevede al suo primo comma che per ogni detenuto l'Amministrazione penitenziaria debba predisporre un programma di trattamento “individualizzato”, quindi calibrato sulle attitudini, sulle competenze, sui bisogni e sulle inclinazioni della sua persona e idoneo, attraverso varie metodologie operative, a rieducare il reo e favorirne il reinserimento sociale¹⁸⁷. Ciò non si pone in contrasto con il principio di uguaglianza sancito *ex art. 3 Cost.* e anzi è l'attuazione della sua più vera essenza: l'idea alla base è quella di assicurare ad ogni detenuto le medesime possibilità di recupero, obiettivo che non viene però perseguito applicando a tutti il medesimo trattamento, ma piuttosto ponderandolo e modulandolo in modo puntuale rispetto alle caratteristiche e alle esigenze di ciascuno. La differenziazione risponde dunque alla necessità di adattare l'offerta rieducativa al singolo, che si intende rendere in questo modo più funzionale al raggiungimento del fine ultimo della pena. Per predisporre un trattamento penitenziario così caratterizzato, il secondo comma dell'art. 13 o.p. prevede la precedente osservazione scientifica della personalità del detenuto, volta a “rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento”. Dopo l'intervento modificativo del d.lgs. n. 123 del 2018, l'attuale formulazione del comma in esame ha eliminato il riferimento alla connotazione stigmatizzante

¹⁸⁵ Francesco CRIMI, *Art. 1. Trattamento e rieducazione*, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § II.

¹⁸⁶ Vittorio GREVI, Franco DELLA CASA, Glauco GIOSTRA, *Art. 1. Trattamento e rieducazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 10.

¹⁸⁷ Luisa SAPONARO, “Restyling” del trattamento individualizzato, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 233.

relativa al “*disadattamento sociale*”¹⁸⁸, stabilendosi che l’osservazione scientifica della personalità debba essere tesa esclusivamente a rilevare le cause che hanno condotto la persona a commettere il reato. Come hanno evidenziato gli Stati Generali, si è voluto tal modo non ignorare “*una realtà che presenta molteplici forme criminali*” (ad esempio i reati cd. *white collar*, la criminalità politica o i reati commessi dai tossicodipendenti), dal momento in cui le attuali conoscenze criminologiche e scientifiche permettono di affermare che non necessariamente il reato è l’effetto di disadattamento o marginalità sociale¹⁸⁹.

La riforma del 2018 ha interessato anche il terzo comma: la sua nuova formulazione incoraggia la riflessione del detenuto circa le conseguenze prodotte nei confronti della vittima, così aprendo la strada all’aggiunta nel quarto comma di uno specifico riferimento alla giustizia riparativa, inserito dal d.lgs. n. 150 del 2022 (cd. riforma Cartabia)¹⁹⁰.

Sottesi all’art. 13 o.p. vi sono alcuni postulati. *In primis*, la convinzione per cui non esistono persone ritenute irrecuperabili: è dovere del sistema tentare di dare un’alternativa possibile al reo, così come è diritto del detenuto ricevere un trattamento individualizzato idoneo alla propria riabilitazione¹⁹¹. In secondo luogo, il principio di individualizzazione intende ovviare alla massificazione della popolazione detenuta, dando rilievo e rispetto all’individualità di ciascuno, tenendo comunque a mente che trattamento individualizzato non significa trattamento individuale e che quindi esso sarà espletato in situazioni di gruppo¹⁹².

¹⁸⁸ La precedente formulazione dell’art. 13, comma 2, o.p. recitava come segue: “*Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l’osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. [...]*”

¹⁸⁹ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, in www.giustizia.it, 2017, p. 76.

¹⁹⁰ Luisa SAPONARO, “*Restyling*” del trattamento individualizzato, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 236-237.

¹⁹¹ Luisa SAPONARO, “*Restyling*” del trattamento individualizzato, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 235.

¹⁹² Giuseppe DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 116.

2.1. I rapporti con la famiglia come elementi del trattamento

Con la l. n. 354 del 1975 si dà espressione normativa al convincimento che le relazioni affettive del ristretto con la famiglia rappresentino un aspetto importante della sua vita e “*un bene di alto valore umano che deve essere protetto dai danni derivanti dalla carcerazione*”¹⁹³.

L’art. 15, comma 1, o.p. prevede che il trattamento del condannato e dell’internato debba essere svolto avvalendosi di vari strumenti (quali istruzione, lavoro, attività culturali, ricreative e sportive...) e “*agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia*”. Significativa è la scelta legislativa di prevedere la facilitazione degli opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia, rapporti che tuttavia appaiono volti a preservare il detenuto dagli effetti desocializzanti che scaturiscono dalla detenzione piuttosto che favorire un percorso rieducativo. La norma deve essere letta in combinato disposto con il contenuto degli artt. 1 e 13 o.p., in quanto integra e completa la concezione di trattamento rieducativo in tali disposizioni delineata, e ha un valore enunciativo, in quanto gli elementi elencati trovano una loro specifica disciplina in altre norme dell’ordinamento.

Sempre nell’ambito delle “Modalità del trattamento” (capo III del titolo I, o.p.), l’art. 28 recita che “*Particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie*”. Si tratta di una norma cardine, poiché contiene il parametro interpretativo che deve ispirare l’interesse della regolamentazione dei rapporti tra il ristretto e la propria famiglia. Attraverso l’art. 28 o.p. il legislatore ha dato concreta attuazione ad alcuni principi di matrice costituzionale: da un lato, riconoscendo il principio del *favor familiae* a cui sono ispirati gli artt. 29, 30 e 31 Cost.¹⁹⁴; dall’altro, sul piano dei caratteri della

¹⁹³ Antonio SALVATI, *Le relazioni familiari dei detenuti, in Amministrazione in cammino*, 2011, n. 5, p. 5.

¹⁹⁴ V. *infra*, § 2.1.

pena, la norma rileva sia sul versante dell'umanità che su quello della finalità rieducativa *ex art. 27, comma 3, Cost.*

Sullo sfondo, vi è la consapevolezza che la famiglia costituisce un valore affettivo di primaria rilevanza da tutelare in qualunque contesto, incluso quello penitenziario, e che la cura di queste relazioni è indefettibile sotto il profilo trattamentale: la possibilità di mantenere un contatto con il mondo esterno deve infatti prescindere da valutazioni rientranti nelle logiche premiali tipiche dell'universo penitenziario, da garantire indipendentemente dalla sfera comportamentale del ristretto¹⁹⁵.

La norma codifica un obiettivo programmatico, costituendo un orizzonte politico-ideologico su cui fondare la normativa in materia di rapporti tra detenuti e rispettive famiglie, una clausola generale che si specifica poi in varie disposizioni all'interno dell'ordinamento penitenziario che ne rappresentano l'estrinsecazione sotto il profilo operativo¹⁹⁶. Al contempo, la disposizione evidenzia una dimensione di dinamicità nell'impegno dell'Amministrazione penitenziaria a intervenire adeguatamente alternando sforzi che mirano a garantire, a seconda della situazione con cui si confronta nel caso concreto, il *mantenimento* delle relazioni familiari già esistenti, il loro *miglioramento* o, qualora tali rapporti invece non sussistano più, il loro *ristabilimento*. Il diritto a coltivare i rapporti familiari assume particolarmente rilevanza anche perché strettamente collegato all'inviolabile diritto alla salute: è infatti indubbio che *“l'impossibilità di avere continui e regolari contatti con i propri cari sono spesso la causa di un crollo psicofisico”*¹⁹⁷ del ristretto, di cui per altro risente anche la sua famiglia. È da sottolineare come l'attenzione non sia rivolta esclusivamente alle esigenze e ai diritti del ristretto, ma anche agli interessi dei familiari che da esterni sono coinvolti nella vicenda detentiva, come dimostra

¹⁹⁵ Fabrizio SIRACUSANO, *Art. 28. Rapporti con la famiglia*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, pp. 388-389.

¹⁹⁶ Francesco CRIMI, *Art. 28 – Rapporti con la famiglia*, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § I.

¹⁹⁷ Carlo BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone reclusi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2008, n. 3, p. 108.

l'art. 94 reg.esec.o.p. che parallelamente disciplina la “Assistenza alle famiglie”, esortando a prestare cura alle situazioni di crisi che si verificano nel periodo che segue immediatamente la separazione, fornendo ai familiari, specialmente se minorenni, *“sostegno morale e consiglio per aiutarli a far fronte al trauma affettivo, senza trascurare i problemi pratici e materiali eventualmente causati dall’allontanamento del congiunto”*.

In conclusione, è possibile osservare come la valorizzazione dei rapporti con la famiglia costituisca un elemento centrale sia del trattamento (art. 15 o.p.), sia del suo successivo reinserimento sociale (art. 1 o.p.), entrambi profili che impongono un’immediata presa di consapevolezza, da parte dell’Amministrazione penitenziaria, *“della piattaforma affettiva sulla quale il ristretto può fare affidamento”*¹⁹⁸. Tale aspetto è messo in luce anche dal regolamento di esecuzione dell’ordinamento penitenziario, a mente del quale il detenuto, nel momento in cui fa ingresso in istituto, è invitato a segnalare eventuali problematiche di natura familiare (art. 23, comma 7, reg.esec.o.p.), nell’ottica di *“promuovere un processo di modificazione [...] delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale”* (art. 1, comma 2, reg.esec.o.p.).

L’art. 28 o.p. costituisce la premessa e il presupposto normativo di un reticolo di disposizioni destinate a garantire centralità e a dare concretezza al *favor familiae* accordato dalla Costituzione e dall’ordinamento penitenziario, che si intende analizzare e approfondire nelle successive pagine della presente tesi.

¹⁹⁸ Fabrizio SIRACUSANO, *Art. 28. Rapporti con la famiglia*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, pp. 390.

B) IL CONTATTO DIRETTO

1. Facilitare il contatto diretto: la territorialità dell'esecuzione della pena. – 2. L'ingresso in carcere dei famigliari: i colloqui visivi. – 3. L'uscita dal carcere del ristretto: i permessi.

1. Facilitare il contatto diretto: la territorialità dell'esecuzione della pena

Determinante al fine del mantenimento dei contatti diretti tra i ristretti e i familiari o per il progresso ed eventuale recupero del loro rapporto, è il rispetto del principio di territorialità dell'esecuzione della pena. Tale principio si presta ad essere analizzato in materia sia di assegnazioni che di trasferimenti: in entrambi i piani emerge la centralità delle relazioni con la famiglia, data dal fatto che i “*motivi familiari*” sono fatti rientrare tra i criteri di scelta dell'istituto di destinazione, imponendo all'Amministrazione penitenziaria di tenere in considerazione della vicinanza al luogo di residenza della famiglia¹⁹⁹.

L'attenzione rivolta dall'ordinamento penitenziario ai rapporti familiari si riscontra fin dal primo ingresso in istituto del reo. Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 123 del 2018, l'art. 14 o.p. sancisce infatti al primo comma il diritto di detenuti ed internati a essere assegnati a “*un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia*”. Nei lavori preparatori della riforma, si legge che la proposta di riformulare la norma intendeva allinearsi alle Regole penitenziarie europee, in particolare la Regola 17²⁰⁰, osservando come l'assegnazione in luoghi lontani sia uno dei principali elementi di ostacolo ai contatti con la famiglia e, dunque, all'esercizio all'affettività, che deve essere considerato come un vero e proprio diritto del ristretto²⁰¹.

¹⁹⁹ Barbara GIORIS, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 61.

²⁰⁰ V. Parte prima, Cap. II, § 2.

²⁰¹ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *www.giustizia.it*, 2017, p. 78.

È importante osservare che il principio di territorialità della pena, sul versante delle assegnazioni, incontra uno specifico ostacolo attuativo nell'ambito della detenzione femminile, in ragione dell'estrema esiguità del numero delle detenute (poco più del 4% della popolazione detenuta totale) e, conseguentemente, degli istituti preposti ad accoglierle, sparsi sul territorio²⁰².

In Italia, esistono e sono attualmente operativi solo quattro istituti penitenziari esclusivamente femminili: Trani (BAT), Pozzuoli (NA), Roma-Rebibbia e Venezia-Giudecca (quello di Empoli è stato chiuso nel luglio 2016 per essere convertito in REMS). Al 31 maggio 2023, le donne presenti negli istituti penitenziari italiani erano 2.504: le quattro carceri femminili ospitano 612 donne, pari a circa il 25% del totale; le altre 1.892 donne, il restante 75%, sono invece sostanzialmente distribuite nelle 44 sezioni femminili ospitate all'interno di carceri maschili²⁰³.

La riforma dell'ordinamento penitenziario entrata in vigore nell'ottobre 2018 ha introdotto all'art. 14, comma 5, o.p. l'esplicita specificazione che le donne ospitate in apposite sezioni devono essere “*in numero tale da non compromettere le attività trattamentali*”. Tale elaborazione prende atto che i dati sulla detenzione femminile pongono in evidenza come il modello carcerario sia strutturato prevalentemente sulle necessità maschili: la novella intende assicurare una tendenziale parità di trattamento, occupandosi di tutte quelle condizioni e situazioni che possono dar luogo a discriminazioni²⁰⁴. Nonostante tale novità legislativa, la detenzione in sezioni femminili all'interno di carceri maschili rende difficile organizzare occupazioni significative per le donne detenute, nell'approccio generale che, nonostante l'astratta possibilità prevista dalla normativa (v. art. 14, comma 4, o.p.),

²⁰² Barbara GIORIS, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 61.

²⁰³ Elaborazione dei dati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – Sezione Statistica, in www.giustizia.it.

²⁰⁴ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in www.giustizia.it, 2017, p. 79.

quasi mai permette a uomini e donne insieme di partecipare ad attività congiunte. Sbagliato sarebbe tuttavia limitarsi a chiudere le sezioni, perché si causerebbe in questo modo un automatico allontanamento delle donne detenute dai propri riferimenti familiari e sociali²⁰⁵. In altre parole, la caratterizzazione della distribuzione della popolazione detenuta femminile dà origine a un conflitto di interessi: da un lato, l'istituzione di più sezioni femminili sparse per le diverse regioni dovrebbe essere funzionale a che le detenute scontino il periodo di carcerazione in prossimità dei propri affetti; dall'altro, è in questo modo limitata la possibilità per le detenute di spazi sufficienti e attività trattamentali a loro specificamente dedicate²⁰⁶.

Le accortezze previste in materia di assegnazioni si rinvengono anche nella disciplina del successivo momento dell'eventuale trasferimento del ristretto, che l'art. 42 o.p. prevede possa essere disposto – oltre che per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute e di studio – per motivi familiari e che secondo il quale “*nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia*”. Al fine di dare massima espansione del principio di territorialità della pena, una circolare della Direzione generale detenuti e trattamento ha specificato che l'obiettivo da perseguire deve essere quello di concedere l'accoglimento delle istanze di trasferimento invocate dai detenuti nella più ampia misura possibile²⁰⁷: anche in conseguenza di ciò, è opinione diffusa e consolidata che nella valutazione dell'istanza la sola condotta inframuraria non può come configurarsi come un ostacolo insuperabile all'accoglimento come unico fondamento per il rigetto²⁰⁸.

²⁰⁵ Susanna MARIETTI, *I numeri della detenzione femminile: poche e poco criminali*, in www.rapportoantigone.it, 2023.

²⁰⁶ Giulia FABINI, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, in www.antigone.it, 2017.

²⁰⁷ Circolare Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 20 febbraio 2014, n. 3654/6104, § 1.6, in www.sappe.it.

²⁰⁸ Francesco CRIMI, *Art. 42 – Trasferimenti*, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § I.

Dal momento che l'Amministrazione penitenziaria può derogare alla regola, dando conto delle ragioni giustificative del suo mancato rispetto, non è possibile parlare di un vero e proprio diritto soggettivo del ristretto in relazione al luogo ove essere destinato in caso di trasferimento; tuttavia, si tratta di un importante passo avanti rispetto al previgente assetto del 1975, che faceva riferimento a un mero *favor* del criterio di destinazione dei detenuti trasferiti agli istituti più prossimi alla residenza della famiglia²⁰⁹, che non condizionava l'ampia discrezionalità sussistente in capo all'Amministrazione penitenziaria nella scelta del luogo²¹⁰.

Attraverso il principio di territorialità della pena si agevolano quindi i rapporti tra il ristretto e la famiglia, nella prospettiva di dare attuazione ai contatti diretti durante le visite e i permessi.

2. L'ingresso in carcere dei familiari: i colloqui visivi

I colloqui visivi rappresentano uno dei più importanti strumenti giuridici con cui la disciplina penitenziaria riconosce e garantisce il diritto fondamentale del detenuto al mantenimento delle relazioni familiari, permettendo il contatto diretto e personale tra la persona *in vinculis* e i propri affetti²¹¹. Più in generale, il colloquio è occasione di contiguità tra il ristretto e la società libera: in quest'ottica, il *favor* riconosciutogli dall'ordinamento non afferrisce esclusivamente alla tutela dell'interesse personale del ristretto, ma si ricollega anche alla prospettiva di partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa, nell'intento di

²⁰⁹ Fabrizio SIRACUSANO, *Art. 28. Rapporti con la famiglia*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 392.

²¹⁰ Maria Grazia COPPETTA, *Art. 42. Trasferimenti*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 581.

²¹¹ Giuseppe Melchiorre NAPOLI, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare*, Giappichelli, Torino, 2014, Cap. 3, § 2.1.

aumentare le possibilità di un migliore reinserimento sociale al termine della detenzione²¹².

La materia è disciplinata agli artt. 18 o.p. e 37 reg.esec.o.p. Si segnala fin da ora che, malgrado l'importanza primaria che i colloqui rivestono, la disciplina di alcuni loro profili rilevanti non trova collocazione nell'ordinamento penitenziario, ma è affidata al regolamento esecutivo e a quanto disposto all'interno delle circolari dell'Amministrazione penitenziaria, così sollevando dubbi sulla tollerabilità di un sistema che rimette ad atti subordinati alla legge il compito di disciplinare posizioni soggettive che trovano riconoscimento e protezione come diritti fondamentali nella Carta costituzionale (artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.)²¹³.

Il detenuto o l'internato sono sempre legittimati a chiedere il colloquio, ma non deve ritenersi preclusa l'iniziativa da parte dei familiari, che nella prassi spesso si presentano in istituto, previa prenotazione, anche senza la preventiva istanza del ristretto (fermo restando che quest'ultimo può sempre rifiutare il colloquio). Il colloquio può essere richiesto per diverse finalità, ma nel caso dei familiari l'istanza non deve essere corredata da alcuna motivazione: ciò si ricava per converso dall'art. 37, comma 1, reg. esec. penit., che prevede che i colloqui con terzi diversi dai familiari "*sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi*".

Le persone legittimate ad entrare in istituto ai fini della disposizione in esame sono elencate, per quanto in maniera imprecisa e ambigua, all'art. 18, commi 1 e 2, o.p., che stabilisce che i detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui "*con i congiunti e con altre persone*", oltre che con il difensore e i garanti dei diritti dei detenuti, disponendo poi al comma 4 che "*particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari*". Né la legge né il regolamento penitenziario precisano quale sia il significato da attribuire ai termini "congiunti" e "familiari", ma una

²¹² Massimo RUARO, Chiara SANTINELLI, *Art. 18. Colloqui, corrispondenza e informazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 233.

²¹³ Giuseppe Melchiorre NAPOLI, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare*, Giappichelli, Torino, 2014, Cap. 3, § 2.5.

circolare della Segreteria Generale del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha chiarito che le due locuzioni sono da ritenersi equivalenti²¹⁴ e che indicano quindi una sola categoria di soggetti legittimati, individuabili nei parenti e negli affini entro il quarto grado²¹⁵. Verificata l'esistenza di un rapporto di parentela o di affinità dall'Amministrazione penitenziaria, non residua alcun potere di negare il colloquio in base a valutazioni di tipo discrezionale. Occorre però che l'Amministrazione sia posta nelle condizioni di operare tale controllo, con onere dimostrativo gravante sugli interessati, che devono presentare idonea documentazione: a tal proposito, si specifica che la prova del rapporto di parentela può essere offerta anche mediante autocertificazione, mentre i conviventi devono munirsi di apposito attestato rilasciato dal comune di residenza²¹⁶.

Quanto alla frequenza, l'attuale regolamento penitenziario prevede all'art. 37, comma 8, un numero di sei colloqui mensili, che scendono a quattro nei confronti dei condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., ai quali si applica il divieto di concessione di benefici, deroga giustificata in relazione all'esigenza di salvaguardare l'ordine e la sicurezza pubblica e interna.

Il successivo comma 9 introduce uno spiraglio di derogabilità rispetto all'ordinaria frequenza dei colloqui, disponendo che quando si tratta di stabilire un contatto con prole di età inferiore a dieci anni possono essere concessi colloqui anche oltre quelli ordinari previsti dal comma 8. Esistono dunque alcune ipotesi in cui il limite rispettivamente dei sei e dei quattro colloqui mensili può essere superato: il regolamento di esecuzione tipizza la situazione del ristretto con figlio minore di dieci anni per concedere colloqui visivi aggiuntivi rispetto ai colloqui ordinari. Attenendosi alla lettera della previsione ("*possono essere concessi*"), rimane

²¹⁴ Circolare Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 8 luglio 1998, n. 3478/5928, p. 2, in *www.sappe.it*.

²¹⁵ Circolare Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 8 luglio 1998, n. 3478/5928, p. 4, in *www.sappe.it*.

²¹⁶ Fabrizio SIRACUSANO, *Art. 28. Rapporti con la famiglia*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 392.

comunque in capo all'autorità decidente il potere discrezionale di stabilire l'ammissione e la frequenza dei colloqui aggiuntivi, da fissare a seguito del temperamento tra l'interesse del detenuto e le esigenze organizzative interne²¹⁷. Lo scopo della concessione di colloqui aggiuntivi, qualora il contatto visivo si debba svolgere con il figlio di età inferiore a dieci anni, è quello di salvaguardare soprattutto la prospettiva del bambino, tutelando il suo diritto a mantenere una proficua relazione con il genitore detenuto.

Oltre a questa fattispecie, l'art. 61, comma 2, reg. esec. o.p. prevede l'ulteriore possibilità per il direttore di istituto di concedere colloqui visivi straordinari – indipendentemente dalla condanna per uno dei reati di cui all'art. 4-bis o.p. – per “rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia, gli ambienti prossimi di vita e il soggetto stesso al rientro nel contesto sociale”. Si tratta di colloqui aggiuntivi che si differenziano da quelli contemplati all'art. 37, comma 8, reg. esec. o.p. sotto una duplice prospettiva: *in primis* poiché all'autorità pubblica è qui attribuito un margine di discrezionalità rispetto al potere autorizzativo del contatto, cosicché la situazione giuridica del ristretto muta e dà origine a un interesse legittimo invece di un diritto soggettivo²¹⁸; in secondo luogo, se i colloqui *ex art.* 37, comma 9, reg. esec. o.p. sono da riconnettersi a esigenze di umanizzazione del trattamento penitenziario, nel caso della disposizione in esame il collegamento è invece da ravvisarsi nel ruolo centrale riconosciuto ai colloqui nel percorso rieducativo, nell'ottica in cui i rapporti con la famiglia si ritengono in grado di determinare una progressione del trattamento stesso²¹⁹.

²¹⁷ Giuseppe Melchiorre NAPOLI, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare*, Giappichelli, Torino, 2014, Cap. 3, § 2.6.

²¹⁸ Fausto GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, n. 2, p. 596.

²¹⁹ Giuseppe Melchiorre NAPOLI, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare*, Giappichelli, Torino, 2014, Cap. 3, § 2.7.

Per quanto attiene invece alla durata del colloquio visivo, l'art. 37, comma 10, reg. esec. o. p. prevede che essa non possa essere superiore ad un'ora. Tuttavia, se il colloquio deve tenersi con i congiunti o con i conviventi tale durata può essere prolungata: a) in considerazione di *“eccezionali circostanze”*, vale a dire ove sia stata verificata la sussistenza di *“specifici eventi di rilevante significato e gravità che tocchino il detenuto o i suoi congiunti o i conviventi”*, oppure *“in presenza di situazioni critiche e difficili, non riconducibili ad un singolo evento”*²²⁰; b) nei casi in cui il colloquio *“si svolga con familiari e conviventi, residenti in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto”*. In tale ultima ipotesi, però, il colloquio può protrarsi sino al limite delle due ore, a condizione che il detenuto non abbia usufruito di contatti visivi nella settimana precedente e sempre a condizione che il prolungamento della durata sia compatibile con le esigenze organizzative dell'istituto.

L'ordinamento penitenziario non disciplina dettagliatamente la dinamica del momento del colloquio. L'unica indicazione in tal senso è all'art. 18, comma 3, o. p., che ne prevede lo svolgimento in appositi locali sotto il controllo a vista, ma non auditivo, del personale di custodia. Per ridurre l'impatto del carcere sui figli di detenuti, è di fondamentale importanza la presenza di luoghi che rispettino la sensibilità dei minorenni, sia per i colloqui veri e propri che per le aree di attesa, nonché dotare il personale penitenziario di alcune figure chiave quali operatori psicopedagogici che svolgano un ruolo di accompagnamento e presa in carico della famiglia, nonché di preparazione dei familiari e del minorenne al colloquio. Il colloquio può inoltre essere sfruttato come momento di osservazione delle dinamiche comportamentali dei bambini e dei ragazzi, per intervenire sulle eventuali situazioni di disagio e fornire risposte educative e consigli personalizzati ai genitori²²¹.

²²⁰ Circolare Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 8 luglio 1998, n. 3478/5928, p. 12, in *www.sappe.it*.

²²¹ Vanna IORI, *La genitorialità in carcere*, in *Minorigiustizia*, 2014, n. 3, pp. 80-81.

Il d.lgs. n. 123 del 2018 ha introdotto importanti modifiche all'art. 18 o.p. in materia di colloqui con i familiari. In primo luogo, è stata inserita al terzo comma la previsione che i locali ad essi destinati “*favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata*”, esortando a limitarne il carattere rumoroso ed evitare l'eccessiva visibilità fra i diversi gruppi familiari²²², consentendo il dialogo tra condannato e familiare senza che altri condannati o altri visitatori abbiano cognizione del relativo contenuto²²³. È però bene specificare che la riforma ha inteso incidere sulle caratteristiche dei locali, non intaccando invece l'attività di controllo visivo svolta dal personale di polizia penitenziaria²²⁴. Per quanto la previsione contenga la clausola esonerativa “*ove possibile*” (non presente nello schema delineato dalla proposta di riforma della Commissione Giostra: “*i locali destinati ai colloqui con i familiari devono comunque favorire una dimensione riservata*”), si tratta di una disposizione che testimonia una maggiore considerazione del diritto all'affettività in ambito carcerario e che “*apre scenari imprevedibili implicando una possibile sottrazione, seppur limitata, al controllo permanentemente visivo dei colloqui familiari*”²²⁵.

La nuova formulazione dell'art. 18, comma 3, o.p. prevede inoltre che tali locali siano collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto: l'obiettivo di quest'ultima disposizione è quello di limitare quanto più possibile il disagio, soprattutto a livello psicologico, dei familiari²²⁶, evitando loro – specialmente se

²²² Marcello BORTOLATO, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 126.

²²³ Piermaria CORSO, *I rapporti con la famiglia e l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 181.

²²⁴ Nicola TRIGGIANI, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 257.

²²⁵ Marcello BORTOLATO, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 126.

²²⁶ Nicola TRIGGIANI, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 256.

bambini – “*un penoso e inutile attraversamento interno della struttura penitenziaria*”²²⁷.

La riforma chiude poi il terzo comma stabilendo che “*particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici*”. Si può ipotizzare che la nuova disposizione favorirà l’adozione di prassi quali l’effettuazione dei colloqui con i figli infraquattordicenni: nelle giornate festive, in cui i minori non sono impegnati a scuola, al fine di non ostacolarne il percorso di istruzione; in locali appositamente attrezzati, per la condivisione del gioco o per lo svolgimento dei compiti scolastici, così da rendere i momenti di interazione familiare il più possibile conformi all’intimità della vita “esterna”²²⁸. In questa logica, anche attraverso un adeguamento delle strutture penitenziarie, si devono rimuovere ostacoli che si frappongono a una più completa fruizione della genitorialità, attraverso la realizzazione, all’interno degli edifici penitenziari, di locali idonei o di apposite aree – eventualmente anche all’aperto (cd. aree verdi)²²⁹.

Poiché i colloqui costituiscono veri e propri elementi del trattamento, la loro fruizione da parte del ristretto non può essere condizionata né dalla gravità del reato commesso, né dalla fattiva collaborazione al trattamento collaborativo²³⁰: il colloquio rappresenta infatti un “*diritto del detenuto incompressibile anche in caso di valutazioni negative della sua condotta*”²³¹. A conferma del fatto che il sistema normativo si muove nel senso di una piena tutela del diritto inviolabile del ristretto al mantenimento delle relazioni familiari, l’art. 37, comma 11, reg. esec. o.p prevede

²²⁷ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *www.giustizia.it*, 2017, p. 84.

²²⁸ Fabio FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 77.

²²⁹ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *www.giustizia.it*, 2017, p. 84.

²³⁰ Piermaria CORSO, *I rapporti con la famiglia e l’ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 177.

²³¹ Laura SCOMPARIN, *Il sistema penitenziario*, in *Giustizia penale e servizi sociali*, a cura di Guido Neppi Modona, Davide Petri, Laura Scomparin, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 249.

che qualora i familiari non mantengano rapporti con il ristretto, l'Amministrazione penitenziaria si vede imposta un obbligo di attivazione, poiché la direzione dell'istituto è tenuta a darne segnalazione all'ufficio locale di esecuzione penale esterna (U.E.P.E.), sollecitandolo affinché disponga gli interventi ritenuti opportuni.

Con riferimento invece al regime di sospensione delle ordinarie regole di trattamento, l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), o.p. contiene una specifica disciplina che deroga sotto diversi aspetti alle previsioni generali di cui agli artt. 18 o.p. e 37 reg.esec.o.p.²³². Ad essere ammessi al colloquio sono, salvo casi eccezionali, solo i familiari e i conviventi; muta la frequenza del colloquio, consentito solo nella misura di una volta al mese, ad intervalli di tempo regolari; i colloqui sono sottoposti a controllo auditivo e a registrazione (previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente) ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. In merito a quest'ultimo contenuto, recentemente, con sentenza interpretativa di rigetto, la Corte costituzionale, prendendo in considerazione il colloquio visivo con figli minori di quattordici anni, ha affermato che la disposizione in esame non impone in ogni circostanza il ricorso ad un vetro divisorio che impedisca ogni contatto fisico con il detenuto, dovendosi sempre garantire che il trattamento penitenziario non contrasti con la salvaguardia del preminente interesse del minore. In tale bilanciamento, la Corte esorta a valorizzare la *ratio* della disposizione come parte del complessivo regime detentivo differenziato, considerando legittime le sole restrizioni funzionali a garantire l'inderogabile esigenza “*di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà*”²³³.

²³² Massimo RUARO, Chiara SANTINELLI, *Art. 18. Colloqui, corrispondenza e informazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 247.

²³³ Corte cost., sent. n. 105 del 2023, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 10.

3. L'uscita dal carcere del ristretto: i permessi

La seconda forma di contatto diretto con i familiari si realizza consentendo l'uscita del ristretto dalla struttura carceraria attraverso i permessi: si tratta di istituti spesso funzionali pure ad altri scopi, a cui l'ordinamento penitenziario dedica però anche disposizioni specifiche volte a riconoscerne la rilevanza nell'ambito della salvaguardia dei rapporti familiari nel corso della reclusione²³⁴.

L'istituto dei permessi trova per la prima volta riconoscimento con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, che lo colloca tra le “Modalità di trattamento” (capo III del titolo I, o.p.) concependolo come strumento per agevolare gli “*opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia*” indicati all'art. 15 o.p.²³⁵. L'istituto si prestava ad assolvere a una funzione di reinserimento sociale del ristretto, aprendo il carcere e coinvolgendo la collettività nei problemi della detenzione; in seguito ad un'iniziale ampia e generalizzata espansione dell'area di concreta operatività²³⁶, ai primi mancati rientri di detenuti in permesso, il dissenso già presente in sede politica al momento dell'approvazione della legge strumentalizzò alcuni episodi con l'intento di canalizzare l'allarme sociale verso tale istituto²³⁷, così portando ad approvare nel 1977²³⁸ una nuova versione della norma in termini maggiormente restrittivi.

L'art. 30 o.p. contempla ora due ipotesi di concessione di cd. *permessi di necessità*, categoria con cui si fa riferimento a quel tipo di permesso che può essere concesso esclusivamente per motivi riconducibili alla sfera familiare: il primo comma prevede che possano essere rilasciati ai condannati, agli internati e agli imputati in

²³⁴ Fabrizio SIRACUSANO, *Art. 28. Rapporti con la famiglia*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 393.

²³⁵ V. *infra*, § 2.1.

²³⁶ Ernesto D'ANGELO, *La disciplina dei permessi*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 200-201.

²³⁷ Davide BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di Massimo Pavarini*, II ed., Bononia University Press, Bologna, 2021, p. 197.

²³⁸ L. n. 1 del 1977.

caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, al fine di recarsi a visitare l'infermo con le cautele previste dal regolamento esecutivo; il secondo comma prevede che *“analoghi permessi possono essere concessi eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità”*. I permessi di necessità hanno cessato di rispondere a una vocazione trattamentale: si tratta oggi di benefici di eccezionale applicazione rispondenti a finalità di umanizzazione della pena, da concedere esclusivamente al verificarsi di situazioni di particolare rilevanza nella sfera affettiva del detenuto, *“ma non anche in funzione dell'esigenza di attenuare l'isolamento del medesimo attraverso il mantenimento delle relazioni familiari”*²³⁹. Il permesso di necessità, inscrivendosi nella logica della pena umanitaria costituzionalmente imposta (v. art. 27, comma 3, prima parte, Cost.) e non avendo alcun intento rieducativo, non presuppone requisiti di merito in capo al richiedente (che non va “premiato” per il suo comportamento, ma del quale deve essere semplicemente rispettata la dignità di essere umano), né il passaggio in giudicato della sentenza: per questo motivo rientrano tra i potenziali beneficiari del permesso sia gli indagati e gli imputati che i condannati e gli internati.

Nella sua versione originaria, l'art. 30, comma 1, o.p. affidava al magistrato di sorveglianza la competenza a concedere il permesso ai condannati e agli internati, mentre rinviava alle autorità giudiziarie competenti – in base allo stato del procedimento i cui interveniva la richiesta – per quanto concerneva gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado. Proprio in virtù dei presupposti di concedibilità del permesso di necessità, che non richiedono l'accertamento dell'adesione del richiedente al trattamento né la sua regolare condotta all'interno dell'istituto, il d.lgs. n. 123 del 2018 ha semplificato questo quadro, spostando in avanti il confine oltre il quale cessa la competenza del giudice procedente e

²³⁹ Cass. pen., Sez. I, sent. n. 39189 del 2022, in www.cortedicassazione.it, “Motivi della decisione”, § 1.

interviene quella del magistrato di sorveglianza, che ora coincide con il momento in cui la sentenza diviene irrevocabile²⁴⁰.

Piuttosto criptico appare il dato letterale dell'art. 30, comma 2, o.p., cosicché la giurisprudenza di legittimità ha tentato nel corso delle sue pronunce di chiarire il significato da attribuire a “*eventi familiari di particolare gravità*”. Per autorizzare il permesso devono sussistere tre requisiti: l'eccezionalità della concessione, la particolare gravità dell'evento e la correlazione dello stesso con la vita familiare. Tali requisiti sono da accertarsi “*tenendo conto dell'idoneità del fatto ad incidere nella vicenda umana del detenuto*”²⁴¹. In generale, si è evidenziato come possano assumere rilevanza tutti quegli eventi per loro natura non ordinari, non necessariamente luttuosi o drammatici, ma idonei ad incidere in maniera particolarmente significativa nella vita del detenuto, in relazione alla sua sfera familiare e nell'esperienza della detenzione carceraria²⁴². Tra le situazioni che la Corte di cassazione ha ritenuto costituire “evento familiare di particolare gravità” rientrano ad esempio la nascita di un figlio²⁴³ o l'assenza di visite di un familiare, protrattasi a lungo, a causa di oggettive difficoltà del medesimo nel raggiungere il luogo di detenzione²⁴⁴.

Nel verificare i requisiti di accesso all'istituto, la valutazione del giudice si incentra su eventi esterni al carcere: l'art. 30 o.p. non postula infatti la considerazione del profilo comportamentale del detenuto, che invece assume rilevanza al fine di

²⁴⁰ Antonino PULVIRENTI, *La semplificazione di controlli (corrispondenza, permessi) e procedure (reclamo, liberazione anticipata)*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 397-401.

²⁴¹ Cass. pen., Sez. I, sent. n. 26062 del 2018, in www.cortedicassazione.it, “Motivi della decisione”, § 2.

²⁴² Cass. pen., Sez. I, sent. n. 45741 del 2019, in www.cortedicassazione.it, “Motivi della decisione”, § 2.

²⁴³ Cass. pen., Sez. I, sent. n. 48424 del 2017, in www.cortedicassazione.it, “Motivi della decisione”, § 3. I requisiti per la concessione del permesso di necessità ai sensi dell'art. 30 o.p. poiché “*la nascita di ciascun figlio rappresenta un evento emozionale di natura eccezionale e insostituibile, tale da realizzare un unicum indelebile nella sua esperienza di vita*”.

²⁴⁴ Cass. pen., Sez. I, sent. n. 39608 del 2019, in www.cortedicassazione.it, “Motivi della decisione”, § 2.1.

stabilire quale sia il livello di pericolosità del soggetto per determinare le concrete modalità di fruizione del permesso *ex art. 30-bis* o.p., predisponendo apposite cautele esecutive nella delimitazione degli spazi di movimento del soggetto strumentali alla fruizione del permesso²⁴⁵.

L'art. 30, comma 3, o.p. disciplina infine le conseguenze del mancato rientro nello stabilimento di pena alla scadenza del termine del permesso. Se il detenuto non rientra nell'istituto, senza giustificato motivo, può andare incontro a conseguenze sanzionatorie differenti a seconda del periodo di assenza ingiustificata dall'istituto di pena: se rientra in istituto dopo tre ed entro dodici ore dalla scadenza del permesso, senza giustificato motivo, è sanzionato solo sul piano disciplinare; se, di contro, l'assenza si protrae per un tempo maggiore alle dodici ore, la condotta del detenuto finisce per rientrare nell'alveo applicativo della fattispecie delittuosa di evasione (art. 385 c.p.).

Con l'entrata in vigore della l. n. 663 del 1986 (cd. legge Gozzini)²⁴⁶, nella trama dell'ordinamento penitenziario si è inserito l'art. 30-*ter* o.p., ai sensi del quale i detenuti in possesso di determinati requisiti – oggettivi e soggettivi – possono ottenere dal magistrato di sorveglianza la concessione di *permessi premio* di durata non superiore ogni volta a quindici giorni, per consentire loro di coltivare interessi affettivi, oltre che culturali o di lavoro.

Gli elementi di diversità rispetto ai permessi di necessità sono svariati.

Una prima differenza sussiste merito ai requisiti oggettivi di accesso all'istituto: potenziali destinatari dei permessi premio sono infatti solo i condannati detenuti, quindi coloro che sono assoggettati a sentenza passata in giudicato e che si trovano

²⁴⁵ Antonino PULVIRENTI, *La semplificazione di controlli (corrispondenza, permessi) e procedure (reclamo, liberazione anticipata)*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 401.

²⁴⁶ Si evidenzia che l'istituto è stato introdotto all'interno di una delle più rilevanti riforme penitenziarie in tema di misure alternative alla pena detentiva (quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà, la detenzione domiciliare e la liberazione anticipata), nell'ottica della necessaria progressione del trattamento.

nella condizione attuale di stato detentivo (con conseguente esclusione di coloro che godono di misure alternative).

Ai sensi dell'art. 30-*ter* o.p., comma 1, i presupposti soggettivi di concedibilità dei permessi premio sono due: da un lato, la regolare condotta del detenuto, da desumersi da una serie di parametri di valutazione, attinenti ad un comportamento corretto e responsabile da questi variamente manifestato all'interno dell'istituto²⁴⁷; l'altro presupposto è che i condannati non risultino di particolare pericolosità sociale, da determinarsi alla luce di un giudizio prognostico idoneo a escludere la probabilità di recidiva in vista della loro temporanea liberazione²⁴⁸. Dall'analisi dei presupposti soggettivi dei permessi premio emerge il più importante elemento di discontinuità rispetto ai permessi di necessità, dato dalla vocazione trattamentale dei primi: il comma 3 della disposizione, infatti, espressamente definisce tali permessi "*parte integrante del programma di trattamento*". Il legislatore del 1986 introduce per la prima volta nel nostro sistema un permesso "trattamentale" in reazione alla formulazione "*da un lato troppo stretta e dell'altro troppo generica e quindi larga*"²⁴⁹ dell'art. 30 o.p., che aveva concesso alla magistratura di sorveglianza spazi di interpretazione e di applicazione eccessivamente ampi, portando a uno stravolgimento della norma. Tuttavia, proprio grazie a tale esperienza estensiva dell'istituto, vennero messi in luce una serie di elementi positivi dello stesso, idonei a dimostrare la tollerabilità di eventuali inconvenienti e la necessità di concedere i permessi affinché il trattamento possa progredire. La stessa esperienza permise inoltre di convincere che un sistema carcerario improntato alla premialità non si poneva necessariamente in antitesi un trattamento che ambisce ad essere rieducativo: all'istituto dei permessi premio la riforma affida

²⁴⁷ Giancarlo ZAPPA, *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1988, n. 1-3, p. 11.

²⁴⁸ Davide BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di Massimo Pavarini*, II ed., Bononia University Press, Bologna, 2021, p. 201.

²⁴⁹ Giancarlo ZAPPA, *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1988, n. 1-3, p. 2.

il compito di sollecitare il condannato verso l'offerta rieducativa, incoraggiandone la collaborazione alle attività trattamentali²⁵⁰. Si tratta di istituti penitenziari che rispondono all'esigenza del condannato di incedere nel suo cammino di risocializzazione, riallacciando i contatti con il mondo esterno, soprattutto coltivando i propri interessi di natura familiare e affettiva. L'istituto tradisce dunque una natura pluridimensionale, in cui i due aspetti della premialità e della rieducazione si intrecciano²⁵¹. È poi da sottolineare che, pur non essendo categorizzabile all'interno delle misure alternative alla detenzione, il permesso premio contribuisce alla gradualità delle stesse, collocandosi alla base come istituto prodromico alla progressiva decarcerizzazione del ristretto²⁵².

Da ultimo, si evidenzia che, con una recente sentenza²⁵³, la Corte costituzionale ha sottratto all'applicazione del meccanismo ostativo previsto dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. la disciplina relativa alla concessione del permesso premio, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma in questione nella parte in cui non prevede l'istituto possa essere concesso anche in assenza di collaborazione con la giustizia: la Consulta ha abbattuto la presunzione assoluta di pericolosità – presunzione che può risultare solo relativa – del condannato non collaborante, che può essere superata in presenza di elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti²⁵⁴.

²⁵⁰ Giancarlo ZAPPA, *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1988, n. 1-3, pp. 2-4.

²⁵¹ Francesco CRIMI, *Art. 30 ter – Permessi premio*, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § I.

²⁵² Davide BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di Massimo Pavarini*, II ed., Bononia University Press, Bologna, 2021, p. 200.

²⁵³ Corte Cost., sent. n. 253 del 2019, in www.cortecostituzionale.it.

²⁵⁴ Anna Maria CAPITTA, *Permessi premio ai condannati per reati ostativi: la Consulta abbatte la presunzione perché assoluta – Corte cost., n. 253 del 2019*, in www.archiviopenale.it, 4 dicembre 2019.

C) IL CONTATTO A DISTANZA

1. La corrispondenza epistolare. – 2. La corrispondenza telefonica. – 3. L’impatto della pandemia Covid-19 sui contatti a distanza.

1. La corrispondenza epistolare

La corrispondenza, sia essa epistolare o telefonica, risulta di particolare importanza nell’ottica della tutela dei rapporti con la famiglia quando, per ragioni geografiche relative alla distanza dell’istituto penitenziario o per le condizioni economiche degli affetti del detenuto, i contatti solo raramente possono avvenire di persona²⁵⁵.

La norma di riferimento per la corrispondenza epistolare è l’art. 18, comma 5, o.p., secondo cui “*L’amministrazione penitenziaria pone a disposizione dei detenuti e degli internati, che ne sono sprovvisti, gli oggetti di cancelleria necessari per la corrispondenza*”. Dalla lettura del dato testuale emerge che l’utilizzo della corrispondenza epistolare è ammessa senza limiti quantitativi o qualitativi, potendo ciascun detenuto essere mittente o destinatario di un numero indeterminato di lettere, senza preventiva autorizzazione alla ricezione e all’invio e senza restrizioni riguardo alle categorie di persone con le quali tale relazione è ammessa²⁵⁶. È da non ritenersi esclusa l’ipotesi di corrispondenza interna all’istituto, tra ospiti di sezioni differenti che non hanno mai avuto alcun tipo di contatto al di fuori di quello epistolare: si tratta, anzi, di un’evenienza piuttosto frequente, che “*dà la misura della solitudine e del bisogno di coltivare relazioni affettive che affliggono le persone detenute*”²⁵⁷. Dà attuazione e completa tale disposizione l’art. 38

²⁵⁵ Piermaria CORSO, *I rapporti con la famiglia e l’ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 184.

²⁵⁶ Massimo RUARO, Chiara SANTINELLI, *Art. 18. Colloqui, corrispondenza e informazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 253.

²⁵⁷ Barbara GIORIS, *Il diritto all’affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 76.

reg.esec.o.p., ai commi 2 e 3, laddove si precisa che l'occorrente per la scrittura di una lettera e l'affrancatura ordinaria sono forniti settimanalmente e gratuitamente ai detenuti e agli internati che non possono provvedervi a loro spese, e che gli oggetti di cancelleria a cui fa riferimento l'art. 18, comma 5, o.p. devono sempre essere disponibili per l'acquisto presso lo spaccio dell'istituto.

Sempre all'art. 38 reg.esec.o.p. è previsto che, per escludere la presenza di oggetti vietati (denaro, sostanze stupefacenti, ecc.), le lettere in busta chiusa in arrivo e in partenza siano sempre sottoposte a un controllo tattile o ad altra forma di ispezione esterna, attuata "*con modalità tali da garantire l'assenza di controlli sullo scritto*" (comma 5). Se vi è ragione di sospettare che il contenuto della busta possa costituire elemento di reato o comunque fonte di pericolo per l'ordine o la sicurezza, la missiva viene trattenuta dalla direzione dandone immediata segnalazione al giudice competente²⁵⁸ (comma 6) e informando il detenuto o l'internato interessato (comma 10), in attesa degli opportuni provvedimenti decisori.

Il successivo art. 18-*ter* o.p. stabilisce "limitazioni e controlli" al diritto di corrispondenza, configurandone presupposti, competenze, modalità operative ed effetti. La disposizione è stata introdotta con la l. n. 95 del 2004, allo scopo di dare una risposta alle ripetute censure mosse dalla Corte EDU alla previgente disciplina²⁵⁹, soprattutto in riferimento alla genericità dei requisiti legittimanti le restrizioni alla corrispondenza, che accordava alle autorità competenti eccessivi margini di discrezionalità, causando un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare del ristretto²⁶⁰. La nuova disposizione legittima l'autorità giudiziaria competente ad adottare provvedimenti volti a limitare e controllare la

²⁵⁸ Il magistrato di sorveglianza in caso di imputato fino alla sentenza di primo grado, o l'autorità giudiziaria procedente.

²⁵⁹ L'art. 18, commi 7 e 8 (oggi abrogati), attribuiva al giudice competente il potere di sottoporre la corrispondenza a "*visto di controllo*" tramite l'emanazione di un "*provvedimento motivato*", senza alcuna ulteriore specificazione in ordine alla durata della limitazione, né le ragioni che la giustificavano, né i criteri a cui doveva ispirarsi il giudice nell'assumere la decisione al riguardo.

²⁶⁰ Ottavia MURRO, *Il rapporto tra controllo e garanzie della corrispondenza*, in *Diritto penale e processo*, 2010, n. 2, p. 708.

corrispondenza in presenza di esigenze d'indagine, di prevenzione dei reati o per ragioni di ordine e sicurezza dell'istituto, da esplicitarsi in un decreto motivato con validità temporalmente limitata e reclamabile. Senza entrare in questa sede nel dettaglio della disciplina, la normativa prevede tre diverse tipologie di controlli: la limitazione nell'invio e nella ricezione di missive, la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo (cioè con lettura del contenuto) e la verifica del contenuto delle buste senza lettura dello stesso. I detenuti possono dunque vedersi inibita o ridimensionata dal punto di vista quantitativo la facoltà di corrispondere con i propri cari, o mantenere la facoltà di inviare e ricevere lettere nella consapevolezza che il loro contenuto sarà conosciuto da terzi²⁶¹.

Oltre a sottolineare l'incidenza dei provvedimenti *ex art. 18-ter* o.p. sulla libera espressione dell'affettività, ulteriore profilo di problematicità che l'istituto solleva è quello dei costi e dei tempi dell'inoltro, soprattutto per quanto riguarda missive indirizzate all'estero. Tale criticità potrebbe essere agevolmente superata attraverso il ricorso all'invio di *e-mail*, che, pur non espressamente vietato dalla normativa, è però in concreto ostacolato da problemi tecnici e di sicurezza. Si sono recentemente avviate delle sperimentazioni, per cui i detenuti consegnano lo scritto a volontari attivi nel loro istituto, i quali poi provvedono a inviarlo tramite posta elettronica, recapitando poi la risposta; il sacrificio della riservatezza viene compensato dalla celerità ed estensione delle comunicazioni²⁶².

2. La corrispondenza telefonica²⁶³

Se i contatti visivi rappresentano la modalità privilegiata per coltivare le relazioni familiari in regime intramurario, le chiamate si rivelano uno strumento altrettanto

²⁶¹ Barbara GIORIS, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 77.

²⁶² Barbara GIORIS, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 76.

²⁶³ Si evidenzia che, se da un punto di vista terminologico apparirebbe più opportuno definire come colloquio anche la corrispondenza telefonica (dal momento che la conversazione assume il carattere

prezioso, soprattutto per coloro che si trovano nell'impossibilità di ricevere visite in carcere: il riferimento è qui, ad esempio, alla popolazione detenuta femminile, che per ragioni logistiche non gode pienamente di quel principio di territorialità che dovrebbe garantire l'espiazione della pena in luoghi il più possibile prossimi al luogo di residenza della famiglia²⁶⁴, o ai detenuti stranieri, i cui affetti sono rimasti nei Paesi d'origine²⁶⁵.

A una prima lettura della normativa, la disparità tra congiunti e terzi estranei alla famiglia con riferimento alla corrispondenza telefonica è ben marcata, come testimoniano l'art. 18, comma 6, o.p., che prevede la possibilità di autorizzare terzi a tale contatto solo "*in casi particolari*", e in modo ancora più evidente l'art. 39, comma 2, reg.esec.o.p., secondo il quale il direttore di istituto può autorizzare corrispondenza con persone diverse dai congiunti e conviventi solo in presenza di "*ragionevoli e verificati motivi*" (art. 39, comma 2, reg.esec.o.p.). Attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme che regolano la materia, si delinea un diritto inviolabile del ristretto a fruire della corrispondenza telefonica con i congiunti e conviventi, come espressione dei principi fondamentali dell'ordinamento che tutelano le relazioni familiari e affettive; si tratta quindi di un diritto che, nei limiti stabiliti dalla legge e dal regolamento di esecuzione, non potrebbe essere mai negato, escludendosi ogni potere discrezionale dell'autorità competente al rilascio del permesso. La corrispondenza con i terzi, al contrario, è subordinata a un potere decisionale, di natura discrezionale, guidato dal generico criterio dei "*ragionevoli e verificati motivi*"²⁶⁶.

dell'immediatezza), gli articoli di riferimento in materia utilizzano in modo costante la locuzione "corrispondenza telefonica" (e non "colloqui telefonici") in contrapposizione all'espressione "colloqui visivi".

²⁶⁴ V. *infra*, B), § 1.

²⁶⁵ Barbara GIORIS, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 71.

²⁶⁶ Giuseppe Melchiorre NAPOLI, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare*, Giappichelli, Torino, 2014, Cap. 3, § 4.1.

Il diritto di fruire della corrispondenza telefonica è circoscritto in entrambe le ipotesi entro precisi limiti.

Il primo limite concerne le persone che possono essere destinatarie della telefonata del ristretto: si è visto come, seppure in presenza di differenti presupposti, *ex art. 39, comma 2, reg. esec. o. p.* possano essere ammessi ai colloqui telefonici i congiunti, i familiari, i conviventi e i terzi. Muovendosi lungo la linea interpretativa già tracciata dall'Amministrazione penitenziaria in materia di colloqui visivi²⁶⁷, la disposizione deve essere interpretata nel senso di fare riferimento al coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado.

Il secondo limite attiene alla durata e alla frequenza dei colloqui, elementi predeterminati unicamente dalla fonte normativa sublegislativa all'art. 39, commi 2 e 6, *reg. esec. o. p.* Ciascuna chiamata non può eccedere la durata di dieci minuti (al netto dei tempi tecnici necessari per stabilire il collegamento e accertare l'identità del destinatario²⁶⁸), senza possibilità di prolungamento. I ristretti per reati *cd. comuni* sono ammessi a effettuare una telefonata a settimana, mentre i detenuti per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis*, comma 1, *o. p.*, per i quali operi il divieto di concessione dei benefici, possono effettuare non più di due telefonate al mese. La frequenza delle telefonate può essere superata in talune ipotesi, tassativamente indicate dalla medesima norma, ai commi 2 e 3:

- 1) una telefonata aggiuntiva può essere concessa nel caso di rientro in istituto da permesso (di necessità o premio) o dalla licenza, consentendo alla persona ristretta di avvisare i familiari;
- 2) un contatto telefonico straordinario è concedibile anche nelle ipotesi di trasferimento, senza che siano imposti vincoli circa il destinatario del contatto: la previsione è in linea con l'art 29, comma 1, *o. p.*, che, nel regolare le modalità

²⁶⁷ Il richiamo è alla Circolare Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 8 luglio 1998, n. 3478/5928, in *www.sappe.it* [v. *infra*, B), § 2].

²⁶⁸ Barbara GIORIS, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 74.

di esercizio del diritto del detenuto di informare i familiari o altre persone dell'avvenuto trasferimento, non pone restrizioni circa gli strumenti di comunicazione utilizzabili²⁶⁹;

- 3) la corrispondenza telefonica può poi essere derogata *in melius*, oltre ai limiti ordinari, “*in considerazione di motivi di urgenza o di particolare rilevanza, se la stessa si svolga con prole di età inferiore a dieci anni*”. Per via dell’ambigua formulazione, tale fattispecie di colloqui telefonici aggiuntivi ha dato luogo a letture contrastanti, sollevando dubbi interpretativi circa il significato – di disgiuntiva o di congiuntiva – da attribuirsi alla virgola che separa la sussistenza dei motivi di urgenza o di particolare rilevanza dalla presenza di figli minori di dieci anni²⁷⁰. L’Amministrazione penitenziaria si è espressa a favore della posizione che ravvisa due differenti ipotesi di colloqui straordinari²⁷¹, privilegiando il canone ermeneutico logico-sistematico e leggendo la disposizione in combinato disposto con quanto previsto dall’art. 37, comma 9, reg.esec.o.p. in materia di colloqui straordinari²⁷².

Il terzo limite è relativo alle modalità di svolgimento dell’istituto (art. 39, commi 5 e 6, reg. esec., o.p.). Chi intende effettuare conversazioni telefoniche deve inoltrare istanza scritta all’autorità competente al rilascio dell’autorizzazione, indicando il numero richiesto e le persone con cui vuole corrispondere, supportando il costo della chiamata; quest’ultima scelta normativa è rilevante soprattutto nel caso di comunicazioni internazionali, poiché i detenuti e gli internati che non dispongono dei fondi necessari si vedono automaticamente preclusa la possibilità di comunicare con i propri familiari, a meno che il volontariato penitenziario non provveda al loro

²⁶⁹ Giuseppe Melchiorre NAPOLI, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare*, Giappichelli, Torino, 2014, Cap. 3, § 4.5.

²⁷⁰ Barbara GIORIS, *Il diritto all’affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 72.

²⁷¹ Circolare Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, 3 novembre 2000, n. 3533/5983, § 18, in *www.giustizia.it*.

²⁷² La norma stabilisce che quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni, o quando ricorrono particolari circostanze, possono essere concessi colloqui anche fuori dai limiti ordinari [v. *infra*, B), § 2].

sostegno economico. Tali previsioni risultano ormai superate nella prassi²⁷³. Una prima significativa innovazione rispetto alla concreta fruizione dei colloqui è stata costituita dalla graduale introduzione negli istituti penitenziari di schede telefoniche prepagate, che possono essere liberamente utilizzate presso gli appositi apparecchi installati nelle sezioni, rendendo possibile l'effettuazione di chiamate al di fuori di fasce orarie predeterminate, che potrebbero risultare inconciliabili, ad esempio, con le esigenze scolastiche dei familiari del ristretto. Inoltre, dal momento in cui il regolamento esecutivo dispone che il contatto telefonico venga stabilito “*con le modalità tecnologiche disponibili*” (art. 39, comma 6, reg.esec.o.p.), è reso ammissibile, almeno in linea teorica, il ricorso a programmi che consentono di effettuare conversazioni e videochiamate attraverso la rete *internet* (ad esempio attraverso *Skype*), con il duplice vantaggio dell'azzeramento dei costi e del sensibile miglioramento della qualità della comunicazione, in particolare per chi non può usufruire di colloqui visivi. Le sperimentazioni già avviate “dal basso” in questo ambito hanno inteso perseguire l'obiettivo principale di consentire i contatti con i figli minori, coerentemente con i principi direttivi dettati dalla l. n. 103 del 2017, che annovera espressamente la “*disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi [...] per favorire le relazioni familiari*”²⁷⁴. Nonostante ciò, il legislatore delegato non ha recepito la proposta formulata dalla Commissione Giostra di introdurre un comma 5-*bis* all'art. 18 o.p., che rendeva esplicita la possibilità di comunicazioni “*anche mediante programmi di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la connessione internet*”²⁷⁵. Tuttavia, all'interno del testo novellato dell'art. 18 o.p. sono rimasti alcuni riferimenti che forniscono copertura legislativa all'implementazione delle tecnologie di comunicazione remota,

²⁷³ Massimo RUARO, Chiara SANTINELLI, *Art. 18. Colloqui, corrispondenza e informazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 255.

²⁷⁴ Barbara GIORIS, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 75.

²⁷⁵ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *www.giustizia.it*, 2017, p. 86.

soprattutto alludendo agli “*altri tipi di comunicazione*” di cui al comma 10²⁷⁶. È poi bene sottolineare che, mentre la Commissione Giostra indicava che i collegamenti audiovisivi attraverso la connessione *internet* dovessero essere fatti rientrare nell’alveo della corrispondenza telefonica, una recente circolare del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria²⁷⁷ ha definito la videochiamata come una *species* di colloqui, e non di telefonata: essa deve essere equiparata ai colloqui visivi previsti dall’art. 18 o.p., dei quali condivide quindi la qualificazione giuridica e le modalità esecutive dettata dall’art. 37 per quanto riguarda per cui la disciplina di frequenza, durata, possibilità di colloqui straordinari, ecc.

3. L’impatto della pandemia Covid-19 sui contatti a distanza

L’emergenza legata al Covid-19, con la conseguente necessità, da un lato, di incentivare le forme di comunicazione a distanza rispetto ai colloqui in presenza e, dall’altro, di consentire più contatti tra le persone detenute e l’ambiente esterno, ha portato all’introduzione di alcune significative novità normative con riferimento ai colloqui e alle telefonate.

Sul primo versante, il d.l. n. 34 del 2020 ha previsto una disciplina particolare dei colloqui “a distanza” tra le persone detenute e l’esterno, stabilendo che, su richiesta dell’interessato o quando la misura risulti indispensabile per la salvaguardia della salute, i colloqui con i congiunti possono essere svolti a distanza mediante gli strumenti di cui dispone l’Amministrazione penitenziaria o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti stabiliti dall’art. 39 reg.esec.o.p. Sulla scia di tali indicazioni, numerose realtà penitenziarie hanno utilizzato la piattaforma *Skype* o, in alternativa, lo svolgimento di videochiamate mediante *Whatsapp*.

²⁷⁶ Massimo RUARO, Chiara SANTINELLI, *Art. 18. Colloqui, corrispondenza e informazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 258.

²⁷⁷ Circolare Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, 30 gennaio 2019, n. 0031246U, pp. 1-2, in *www.ristretti.it*.

Sul versante delle conversazioni telefoniche non sostitutive dei colloqui, la l. n. 70 del 2020 ha stabilito che l'autorizzazione possa essere concessa oltre i limiti stabiliti ordinari stabiliti dall'art. 39 o.p. e disposta fino a una volta al giorno ove la corrispondenza telefonica si svolga con figli minori o figli maggiorenni portatori di una disabilità grave.

Con una recente circolare trasmessa dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria²⁷⁸, gli strumenti di comunicazione introdotti in via sperimentale durante l'emergenza pandemica sono destinati a diventare l'ordinaria regola operativa, per assicurare il diritto costituzionale a mantenere relazioni socio-familiari. Il DAP sottolinea l'utilità delle videochiamate nell'agevolazione del mantenimento delle relazioni familiari, permettendo di evitare trasferte costose, che possono rivelarsi psicologicamente stressanti per i figli minori; inoltre, esse rendono non necessarie le *“lunghe e defatiganti operazioni di perquisizione”* delle persone che fanno ingresso in carcere in occasione dei colloqui in presenza. Come conseguenza a tali considerazioni, la circolare sottolinea che *“la videochiamata deve essere sicuramente confermata come modalità di fruizione dei colloqui visivi”* e qualificata non più come forma sperimentale, bensì stabilizzata con disposizione di ordine generale estesa anche al circuito della cd. alta sicurezza, tenuto conto degli effetti positivi che essa ha comportato sul piano trattamentale.

²⁷⁸ Circolare Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 26 settembre 2022, n. 3696/6146, in www.giustizia.it.

D) IL CONTATTO IN SENSO AMPIO

1. La ricezione di beni dall'esterno e l'uso di oggetti con particolare valore morale o affettivo.
- 2. Il sostegno alla famiglia del ristretto.

1. La ricezione di beni dall'esterno e l'uso di oggetti con particolare valore morale o affettivo

L'ordinamento penitenziario contempla ulteriori strumenti che consentono il mantenimento dei rapporti tra detenuti e famiglia, sebbene in una dimensione bilaterale e più neutra rispetto alle forme di contatto precedentemente analizzate: in questa prospettiva si collocano le previsioni dedicate ai beni provenienti dall'esterno e all'uso da parte del detenuto di oggetti che hanno particolare valore morale o affettivo.

L'art. 14 reg. esec. o.p., rubricato "Ricezione, acquisto e possesso di oggetti e di generi alimentari", disciplina, in attuazione dell'art. 3 o.p., la materia dei "*beni provenienti dall'esterno*", formula con la quale si fa riferimento sia ai beni acquistati che a quelli ricevuti da fuori. Il nuovo regolamento del 2000 ha incluso una serie di indicazioni che prima erano solo oggetto di circolari ministeriali o altre disposizioni interne, nell'intento di stabilire uniformità di agire e quindi evitare disparità di trattamento in una materia che, poiché idonea a definire la qualità della vita penitenziaria, risulta essere di particolare rilevanza per le persone ristrette²⁷⁹.

La norma dispone che gli oggetti di uso personale non possano eccedere "*le normali esigenze dell'individuo*", vietando inoltre il cumulo di generi alimentari eccedenti il fabbisogno settimanale di una persona. In particolare, è stabilito un numero massimo di quattro "pacchi" ricevibili in un mese, con un peso che non deve essere complessivamente superiore a 20 kg, specificando quali generi di beni possono

²⁷⁹ Stefania MUSSIO, *Art. 3. Parità di condizioni fra i detenuti e gli internati*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Vittorio Grevi, Franco Della Casa, Glauco Giostra, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, p. 37.

esservi contenuti. È però importante sottolineare che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 14 reg. esec. o.p., le limitazioni individuate alla norma non si applicano alle detenute madri rispetto a quei beni necessari alla cura della prole, per soddisfare il fabbisogno dei bambini presenti con loro in istituto.

Sono poi ammesse limitazioni ai generi e agli oggetti consentiti qualora ricorrano “*motivate esigenze di sicurezza*”, sulla base anche dei diversi regimi detentivi conseguenti all'applicazione degli artt. 14-*bis*, 41-*bis* e 64 o.p., nonché divieti specifici valevoli per tutti i detenuti e gli internati (bevande alcoliche sopra la misura consentita, denaro, generi alimentari che richiedono la manomissione nel controllo, ecc.).

L'ultimo comma dell'art. 7 o.p., dedicato a “Vestiaro e corredo”, prevede che “*I detenuti e gli internati possono essere ammessi a far uso di corredo di loro proprietà e di oggetti che abbiano particolare valore morale o affettivo*”. Quest'ultima categoria non viene ulteriormente specificata né dalla legge penitenziaria, né dal relativo regolamento esecutivo, cosicché, per avere un'idea più dettagliata, bisogna rifarsi alle norme regolamentari interne: è possibile farvi rientrare oggetti quali la fede nuziale o catenine e gioielli di famiglia, con la possibilità di autorizzazioni *ad hoc* per oggetti diversi, purché ne sia dato lo specifico significato affettivo o morale. Ai sensi dell'art. 10, comma 3, reg. esec. o.p., in ogni caso sussistono sempre due ordini di limite: l'autorizzazione è concessa a condizione che siano di valore economico contenuto (la *ratio* è scongiurare l'ipotesi che possano essere utilizzati come mezzi di scambio o corruzione) ed è inoltre condizionata alla compatibilità dell'oggetto con l'ordinato svolgimento della vita in istituto (sono dunque da ritenersi fuori dalla copertura normativa quei beni che possono trasformarsi in strumenti idonei a offendere o recare pregiudizio all'ordine o alla sicurezza)²⁸⁰.

²⁸⁰ Daniela VERRINA, *Art. 7. Vestiaro e corredo*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Vittorio Grevi, Franco Della Casa, Glauco Giostra, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, p. 127.

2. Il sostegno alla famiglia del ristretto

Possono essere ricondotte ai contatti in senso ampio tra i ristretti e i loro affetti familiari quelle previsioni operanti sul diverso piano del sostegno alle famiglie, fornito sotto il profilo sia socio-psicologico che economico, al fine di far fronte all'effetto disgregante dell'allontanamento del recluso²⁸¹. Vi sono due ordini di misure da considerare in questo senso: i diritti di informazione e i diritti economici. Sotto il profilo dei *diritti di informazione*, oltre al già trattato diritto dei detenuti e degli internati di informare immediatamente i familiari del loro ingresso in istituto penitenziario o dell'avvenuto trasferimento ad altro stabilimento di pena, l'art. 29 o.p. dispone che, in caso di decesso o di grave infermità fisica o psichica di un ristretto, il direttore dell'istituto ne dia tempestiva notizia ai congiunti (e alle altre persone eventualmente da lui indicate). Gli aspetti operativi della previsione sono fissati dall'art. 63 reg.esec.o.p., che non manca di sottolineare che la notizia deve essere comunicata “*con il mezzo più rapido e le modalità più opportune*”: l'Amministrazione penitenziaria dovrà quindi utilizzare le forme più convenienti per avvisare il familiare, tenendo conto del tipo di rapporto di quest'ultimo con il ristretto, delle implicazioni dell'evento del tipo di evento, delle modalità di accadimento.

Se il concetto di decesso appare non suscettibile di incertezze, deve riconoscersi un margine di discrezionalità nella valutazione del concetto di infermità fisica o psichica, per quanto il riferimento alla gravità possa costituire un parametro di restrizione. È da ritenersi che, nell'ipotesi di infermità, il detenuto possa orientarsi verso la scelta di non dare comunicazione della sua condizione alla sua famiglia, impedendo all'Amministrazione la divulgazione della notizia che lo riguarda, in ragione della mancanza del suo consenso²⁸².

²⁸¹ Fabrizio SIRACUSANO, *Art. 28. Rapporti con la famiglia*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 395.

²⁸² Giorgio SPANGHER, *Art. 29. Comunicazioni dello stato di detenzione, dei trasferimenti, delle malattie e dei decessi*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Vittorio Grevi, Franco Della Casa, Glauco Giostra, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, p. 373.

Con *diritti economici* si fa invece riferimento a quel catalogo di previsioni di sostegno con cui le strutture penitenziarie, con il coordinamento e l'ausilio di enti pubblici e privati qualificati nell'assistenza sociale, fronteggiano le difficoltà materiali cui può andare incontro la famiglia del ristretto²⁸³. Tale impegno è sancito dall'art. 45 o.p., per cui “*Il trattamento dei detenuti e degli internati è integrato da un'azione di assistenza alle loro famiglie*”, specificando che tale azione è volta sia a “*conservare e migliorare le relazioni dei soggetti con i familiari*”, sia a “*rimuovere le difficoltà che possono ostacolarne il reinserimento sociale*”. La disposizione rappresenta un'ipotesi tipica di adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale, concretizzante l'impegno imposto dall'art. 2 Cost.²⁸⁴. Si deduce inoltre che il sostegno alle famiglie non è un fatto “episodico”, bensì una componente del trattamento rieducativo, da leggersi in stretta connessione con la norma cornice dell'art. 28 o.p.²⁸⁵: l'assistenza “*non assolve a finalità pietistiche, ma è preordinata al riadattamento in società dei detenuti*”²⁸⁶. Di diversa opinione è chi pone in risalto la differenza tra le due previsioni, differenza che risiede nella diversa ottica che essi utilizzano per considerare il problema dei rapporti detenuto-famiglia: l'art. 28 o.p. pone l'attenzione sulle conseguenze che l'allontanamento può arrecare al detenuto, in termini di indebolimento del rapporto genitoriale; l'art. 45 o.p. si focalizza invece sui bisogni che la famiglia può manifestare, in relazione alla detenzione del congiunto. In questa prospettiva, l'obiettivo della conservazione

²⁸³ Fabrizio SIRACUSANO, *Art. 28. Rapporti con la famiglia*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, p. 395.

²⁸⁴ Salvatore CRIMI, *Art. 45 – Assistenza alle famiglie e aiuti economico-sociali*, in www.onelegale.wolterskluwer.it, § I.

²⁸⁵ Maria Grazia COPPETTA, *Art. 45. Assistenza alle famiglie*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Vittorio Grevi, Franco Della Casa, Glauco Giostra, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, p. 508.

²⁸⁶ Piermaria CORSO, *I rapporti con la famiglia e l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 193.

o del miglioramento delle relazioni del detenuto con la famiglia è da considerare come ulteriore finalità auspicabile, indipendente dalla prima²⁸⁷.

I contenuti enunciati dalla norma in esame traggono spunto da studi socio-criminologici, condotti nel settore penitenziario, che hanno evidenziato l'aggravarsi della crisi dei familiari in determinati momenti della vicenda detentiva, delineando una serie di interventi diretti a contenere tali difficoltà²⁸⁸. Il legislatore, dunque, consapevole delle difficoltà psicologiche e materiali che sorgono dall'incarcerazione di un membro della famiglia, configura interventi di assistenza soprattutto nell'ottica di salvaguardare i minori, fornendo “*sostegno morale e consiglio per aiutarli a far fronte al problema affettivo*”, nonché ai “*problemi pratici e materiali eventualmente causati dall'allontanamento del congiunto*” (art. 94 reg. esec. o.p.).

Infine, è da notare che d.lgs. n. 123 del 2018 ha modificato la rubrica della norma, che ora espressamente si riferisce anche agli aiuti economico-sociali; inoltre, ha aggiunto un nuovo comma all'art. 45 o.p., intervenendo per garantire una più sicura attuazione dell'adempimento dell'attività di sostegno, questo per evitare che la norma rivesta solo carattere programmatico²⁸⁹.

²⁸⁷ Giuseppe DI GENNARO, *Art. 45 – Assistenza alle famiglie in Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione: commento alla Legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, a cura di Giuseppe Di Gennaro, Renato Breda, Giuseppe La Greca, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 216-217.

²⁸⁸ Giuseppe DI GENNARO, *Art. 45 – Assistenza alle famiglie in Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione: commento alla Legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, a cura di Giuseppe Di Gennaro, Renato Breda, Giuseppe La Greca, Giuffrè, Milano, 1997, p. 216.

²⁸⁹ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in www.giustizia.it, 2017, p. 127.

CAPITOLO II

La tutela del legame tra genitore ristretto e figlio minore

1. Considerazioni preliminari. – 2. Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva.

1. Considerazioni preliminari

L'obiettivo del presente capitolo è quello di analizzare gli istituti che il nostro ordinamento prevede per assicurare la continuità della funzione genitoriale quando il figlio è ancora minorenne, mediante la predisposizione di un regime trattamentale differenziato: le peculiarità e le problematicità che queste situazioni sollevano, calate all'interno dell'ambiente penitenziario, giustificano infatti l'attenuazione dell'esecuzione della pena, con caratteri di specificità rispetto al regime ordinario. L'assetto attuale delle misure di differenziazione che coinvolgono le relazioni genitoriali è il risultato della stratificazione di una serie di interventi normativi che, in modo più o meno specifico, hanno contribuito a progredire nella loro tutela.

Originariamente, la l. n. 354 del 1975 consentiva alle madri detenute (in custodia cautelare o a seguito di condanna) oppure internate, di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni, prevedendo l'inserimento negli istituti penitenziari di specialisti aventi il compito di tutelare la salute psico-fisica dei bambini e delle stesse madri.

La l. n. 663 del 1986 (cd. legge Gozzini) ha segnato traguardi importanti in materia di ricorso alle misure alternative al carcere: nel prevedere la possibilità di accedervi anche alle persone ancora in stato di libertà, ha evitato l'interruzione del rapporto genitoriale e ridotto l'impatto della detenzione sui figli coinvolti. In particolare, la riforma è intervenuta a consentire alle donne incinte o madri di minori di età inferiore ai tre anni di scontare la condanna nella forma della *detenzione domiciliare*, presso la propria abitazione o in altro luogo, privato o pubblico, di cura e di assistenza in caso di reati puniti con una pena inferiore ai due anni di reclusione. È seguita poi la l. 165 del 1998 (cd. legge Simeone-Saraceni), la quale ha elevato da due a quattro anni il limite massimo della pena da scontare, anche se parte residua

di maggior pena, per poter beneficiare di questa misura, e a dieci anni l'età del figlio, purché convivente con la condannata. Da segnalare inoltre un'importante pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 215 del 1990), che ha esteso la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare, sebbene in forma residuale, anche al detenuto padre.

A partire dagli anni duemila, sono intervenuti due provvedimenti legislativi dedicati in esclusiva al tema qui considerato.

Il primo è stata la l. n. 40 del 2001 (cd. legge Finocchiaro), che ha come criterio ispiratore quello della decarcerizzazione in tutte quelle situazioni in cui esiste un valido rapporto madre-figlio, e in casi residuali anche padre-figlio, sempre che non ostino qualificate esigenze di difesa sociale²⁹⁰. La legge ha riformato il *rinvio dell'esecuzione della pena detentiva* – innalzandone l'età del figlio minore agli attuali un anno per quello obbligatorio, previsto dall'art. 146 del codice penale (di seguito: c.p.), e tre anni per quello facoltativo, contemplato all'art. 147 c.p. – e ha introdotto importanti innovazioni nel regime di esecuzione della pena per le donne con figli fino a dieci anni, con la misura della *detenzione domiciliare speciale* e l'istituto dell'*assistenza all'esterno dei figli minori*.

Attraverso un successivo intervento “orizzontale”, la legge n. 62 del 2011, nel dichiarato intento di superare alcune criticità applicative della legge del 2001, ha rivisitato la normativa, processuale e penitenziaria, cui è affidata la tutela della relazione tra minore e genitore che si trovi in stato di privazione della libertà personale, tanto in custodia cautelare durante il processo, quanto condannato in via definitiva a una pena detentiva.

Con riferimento all'applicazione della misura della custodia cautelare, la l. n. 62 del 2011, attraverso una modifica dell'art. 275 del codice di procedura penale (di seguito: c.p.p.), prevede l'aumento da tre a sei anni dell'età del bambino al di sotto

²⁹⁰ Maria Grazia GIAMMARINARO, *La tutela del rapporto fra detenute e figli minori: alcune riflessioni*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2001, n. 2, p. 321.

del quale non può essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere della madre o del padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. In presenza di tali esigenze, la legge, aggiungendo l'art. 285-bis c.p.p., prevede la possibilità di disporre la custodia cautelare di prole di età non superiore a sei anni in un *istituto a custodia attenuata per detenute madri* (di seguito: I.C.A.M.). Un'integrazione dell'art. 284 c.p.p. permette, altresì, che l'esecuzione delle stesse figure avvenga, ove istituita, in una *casa famiglia protetta*.

Con riferimento invece all'espiazione della pena detentiva, la l. n. 62 del 2011 interviene sull'ordinamento penitenziario in due direzioni: *in primis*, novellando la disciplina della detenzione domiciliare "ordinaria" (art. 47-ter o.p.) e della detenzione domiciliare "speciale" (art. 47-quinquies o.p.), introducendo anche qui la custodia attenuata e la casa famiglia protetta; in secondo luogo, introducendo l'istituto trattamentale delle *visite al minore infermo* (art. 21-ter o.p.), successivamente esteso, con la l. n. 47 del 2015, anche a figli, coniuge o convivente affetti da *handicap grave*.

È infine da evidenziare la riforma dell'ordinamento penitenziario attuata con il d.lgs. n. 123 del 2018, che ha ulteriormente modificato la disciplina, consentendo alle madri di tenere con sé i figli fino all'età di tre anni e prevedendo per la loro cura e assistenza apposite *sezioni-nido*. Il testo ha approvato la connessione fra le tutele e l'età del minore, con la libertà della madre fino al terzo anno di vita, la detenzione domiciliare e l'assistenza extramuraria fino ai dieci anni, senza tuttavia alcuna considerazione per le età successive, fatto salvo il caso di grave disabilità e la doverosa garanzia dei contatti (colloqui, permessi, ecc.) per la salvaguardia del rapporto²⁹¹. La riforma ha inoltre ridimensionato alcuni automatismi e preclusioni ostative all'accesso dei benefici, senza comunque comportarne il definitivo

²⁹¹ Anna LORENZETTI, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, p. 159.

superamento, essendo fatti salve le ipotesi di “*eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati*” che danno seguito a condanne per delitti di mafia e terrorismo, anche internazionale (art. 1, comma 85, lett. e), della legge delega n. 103 del 2017).

2. Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva

La salvaguardia dei legami familiari dei condannati a pena detentiva può avvenire mediante il *rinvio obbligatorio* dell'esecuzione della pena per la donna incinta o per la madre di prole di età inferiore a un anno (art. 146 c.p.) o il *rinvio facoltativo* dell'esecuzione della pena per la madre di prole di età inferiore a tre anni (art. 147 c.p.). Occorre da subito precisare che, ai sensi del combinato disposto con l'art. 47-ter, comma 1-ter, comma 1, o.p.²⁹², che consente l'applicazione della detenzione domiciliare in luogo del rinvio obbligatorio o facoltativo, nulla esclude che in entrambi i casi l'espiazione avvenga in forme diversa da quella carceraria.

La *ratio* umanitaria, che sin dall'entrata in vigore del codice penale del 1930 connotava i due istituti menzionati, appare rinvigorita con l'entrata in vigore della Costituzione: le disposizioni in esame sembrano trovare il loro fondamento nell'esigenza di tutela della salute (art. 32 Cost.), nella necessità di apprestare protezione alle relazioni familiari, alla maternità e all'infanzia (art. 31 Cost.) e, più in generale, nel principio di umanità delle pene (art. 27, comma 3, Cost.)²⁹³. I benefici in questione rispecchiano l'intenzione del legislatore di assicurare tutela alla donna incinta, qualunque sia lo stato di gravidanza (opportunamente accertato), al nascituro e al minore che non abbia ancora raggiunto determinate soglie di età, evitando il loro inserimento in un contesto punitivo e tendenzialmente povero di stimoli. Il differimento dell'esecuzione della pena risponde all'esigenza di attenuare

²⁹² V. *infra*, B), § 1.

²⁹³ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 246.

la pretesa punitiva dello Stato, facendola arretrare, seppur eccezionalmente e temporaneamente, di fronte alla prevalenza della protezione del rapporto madre-figlio in un ambiente idoneo, del diritto della donna di portare serenamente a termine la gravidanza e del diritto del bambino di vivere i suoi primi momenti di vita in un ambiente favorevole al suo sviluppo psico-fisico²⁹⁴.

È tuttavia necessario precisare che il delicato contemperamento tra l'esigenza punitiva e le ragioni umanitarie sottese al rinvio in esame è declinato diversamente a seconda che esso sia obbligatorio o facoltativo. Nelle ipotesi di cui all'art. 146 c.p., è il legislatore stesso a effettuare il bilanciamento, non demandando all'autorità giudiziaria competente alcuna valutazione discrezionale, laddove sussistano i presupposti richiesti: come constatato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 145 del 2009, il rinvio obbligatorio offre alla condannata e ai suoi figli la tutela rappresentata da *“una presunzione assoluta di incompatibilità con il carcere”*²⁹⁵. Nella medesima pronuncia la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'applicazione automatica dell'art. 146 c.p. con l'esigenza di individualizzazione del trattamento penitenziario (artt. 3, 27 e 30 Cost.), ha chiarito che la tutela del rapporto madre-figlio in un ambiente consono sopravanzano l'interesse statale, inoltre *“rassicurando”* che il rinvio obbligatorio non vanifica il profilo retributivo-afflittivo della pena, non costituendo *“una rinuncia sine die alla relativa esecuzione, ma solo un differimento per un periodo limitato”*.

Nei casi contemplati invece all'art. 147 c.p., il giudice competente si vede investito dell'arduo compito di effettuare il contemperamento tra gli interessi contrapposti per la concessione del beneficio; inoltre, con la novella della norma operata dalla l. n. 40 del 2001, le esigenze di difesa sociale hanno indotto a porre un ulteriore limite, introducendo il divieto del differimento facoltativo qualora sussista *“il concreto pericolo della commissione di delitti”*, quindi in presenza del rischio di recidiva (art.

²⁹⁴ Corte Cost., ord. n. 145 del 2009, in www.cortecostituzionale.it.

²⁹⁵ Corte Cost., ord. n. 145 del 2009, in www.cortecostituzionale.it.

147, comma 4, o.p.). L'interesse al sereno svolgimento della relazione madre-figlio, che l'ordinamento considera assolutamente prevalente nel primo anno di vita, fra uno e tre anni di età deve invece essere al centro di un bilanciamento con le esigenze di difesa sociale²⁹⁶.

Quanto alle condizioni per la concessione, dalla mera lettura degli artt. 146 e 147 c.p., l'utilizzo del verbo "differire", non affiancato da ulteriori locuzioni quali "sospendere" o "interrompere", sembra suggerire il necessario *status libertatis* del condannato. Tuttavia, se alle disposizioni in esame si affianca la lettura del codice di procedura penale nella parte in cui disciplina del rinvio dell'esecuzione della pena, è possibile ricavare che il giudice competente può ordinare, se necessario, la liberazione del detenuto, adottando provvedimenti conseguenti (art. 684, comma 1, c.p.p.)²⁹⁷.

Rispetto alle cause idonee a determinare la revoca del provvedimento mediante il quale viene disposto il differimento dell'espiatione della pena, l'art. 146 c.p. annovera l'interruzione volontaria di gravidanza (cd. IVG), la dichiarazione della decadenza della madre dalla responsabilità genitoriale sul figlio, e la morte, l'abbandono o l'affidamento ad altri del figlio. L'art. 147 c.p. prevede le stesse cause di revoca, fatta eccezione – in ragione dei diversi presupposti – per l'IVG. La scelta di collocare nelle cause di revoca l'IVG e la morte del figlio sono significative per dimostrare ciò che il rinvio mira a preservare dall'esecuzione della pena detentiva, cioè esclusivamente il rapporto di convivenza madre e figlio, escludendo diversa forma di presenza della genitrice nell'esistenza del minore²⁹⁸.

La previsione della revoca in presenza della decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale, introdotta con la l. n. 40 del 2001, sembra di difficile

²⁹⁶ Maria Grazia GIAMMARINARO, *La tutela del rapporto fra detenute e figli minori: alcune riflessioni*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2001, n. 2, p. 324.

²⁹⁷ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento, vol. IX*, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 246.

²⁹⁸ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 205.

conciliabilità con la previsione normativa, contenuta nella medesima legge all'art. 7, in forza della quale l'applicazione di uno dei benefici determina, per il tempo in cui il beneficio è applicato, la sospensione della pena accessoria della decadenza della potestà genitoriale. Così, ad esempio, se un genitore venisse condannato all'ergastolo, pena la quale importa anche la decadenza della responsabilità genitoriale (art. 31, comma 2, c.p.), in forza dell'art. 7 della l. n. 40 del 2001 tale decadenza non si produrrebbe, a meno che la condanna non sia pronunciata per delitti commessi con abuso della responsabilità genitoriale (art. 34, comma 2, c.p.). Una interpretazione sistematica della disposizione in esame induce a escludere la sospensione delle pene accessorie connesse all'esercizio della responsabilità genitoriale qualora il genitore abbia commesso un delitto ai danni del figlio minore (ad esempio, reati di atti sessuali con minorenni o delitti contro lo stato di famiglia): in queste ipotesi, se si sospendesse la perdita della responsabilità genitoriale, si andrebbe incontro a evidente contraddizione²⁹⁹.

²⁹⁹ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penali*, *Aggiornamento*, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 248.

A) L'ESECUZIONE DELLA PENA IN REGIME INFRAMURARIO

1. Le sezioni-nido. – 2. Gli istituti a custodia attenuata per detenute madri. – 3. L'assistenza all'esterno del figlio. – 4. Le visite al figlio infermo.

1. Le sezioni-nido

Oltre alla previsione del diritto delle donne detenute di essere ospitate all'interno di istituti separati da quelli maschili, o in apposite sezioni ad esse dedicate (art. 14, comma 6, o.p.), per garantire il diritto alla salute l'art. 11, comma 8, o.p., prescrive che nei penitenziari femminili siano in funzione “*servizi speciali per l'assistenza sanitaria, destinati alle gestanti e alle puerpere*”. La disposizione proseguiva, al comma successivo, consentendo alle detenute madri di convivere tra le mura del penitenziario con i figli fino all'età di tre anni e prevedendo l'organizzazione di appositi asili nido per la cura e l'assistenza dei bambini: il d.lgs. n. 123 del 2018 ha modificato la collocazione sistematica dell'art. 11, comma 9, o.p., trasponendone il contenuto inalterato all'art. 14, comma 7, o.p., che si occupa di assegnazioni e raggruppamenti dei detenuti. Non si tratta quindi una novità assoluta, ma di una più opportuna collocazione in un'ottica di razionalizzazione della disciplina, che “*comunque scandalizza nella misura in cui ammette la presenza dei bambini in carcere*”³⁰⁰.

È possibile notare che il limite di età dei tre anni, presupposto per la permanenza in carcere del figlio con la madre detenuta, è anche parametro di riferimento per l'accesso all'istituto del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena carceraria³⁰¹. La disposizione sembra dunque determinare un contrasto con la recente tendenza

³⁰⁰ Marilena COLAMUSSI, *Bisogni e diritti delle donne detenute*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 294.

³⁰¹ Marilena COLAMUSSI, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, n. 2, p. 506.

volta alla decarcerazione dei figli minori di un genitore detenuto³⁰²: si deve ritenere che tale sovrapposizione normativa debba risolversi con preferenza a favore del differimento della pena, sempre che ricorrano le condizioni di cui all'art. 147 c.p., così da evitare l'ingresso in istituto del bambino. È opportuno a questo proposito citare la sent. n. 279 del 2013³⁰³, con cui la Corte costituzionale ha ammonito che, qualora non siano assicurate condizioni detentive compatibili con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (che inevitabilmente deprimono la funzione rieducativa della pena), il rimedio dovrà essere cercato altrove, oltre gli spazi di intervento dell'Amministrazione penitenziaria, dando seguito all'invito del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa “*al più ampio ricorso possibile alle misure alternative alla detenzione e al riorientamento della politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione*”³⁰⁴. La stessa linea interpretativa deve essere tenuta nello specifico caso in cui le condizioni detentive non siano adeguate a causa del mancato allestimento di una sezione-nido idonea all'accoglienza della coppia madre-bambino: nell'indisponibilità di un idoneo collocamento all'interno di un istituto penitenziario, dovrebbe ritenersi obbligata la scelta di una soluzione extramuraria³⁰⁵. A legislazione vigente, vengono in soccorso due alternative all'ordinaria esecuzione in carcere, appositamente previste per le condannate madri di prole di età inferiore a tre anni: appunto il rinvio facoltativo dell'esecuzione (art. 147 c.p.)³⁰⁶ o soprattutto l'applicazione della detenzione domiciliare “ordinaria” (art. 47-ter o.p.)³⁰⁷.

³⁰² Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento, vol. IX*, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 249.

³⁰³ La Corte costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di avvalersi dell'istituto del rinvio facoltativo qualora la pena si svolga in condizioni tali da comportare un trattamento disumano e degradante (nel caso di specie, a causa del sovraffollamento carcerario).

³⁰⁴ Corte cost., sent. n. 279 del 2013, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 6.

³⁰⁵ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 268-269.

³⁰⁶ V. *infra*, § 2.

³⁰⁷ V. *infra*, B), § 1.

Se la presenza della donna e del bambino tra le mura penitenziarie risulta inevitabile, le garanzie essenziali di vita dignitosa e decorosa sono affidate al regolamento esecutivo³⁰⁸, che ai sensi dell'art. 19, rubricato "Assistenza particolare alle gestanti e alle madri con bambini. Asili nido" assicura:

- la realizzazione del diritto alla salute di gestanti, madri e bambini attraverso l'assistenza sanitaria da parte di specialisti in ostetricia, ginecologia e pediatria. Si sottolinea la necessità di inserire all'interno delle sezioni-nido operatori specializzati nell'infanzia, capaci di intrattenere il bambino con attività significative dal punto di vista degli stimoli cognitivi offerti, riproponendo una pluralità di figure di riferimento e allargando la visione medicalizzata a cui rimandano gli operatori oggi previsti nel regolamento³⁰⁹;
- la dotazione all'interno degli istituti o delle sezioni femminili di asili nido destinati ad attività ricreative e formative adeguate all'età;
- l'ospitalità di gestanti e madri con bambini all'interno di camere aperte, affinché questi ultimi possano spostarsi all'interno del reparto o della sezione, con il limite di non turbare l'ordinato svolgimento della vita penitenziaria;
- la possibilità per i minori di svolgere, con il consenso della madre, attività formative e ricreative fuori dal carcere;
- il mantenimento dei contatti con la madre qualora il minore debba essere separato dalla madre (ad esempio, per aver superato il limite di età previsto dalla legge e perché mancano i requisiti per usufruire della detenzione domiciliare).

Al netto delle accortezze che possono essere utilizzate per realizzare sezioni-nido funzionanti, bisognerebbe poi più radicalmente interrogarsi sulla reale possibilità che un carcere possa offrire condizioni umanamente accettabili per la convivenza di una madre con il suo bambino.

³⁰⁸ Marilena COLAMUSSI, *Bisogni e diritti delle donne detenute*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 272.

³⁰⁹ ASSOCIAZIONE ANTIGONE, *Proposte per un nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario*, in www.antigone.it, 2021, p. 14.

Gli studi condotti fino ad oggi ci dicono che tra gli zero e i tre anni si vivono “*i mille giorni più importanti della vita*”, durante i quali si pongono le basi per la formazione della propria futura personalità³¹⁰.

Da alcune ricerche psico-pedagogiche emerge che le condizioni strutturali del carcere favoriscono l’insorgere di un legame anomalo all’interno della diade madre-figlio. La madre vive la preoccupazione dell’ambiente carcerario sul proprio bambino e il senso di colpa per la scelta di tenerlo con sé, costringendolo a una condizione di reclusione, e si impegna costantemente a fare in modo che il bambino avverta il meno possibile le difficoltà e gli ostacoli dovuti alle ristrettezze dell’ambiente, che si frappongono alle sue esigenze di sviluppo, scoperta e crescita. Il carico di ansia e di frustrazione che può scaturire da questa condizione agisce su entrambi, costituendo un notevole fattore di squilibrio potenziale per l’insorgere di effetti patologici³¹¹. Frequentemente le attenzioni della madre rischiano di sfociare in forme di iperprotezione, che si traducono nell’instaurazione di un legame di attaccamento eccessivamente forte e nella creazione di una relazione simbiotica. L’istituzione carceraria rischia inoltre di rinforzare la condizione di scarsa autonomia nel suo ruolo genitoriale, intervenendo rispetto a una serie di questioni quotidiane, come il cibo, il pediatra, l’abbigliamento, ecc., dalle quali la madre resta inevitabilmente esclusa³¹².

Secondo i dati pubblicati dal Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, al 31 luglio 2023 le detenute madri con figli al seguito negli istituti penitenziari sono 19, con 19 minori che le accompagnano. È inoltre possibile ricavare che 5 madri con 5 minori al seguito non sono recluse negli I.C.A.M., e dunque si trovano a

³¹⁰ Roberta SARDELLA, Annateresa INGLESE, Matteo Pio FERRARA, Alfredo DE RISIO, *L’infanzia preclusa. Madri e figli in carcere nel III millennio*, in *Quale psicologia*, 2016, n. 4, p. 82.

³¹¹ Gabriella COSTANZO, *Madre e bambino nel contesto carcerario italiano*, Armando, Roma, 2013, p. 14.

³¹² Nicole BEDETTI, *La maternità in carcere: aspetti giuridici e psicologici*, intervento tenuto presso l’8° Corso di formazione in Psicologia giuridica, psicopatologia e psicodiagnostica forense, in *aipgitalia.org*, 2008, p. 22.

espiare la pena all'interno delle sezioni-nido³¹³. A seconda di come si interpretino, questi dati possono essere ritenuti una prova del successo della normativa, visto il numero contenuto di madri con bambini al seguito, ma anche del suo insuccesso, perché comunque tuttora vi sono minori trattenuti negli ordinari istituti penitenziari³¹⁴.

La presenza di bambini che trascorrono i primi mesi, se non anni, della propria vita, i più decisivi per la loro crescita, in un contesto come quello del carcere rappresenta un grave *vulnus*, tanto più se si considera che, come recentemente testimoniato dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, esistono sezioni che sulla carta sono adibite a nido, ma “*che del nido non hanno davvero nulla*”, con madri e figli che risultano collocati in “*un reparto detentivo classico, talvolta anche in cattive condizioni materiali*”³¹⁵: si tratta di rilievi statistici che risentono della mancata definizione, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, di *standard* strutturali e gestionali che questi spazi dovrebbero soddisfare per essere conformi alle esigenze educative a cui sono preposti. Si deve altresì tenere in considerazione che i nidi di infanzia sono destinati ai bambini di età superiore a tre mesi; questo comporta che fino a quell'età i bambini ospitati negli istituti penitenziari non possono esservi accolti, ma possono accedere solo a servizi “integrativi” o “speciali” (destinati prioritariamente al sostegno alle funzioni genitoriali)³¹⁶.

Sebbene riguardi un basso numero di individui, la gravità del fenomeno dei bambini ristretti continua dunque a sussistere; posto che il condizionamento di elementi di

³¹³ Elaborazione dei dati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – Sezione Statistica, in www.giustizia.it.

³¹⁴ Anna LORENZETTI, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, p. 163.

³¹⁵ GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento del 2018*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, p. 184.

³¹⁶ Settimio MONETINI, *I bambini ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute. Il ruolo dell'amministrazione penitenziaria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, n. 3, p. 96.

natura economica comunque non dovrebbe assumere lo stesso peso dei diritti fondamentali in un'operazione di bilanciamento e che la lesione di diritti non consente distinzioni sulla base del *quantum* dei protagonisti, è in realtà proprio in relazione a queste cifre circoscritte che la mancata risoluzione del fenomeno appare ancora più scandalosa e inaccettabile, dal momento che non sarebbero necessarie allo scopo nemmeno cifre elevate dal punto di vista economico-finanziario³¹⁷.

2. Gli istituti a custodia attenuata per detenute madri

In Italia, alle tradizionali sezioni-nido interne agli istituti penitenziari ordinari si sono recentemente affiancati gli istituti a custodia attenuata per detenute madri, segnando un passaggio fondamentale sotto il profilo dell'accoglienza del minore e del supporto alla genitorialità. L'I.C.A.M., figura ufficializzata per la prima volta con la l. n. 62 del 2011, è una struttura impostata su connotazioni di tipo familiare-comunitario, dotata architettonicamente di sistemi di sicurezza non identificabili dai bambini (assenza di sbarre, ambienti colorati, agenti di polizia penitenziaria in borghese, ecc.)³¹⁸, all'interno della quale si muovono operatori specializzati. I presupposti di un I.C.A.M. sono così riassumibili:

- sostenere le madri, dando loro la possibilità di seguire percorsi di crescita e reinserimento nel tessuto sociale, avvalendosi di tutte le risorse presenti sul territorio;
- garantire ai bambini il contatto con il mondo esterno, accompagnandoli regolarmente fuori dall'istituto, affinché abbiano tutti gli elementi di stimolo e sollecitazione necessari per un buon percorso di crescita;

³¹⁷ Daniela MONE, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale umana e diritti del bambino*, in *DPER online*, 2017, n. 2, p. 30.

³¹⁸ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 270.

- valorizzare il rapporto madre-bambino, in modo da costruire una relazione quanto più sana possibile, inoltre riavvicinando al nucleo familiare, laddove presente, la figura paterna;
- programmare congiuntamente ai servizi sociali territoriali il percorso e la ricollocazione dei minori quando raggiungono la soglia massima di età, per garantire la continuità del rapporto genitoriale³¹⁹.

La figura della restrizione all'interno di un istituto a custodia attenuata è prevista sia dal codice di procedura penale (art. 285-*bis*) che dall'ordinamento penitenziario (art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*), che ne disciplinano i rispettivi presupposti. Si tratta quindi di una soluzione disponibile tanto in sede cautelare che in fase di esecuzione della pena.

Per quanto attiene al primo aspetto, il legislatore, mostrandosi consapevole dell'oggettiva impossibilità di ricreare all'interno del penitenziario uno spazio di vita "normale" per le detenute con prole, nonché degli effetti devastanti del carcere sullo sviluppo psico-fisico dei bambini reclusi e del genitore, interviene per estendere alla fase cautelare le garanzie a tutela del legame affettivo. La fase cautelare costituisce una porzione del procedimento penale, retta da principi peculiari differenti da quelli che governano la fase dell'esecuzione della pena. Ai sensi dell'art. 27, comma 2, Cost. e come ulteriormente ribadito *ex art.* 1, comma 5, o.p., l'imputato non può essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva: da qui discende che nei confronti del genitore imputato, diversamente da quanto accade nei riguardi di genitori condannati o internati, non sembra possibile attuare alcun trattamento che tenda al reinserimento sociale; dunque, ci si limita ad

³¹⁹ Lia LOMBARDI, *Maternità in carcere. Una ricerca sulla salute riproduttiva delle donne negli istituti a custodia attenuata per madri detenute (ICAM)*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, n. 3, p. 518.

assicurare un trattamento penitenziario conforme a umanità e tale da assicurare il rispetto della vita umana³²⁰.

Nel corso degli anni, soprattutto in quelli più recenti con le modifiche intervenute con la l. n. 62 del 2011, si è assistito a un graduale ampliamento delle forme di tutela del rapporto tra genitore, destinatario di una misura cautelare, e il figlio, in tenera età. Più in particolare, in merito ai criteri di scelta delle misure cautelari, l'art. 275, comma 4, c.p.p., nella versione attuale recita:

“Quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.”

La disposizione sancisce dunque un divieto relativo di custodia cautelare in carcere, avendo infatti previsto la deroga se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Ma anche nelle ipotesi in cui sussistano tali qualificate esigenze cautelari, la novella del 2011 conferisce al giudice il potere di disporre che la custodia cautelare della donna incinta, della madre di prole di età inferiore a sei anni, oppure del padre se la madre è deceduta o assolutamente impossibilitata all'assistenza dei figli, venga eseguita, *ex art. 285-bis c.p.p.*, *“presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano”*.

Gli istituti si configurano come una possibile alternativa al carcere ordinario in presenza delle situazioni che non consentono di applicare una misura extramuraria al genitore; potenzialmente, possono entrarvi sia bambini sottratti alle sezioni-nido,

³²⁰ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 264.

sia minori oltre i tre anni di età, che in precedenza non avrebbero potuto seguire la madre all'interno dell'istituto penitenziario³²¹.

Bisogna però avere premura di evidenziare che alla compatibilità formale dell'età del minore con il collocamento in I.C.A.M., non necessariamente corrisponde un automatico interesse per lo stesso a usufruirne. Inoltre, l'ampliamento normativo del bacino di utenza di tali istituti, generato dall'espansione della fascia di età di bambini che possono favi ingresso, deve confrontarsi con la realtà dei fatti³²². In questo senso, l'innovazione sembra rimasta pressoché lettera morta. Ostacoli pratici causati da risorse culturali e finanziarie insufficienti hanno portato a una limitata diffusione di tali istituti sul territorio nazionale: attualmente se ne contano solo cinque – Venezia-Giudecca, Milano-San Vittore, Torino, Lauro (NA) e Cagliari (quest'ultimo non è al momento attivo) – nemmeno distribuiti equamente in termini geografici e quindi collocati in modo tale da pregiudicare il principio di territorialità dell'esecuzione della pena, scoraggiando anche da questo punto di vista l'applicazione dell'istituto. Impedimenti pratici comportano dunque che gli I.C.A.M., pur costituendo una soluzione più avanzata rispetto alle tradizionali sezioni-nido, non ne riescano a decretare la totale dismissione.

3. L'assistenza all'esterno del figlio

L'esigenza di assicurare la continuità della funzione genitoriale, anche qualora la madre o il padre (in presenza di determinate condizioni) siano ristretti, ha indotto il legislatore del 2001 a offrire la possibilità di assistere all'esterno i figli minori³²³. L'art. 21-*bis*, comma 1, o.p. prevede che “*Le condannate e le internate possono*

³²¹ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 271.

³²² Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 272-273.

³²³ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 250.

essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21". L'istituto nasce con l'intento di prevedere uno spazio temporale del quotidiano del detenuto da dedicare all'esercizio attivo del ruolo genitoriale, così che non sia implicata la dismissione del suo riconoscimento qualora manchino i presupposti per l'accesso all'espiazione della pena in forma extramuraria³²⁴. Infatti, per le caratteristiche del beneficio, che può essere concesso con una certa discrezionalità in funzione dell'andamento del percorso trattamentale, la norma si presenta una sorta di valvola destinata a coprire tutte le situazioni meritevoli di tutela, che tuttavia non rientrano nei presupposti previsti per le altre misure³²⁵.

L'oggetto della tutela non è la convivenza in un ambiente idoneo. L'assistenza all'esterno non risparmia il carcere alla madre, né ammette il bambino a dividerlo con lei. Ma ove concessa, la misura evita che il rapporto tra i due sia confinato entro lo spazio dell'istituto penitenziario: il figlio, lasciato nel mondo libero, può ricevere le cure materne con una continuità che non viene garantita dagli strumenti tradizionali (quali colloqui e permessi) preordinati al mantenimento delle relazioni affettive in regime ordinario³²⁶.

L'ambito tematico – come espressamente indicato dalla disposizione e come si evince dalla sua collocazione sistematica – è quello del “lavoro all'esterno” alla cui disciplina si rinvia in termini di compatibilità: “*si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'art. 21, in quanto compatibili*” (art. 21-bis, comma 2, o.p.). È evidente il parallelismo, frutto dell'orientamento culturale sottostante, condotto tra il compimento dei doveri di cura e assistenza genitoriale, e l'impegno lavorativo esterno, quale momento essenziale del trattamento teso alla

³²⁴ Marilena COLAMUSSI, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, n. 2, p. 509.

³²⁵ Maria Grazia GIAMMARINARO, *La tutela del rapporto fra detenute e figli minori: alcune riflessioni*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2001, n. 2, p. 327.

³²⁶ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 241-242.

responsabilizzazione, alla rieducazione e al reinserimento sociale del detenuto³²⁷. Alcune criticità emergono in questo senso dal contrasto tra la *ratio* del beneficio, riconducibile all'esigenza di apprestare cura e assistenza ai figli minori di dieci anni, e la valenza rieducativa da cui è caratterizzato l'istituto, dal momento che ai compiti di cura e assistenza è attribuito lo stesso valore e la medesima potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa.

Quanto ai presupposti, l'art. 21-*bis* o.p. rinvia all'art. 21 o.p., che prevede che per ciascun condannato o internato il provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno diviene esecutivo dopo l'approvazione del magistrato di sorveglianza. Tale previsione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 48 reg.esec.o.p., ai sensi del quale affinché il genitore detenuto possa essere ammesso all'assistenza all'esterno, è necessario che tale possibilità sia prevista nel programma di trattamento; solo in tale ipotesi, infatti, il direttore dell'istituto può disporre la misura e rivolgere la proposta all'autorità giudiziaria, che la valuterà attenendosi a una serie di parametri (il tipo di reato commesso, la durata della pena, il *quantum* di pena ancora da espiare, ecc.), tra cui spicca in particolare il pericolo che l'ammesso ad assistere all'esterno i figli minori possa commettere ulteriori reati.

L'art. 21 o.p. prevede ulteriori preclusioni, che prescindono dal concreto percorso trattamentale, e che riguardano i condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. e i condannati all'ergastolo, i quali possono essere assegnati al lavoro extramurario (e dunque ammessi all'assistenza all'esterno) soltanto dopo avere espiato una frazione di pena, fissata a un terzo per i primi o nel minimo di dieci anni per i secondi. Prima del decorso di tali termini ogni ulteriore valutazione è inibita, a meno che non collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p. La Corte costituzionale (sent. n. 174 del 2018) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* o.p., nella parte in cui, attraverso il rinvio alla precedente

³²⁷ Marilena COLAMUSSI, *Bisogni e diritti delle donne detenute*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 276.

disposizione sul lavoro esterno di cui all'art. 21 o.p., con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p., non consentiva l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, ovvero lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-*ter* o.p. Il controsenso di applicare tale preclusione nell'ambito dell'assistenza all'esterno era evidente: il genitore, per poter accedere a una misura che ambisce ad assicurare la continuità della funzione genitoriale, doveva prima attraversare un momento di interruzione della stessa³²⁸. Inoltre, un accesso subordinato alla previa espiazione di una parte predeterminata della sanzione inflitta appariva contrastante con il superiore interesse del minore, comportando la soccombenza a priori delle sue esigenze di fronte alle contrapposte istanze sottese alla carcerazione materna³²⁹. Nei confronti degli ergastolani la preclusione era particolarmente discriminatoria, in quanto il decorso del termine decennale, richiesto per poter essere ammessi all'assistenza all'esterno, coincide con il limite di fruizione della misura rappresentato dal raggiungimento del decimo anno di età del figlio, così precludendo l'accesso in concreto alla stessa, ad eccezione delle gravidanze iniziate durante l'esecuzione dell'ergastolo.

Rispetto al limite di età dei figli, è bene anticipare che la misura può essere applicata anche al raggiungimento del decimo anno di età, ma solo in sede di conversione della detenzione domiciliare speciale e sempre che sussistano le condizioni prescritte *ex art. 47-quinquies*, comma 8, lett. b), o.p.³³⁰.

La misura dell'assistenza all'esterno è prevista in termini suppletivi anche in favore del padre detenuto, qualora la madre sia deceduta o impossibilitata e non risulti altra

³²⁸ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento*, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 251.

³²⁹ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 245.

³³⁰ V. *infra*, B), § 2.

persona a cui poter affidare la prole (art. 21-*ter*, comma 3, o.p.). Tale previsione normativa suscita alcune criticità, in quanto se già opinabile la scelta legislativa di assegnare un ruolo primario alla madre nella cura e nell'assistenza del figlio, ancora più difficilmente giustificabile appare l'aver stabilito che il padre detenuto possa accedere all'istituto dell'assistenza all'esterno dei figli soltanto laddove altri soggetti terzi non possano provvedervi³³¹.

4. Le visite al figlio infermo o al figlio affetto da *handicap* grave

La l. n. 62 del 2011 introduce il “diritto di visita” al minore infermo da parte della madre detenuta (imputata, condannata o internata), esteso anche al padre nel medesimo *status*, secondo la previsione di cui all'art. 21-*ter* o.p., che ne definisce gli spazi di operatività destinati a essere ampliati tanto nella rubrica quanto nei contenuti, a seguito della l. n. 47 del 2015.

La norma è articolata su due commi, che si differenziano per l'ambito di operatività.

A) L'art. 21-*ter*, comma 1, o.p. introduce innanzitutto la possibilità di rendere *visite al figlio* in presenza di uno dei seguenti requisiti soggettivi:

- a) il figlio è minorenne ed è in imminente pericolo di vita o in gravi condizioni di salute;
- b) il figlio è affetto da *handicap* grave³³².

Ad essere autorizzato alla visita è il genitore detenuto qualunque sia la sua posizione giuridica (indagato, imputato, condannato o internato) e senza distinzione nella priorità all'accesso all'istituto tra madre e padre (“*la madre [...] ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre*”): tale equiparazione, unica in materia, si spiega alla luce del fatto che la misura è diretta a consentire la presenza del genitore in momenti caratterizzati da particolare gravità.

³³¹ V. Parte terza, Cap. II, § 2.

³³² Riferimento aggiunto con la l. n. 47 del 2015.

Il principale profilo problematico che desta la norma è in tema di competenza sul rilascio all'autorizzazione, che, discostandosi dall'ordinario riparto, è riconosciuta in via esclusiva al magistrato di sorveglianza, non rilevando la posizione giuridica dell'interessato: sorgono perplessità in relazione agli indagati e agli imputati, in quanto per il magistrato di sorveglianza sarà difficile valutare le esigenze cautelari che hanno determinato l'adozione di provvedimenti coercitivi nei loro confronti e quindi anche le misure da adottarsi con il provvedimento autorizzativo. Emerge dunque la mancanza di considerazione dell'autorità giurisdizionale competente, che non è coinvolta nemmeno a titolo di opportuna consultazione. È stato inoltre previsto che, "*in caso di assoluta urgenza*", la competenza spetti al direttore dell'istituto, senza però alcun riferimento a una successiva convalida da parte del magistrato di sorveglianza.

Nessuna indicazione viene fornita in ordine al procedimento mediante il quale viene autorizzata la visita al minore. La disposizione tace in relazione al numero di viste effettuabili, alla loro durata o alla loro frequenza; solo con riferimento all'ipotesi di ricovero ospedaliero si precisa che "*le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata e del decorso della patologia*".

B) L'art. 21-ter, comma 2, o.p. disciplina invece la più specifica ipotesi di *assistenza durante le visite specialistiche del figlio*, che si presenta alternativamente quando:

- a) il figlio è minore di dieci anni;
- b) il figlio è affetto da *handicap grave*³³³.

L'aver fissato la soglia di età dei dieci anni suscita perplessità, essendo evidente che l'assistenza del genitore durante una visita specialistica possa giovare in egual misura anche al minore avente un'età compresa tra i dieci e diciotto anni³³⁴.

³³³ Riferimento aggiunto con la l. n. 47 del 2015.

³³⁴ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 252.

Ritorna poi qui nuovamente a configurarsi una differenziazione tra la posizione tra madre e padre, essendo a quest'ultimo concessa l'uscita dall'istituto ai fini stabiliti solo in posizione suppletiva, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

La competenza sull'autorizzazione è invece in questo caso più propriamente ripartita tra l'autorità giurisdizionale competente, qualora la persona sia indagata o imputata, e il magistrato di sorveglianza, che interviene invece in caso di persona condannata o internata.

La norma è stata oggetto di una recente manipolazione ad opera della l. n. 47 del 2015, che, oltre a elidere il riferimento al limite di età per la visita o l'assistenza quando il figlio è affetto da *handicap* gravi, ha esteso l'istituto anche al coniuge e al convivente affetto da *handicap* grave.

L'istituto, a prima vista, si configura come un permesso di necessità³³⁵, dalla cui disciplina trae ispirazione, utile a garantire l'assistenza affettiva e psicologica al figlio. Presto, tuttavia, si rivela quale duplicazione della normativa all'art. 30 o.p., determinando l'insorgere di problemi sul terreno applicativo.

B) L'ESECUZIONE DELLA PENA IN REGIME EXTRAMURARIO

1. La detenzione domiciliare “ordinaria”. – 1.1. La detenzione domiciliare “umanitaria”. – 2. La detenzione domiciliare “speciale”. – 3. Le case famiglia protette.

1. La detenzione domiciliare “ordinaria”

Il novero degli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico a tutela dei genitori detenuti è stato arricchito dalle misure alternative alla detenzione e, in particolare, dalla detenzione domiciliare. Nel sistema normativo vigente sono rinvenibili varie

³³⁵ V. Parte seconda, B), § 3.

figure di detenzione domiciliare che, pur presentando alcuni punti di contatto, si differenziano in ordine ai presupposti applicativi³³⁶.

La l. n. 663 del 1986, più nota come legge “Gozzini”, ha introdotto all’art. 47-ter, comma 1, o.p., l’istituto inedito della detenzione domiciliare ordinaria. Nella versione attuale, frutto di successive correzioni tese ad ampliarne lo spazio di operatività, la disciplina annovera tra i destinatari la donna incinta o la madre di prole di età inferiore a dieci anni, con lei convivente, ove condannata alla pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche quale parte residua di maggior pena, o all’arresto, fatta eccezione per alcune fattispecie criminose. Ai sensi dell’art. 47-ter, comma 1, lett. a), l’istituto consente di spiare la pena:

- nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora o in luogo di pubblica cura, assistenza o accoglienza;
- in case famiglia protette³³⁷.

In seguito alla dichiarazione della Corte costituzionale dell’illegittimità dell’art. 47-ter o.p., nella parte in cui non consentiva anche al detenuto padre, nelle stesse condizioni, di usufruire della detenzione domiciliare quando la madre fosse deceduta o si trovasse nell’assoluta impossibilità di dare assistenza alla prole³³⁸, la legge “Simeone-Saraceni” del 1998 ha interpolato il testo normativo procedendo ad ampliare l’ambito applicativo della detenzione domiciliare anche al padre, seppur con le limitazioni già indicate dalla Consulta e ricorrenti in materia di benefici penitenziari a favore di genitorialità ristretta.

L’istanza di applicazione della misura alternativa è rivolta, qualora la pena detentiva sia già stata iniziata, al tribunale di sorveglianza territorialmente competente oppure al magistrato di sorveglianza, che può disporre l’applicazione provvisoria della detenzione domiciliare qualora vi sia “*un grave pregiudizio*

³³⁶ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento, vol. IX*, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 253.

³³⁷ V. *infra*, § 3.

³³⁸ Corte cost., sent. 215 del 1990, in *www.cortecostituzionale.it* [v. Parte terza, Cap. II, § 1].

derivante dallo stato di detenzione". Nel caso in cui il tribunale disponga la misura, deve determinarne le modalità di svolgimento, secondo quanto previsto dall'art. 284 c.p.p. in materia di arresti domiciliari, rivelando così la comune struttura che connota i due istituti.

Con peculiare riguardo alle modalità di controllo sul rispetto delle prescrizioni imposte, oltre a quelle "tradizionali" demandate al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria, il legislatore del 2013 ha aggiunto nel *corpus* della legge penitenziaria l'art. 58-*quinquies*, rubricato "Particolari modalità di controllo nell'esecuzione della detenzione domiciliare". Nello specifico, è prevista la possibilità di adottare procedure di controllo "*anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici*", vale a dire l'utilizzo del cd. braccialetto elettronico. L'applicazione di tali strumenti è subordinata alla manifestazione del consenso da parte del soggetto interessato, che deve dichiararlo espressamente.

La revoca della detenzione domiciliare è disposta:

- qualora la donna incinta o la madre di prole inferiore a dieci anni, nonché il padre, tengano un comportamento contrario alla legge o alle prescrizioni dettate che appaia incompatibile con la prosecuzione della misura; la violazione deve essere tale da rivelare l'inopportunità o l'impossibilità dell'esecuzione della pena in regime di detenzione domiciliare (ad esempio, il detenuto domiciliare è responsabile di un nuovo reato)³³⁹;
- qualora vengano meno le condizioni che hanno legittimato l'adozione della misura (ad esempio, il figlio ha raggiunto il decimo anno di età);
- qualora sopraggiunga una condanna per il delitto di evasione *ex art.* 385 c.p.

Quanto, invece, alla sospensione della detenzione domiciliare ordinaria, gli artt. 51-*bis* e 51-*ter* o.p., aggiunti dalla legge "Gozzini" del 1986, contengono una duplice ipotesi: la sospensione causata dalla sopravvenienza di nuovi titoli di privazione

³³⁹ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 256.

della libertà che comportano il superamento dei limiti edittali previsti per la concessione della misura e la sospensione cautelativa della misura qualora l'ammesso ponga in essere comportamenti tali da determinarne la revoca.

1.1. La detenzione domiciliare “umanitaria”

Un'ulteriore forma di detenzione domiciliare, volta a tutelare la genitorialità avendo al contempo cura di assicurare l'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato, è disciplinata dall'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p., aggiunto dalla legge “Simeone-Saraceni” del 1998: ai sensi di tale disposizione, quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena, anche se la pena supera il limite edittale previsto per la detenzione domiciliare ordinaria, si può applicare la detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata, che può essere prorogato (senza altro vincolo di numero e di durata); è aggiunta la specificazione che, durante l'esecuzione della detenzione domiciliare, prosegue l'esecuzione della pena.

Si tratta dunque di una misura i cui presupposti sono gli stessi stabiliti dal codice penale per il differimento dell'esecuzione della pena (artt. 146 e 147 c.p.), ma con i contenuti che l'ordinamento penitenziario attribuisce alla misura alternativa della detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-ter, o.p.)³⁴⁰.

Il possibile ricorso alla detenzione domiciliare in luogo del rinvio dell'esecuzione consente di colmare una lacuna insita nel tessuto normativo previgente, a causa della quale, in presenza dei presupposti applicativi del rinvio dell'esecuzione, si imponeva all'interprete una netta alternativa tra l'esecuzione della pena all'interno dell'istituto e la libertà senza alcun vincolo³⁴¹. La nuova previsione si configura come idonea a conciliare, da un lato, le istanze di effettività dell'espiazione della

³⁴⁰ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 211.

³⁴¹ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 256.

pena e, dall'altro, la garanzia che l'esecuzione avvenga “*mediante forme compatibili con il senso di umanità*”³⁴², rendendo fruibile la detenzione domiciliare umanitaria alle categorie di soggetti richiamate dagli artt. 146 e 147 c.p. qualora sussistano condizioni soggettive, inerenti alla persona condannata, che non ne consentano la libertà – seppur temporanea – che discenderebbe dall'applicazione del rinvio dell'esecuzione.

Desta tuttavia perplessità la mancata indicazione, da parte del legislatore, dei criteri che dovrebbero guidare il tribunale di sorveglianza nella scelta tra il differimento e l'applicazione della detenzione domiciliare, essendovi sostanziale omogeneità tra le condizioni che rendono fruibili i due istituti. Seppure in assenza di parametri normativi predeterminati, e nonostante la disciplina assicuri in capo al tribunale di sorveglianza un margine di apprezzamento nella decisione, la tendenza oggi è quella di preferire la concessione della detenzione domiciliare umanitaria, relegando il rinvio dell'esecuzione a un ruolo marginale: tale soluzione, oltre a soddisfare esigenze di difesa sociale, assicura che la potestà punitiva dello Stato sia esercitata³⁴³. A tale proposito, è possibile mettere in luce l'evidenza che, al di là dei vantaggi che possono derivare da questa nuova *species* di detenzione domiciliare, la stessa appare sintomo della logica dell'ineffettività della sanzione penale, che in modalità *infra* o *extramuraria* è comunque da scontare³⁴⁴.

2. La detenzione domiciliare “speciale”

Ulteriore categoria di detenzione domiciliare tesa a eliminare il fenomeno della carcerazione dei minori figli di detenuti è stabilita con la l. n. 40 del 2001, che ha

³⁴² Cass. pen., Sez. I, sent. n. 6952 del 2000, in *www.cortedicassazione.it*.

³⁴³ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento, vol. IX*, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 256.

³⁴⁴ Davide BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di Massimo Pavarini*, II ed., Bononia University Press, Bologna, 2021, pp. 159-160.

interpolato l'ordinamento penitenziario introducendo l'art. 47-*quinquies* o.p. La detenzione domiciliare speciale si configura come uno strumento a elevata duttilità, introdotto per salvaguardare quelle situazioni esulanti dall'ambito applicativo delle norme già operanti in materia. Nello specifico, si tratta di una forma derogatoria e integrativa della disciplina generale dettata per la detenzione domiciliare ordinaria³⁴⁵: l'art. 47-*quinquies* o.p. prevede infatti l'applicazione della misura nei confronti delle condannate madri di prole di età inferiore a dieci anni “*quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47-ter*”.

Come presupposto di natura oggettiva ai fini della concessione della misura, la persona deve essere stata condannata a una pena detentiva che superi i quattro anni e avere espiato almeno un terzo della pena o quindici anni nel caso di ergastolo. La richiesta di soglie edittali così elevate sembra rivelare l'intenzione del legislatore di favorire il ricorso a tale misura alternativa in presenza di pene detentive di durata medio-lunga³⁴⁶: la detenzione domiciliare speciale viene infatti introdotta per impedire che la gravosità della pena sia inevitabilmente causa di un'interruzione dilatata nel tempo della convivenza dei figli minori³⁴⁷ e per evitare che questi ultimi siano “*eccessivamente penalizzati [...] in riferimento alla gravità dei reati commessi ed alla quantità di pena già espiata*”³⁴⁸.

Presupposti invece di natura soggettiva riguardano l'assenza del concreto pericolo di reiterazione di altri delitti e la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli. In merito al primo requisito, problematica appare la condizione legata al giudizio prognostico volto a verificare in negativo il rischio di recidiva qualificata, poiché si presta difficilmente a essere tipizzata e rischia di costituire un fattore di

³⁴⁵ Carlo FIORIO, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 4, p. 2449.

³⁴⁶ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento, vol. IX*, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 259.

³⁴⁷ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 211.

³⁴⁸ Corte Cost., sent. n. 177 del 2009, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 2.2.

discriminazione³⁴⁹: preme rilevare che, dal momento in cui non vengono indicati i criteri sulla base dei quali accertare il pericolo, l'autorità giudiziaria competente sarà chiamata a valutare l'opportunità di concedere o meno la misura in esame in modo non discrezionale, ma arbitrario e incontrollato, dando per scontato che disponga di informazioni sufficientemente articolate e approfondite sulla situazione materiale ed affettiva del minore e sul suo rapporto con la madre.

Per quanto concerne invece il secondo requisito, l'elemento della prospettiva del "ripristino" della convivenza con la prole acquista una peculiare rilevanza poiché tradisce il fatto che la detenzione domiciliare speciale nasce per favorire il recupero della comunanza di vita tra genitore e minore, senza però evitarne *tout court* l'interruzione³⁵⁰.

Con riguardo alle modalità esecutive, l'art. 47-*quinquies* o.p. prevede come luoghi in cui espiare la pena in regime extracarcerario la propria abitazione o altro luogo di privata dimora o luogo di cura, assistenza o accoglienza.

Oltre al rinvio alla disciplina operativa degli arresti domiciliari (art. 284, comma 2, c.p.p.), la disposizione statuisce l'onere per il tribunale di sorveglianza di precisare il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del proprio domicilio e di dettare le prescrizioni relative agli interventi del servizio sociale che assolvono a una funzione di controllo sulla condotta tenuta dalla persona condannata.

La detenzione domiciliare speciale è estesa anche al padre detenuto, che però subentra solo in termini davvero residuali, quando non siano disponibili soggetti terzi all'ambiente familiare in senso stretto: il beneficio si applica infatti solo "*se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare ad altri la prole che al padre*". I dubbi di legittimità costituzionale di tale locuzione si sono concentrati, in modo particolare, sulla postergazione del padre ad altri soggetti, non

³⁴⁹ Carlo FIORIO, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 4, p. 2450.

³⁵⁰ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 219-220.

necessariamente compresi nel consorzio familiare³⁵¹. Si può rilevare la differenza sussistente in questo senso tra la disciplina dettata per la detenzione domiciliare ordinaria e quella operativa in tema di detenzione domiciliare speciale: nel testo dell'art. 47-*ter*, comma 1, lett. b) o.p., il ricorso al sintagma “assoluta impossibilità” materna per la concessione della misura incide sugli elementi oggettivi della circostanza impeditiva; l'art. 47-*quinquies*, comma 7, o.p., al contrario, incide sulla soggettività del condannato, individuando una *deminutio* del padre rispetto anche a terzi³⁵².

La revoca della misura alternativa ripete sostanzialmente i presupposti contemplati con riguardo alla detenzione domiciliare ordinaria: si configurano cause estintive del regime extramurario il comportamento contrario alla legge o ad altre prescrizioni dettate, che costituiscono spia dell'incompatibilità con la prosecuzione della misura, senza però prevedere la revoca qualora vengano a meno le condizioni legittimanti, consentendone piuttosto la proroga. La proroga è una misura mediante la quale il legislatore tenta di scongiurare il rientro in carcere della condannata madre, estendendo l'ambito della detenzione domiciliare speciale anche oltre il compimento del decimo anno di vita del bambino³⁵³, cosicché possa essere accompagnato “*nel delicato passaggio dall'infanzia all'adolescenza*”³⁵⁴.

Al compimento del decimo anno di età del figlio, l'art. 47-*quinquies* prevede una duplice opzione: se ricorrono i requisiti per l'applicazione della semilibertà (v. art. 50, commi 2, 3 e 5, o.p.) la proroga della detenzione domiciliare speciale, onde evitare che l'interruzione della convivenza e il conseguente distacco affettivo del

³⁵¹ V. Parte Terza, Cap. II, § 1.

³⁵² Carlo FIORIO, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 4, p. 2452.

³⁵³ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 211.

³⁵⁴ Massimo RUARO, *Detenzione domiciliare speciale per detenute madri*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 gennaio 2014.

figlio dalla madre vanifichino la *ratio legis*³⁵⁵; in alternativa, è possibile accedere alla conversione della misura dell'assistenza all'esterno *ex art. 21-bis* o.p.

Se è ben evidente la *ratio* della proroga in termini di tutela dello sviluppo psicofisico del figlio, quel che non appare comprensibile è la ragione per la quale le medesime cautele non siano estese anche alla detenzione domiciliare ordinaria³⁵⁶.

La l. n. 62 del 2011, introducendo il comma 1-*bis* all'art. 47-*quinquies* o.p., ha poi previsto la sottrazione della madre al carcere, quantomeno nella sua fisionomia custodiale tradizionale, riconoscendo la possibilità di espiare anche il *quantum* di pena richiesto al primo comma, prodromico all'ammissione alla detenzione domiciliare speciale (un terzo della pena o quindici anni in caso di ergastolo), in una serie di luoghi individuati:

- I.C.A.M.;
- propria abitazione o altro luogo di privata dimora o in un luogo di cura, assistenza o accoglienza;
- case famiglia protette.

Il legislatore del 2011 aveva delimitato la preclusione imposta *a priori* all'accesso al domicilio nella prima fase dell'espiazione, rimediando all'impossibilità per la nuova misura di soccorrere nei casi di pene scontate sotto i limiti edittali previsti, che si rivelavano particolarmente problematici per le ergastolane³⁵⁷, pur non elidendo lo sbarramento per le condanne per i reati più "allarmanti", indicati all'art. 4-*bis* o.p.³⁵⁸. A caducare quest'ultima preclusione è stata la Corte costituzionale nel

³⁵⁵ Marilena COLAMUSSI, *Bisogni e diritti delle donne detenute*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 276.

³⁵⁶ Dalila Mara SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penali*, *Aggiornamento*, vol. IX, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, p. 259.

³⁵⁷ La condizione della previa espiazione di almeno quindici anni riservava la detenzione domiciliare speciale alla sola protezione dei figli concepiti nel corso dell'esecuzione

³⁵⁸ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 220-221.

2017³⁵⁹, che si è espressa sulla necessità di vagliare di volta in volta l'opportunità di concedere il beneficio, ribadendo il divieto di automatismi³⁶⁰.

3. Le case famiglia protette

La l. n. 62 del 2011 incide in termini rilevanti sulle misure alternative alla detenzione, dilatandone il campo applicativo, mediante la previsione che la detenzione domiciliare (ordinaria e speciale) possa essere eseguita anche presso “case famiglia protette”. L'intento encomiabile è quello di incrementare i luoghi dove garantire l'esecuzione della detenzione domiciliare, evitando così l'ingresso in carcere di quei genitori, con bambini al seguito, privi di qualsiasi disponibilità abitativa, oppure provvisti di un domicilio inadeguato³⁶¹, con la consapevolezza che per il bacino di utenza di cui il sistema di giustizia penale si interessa è frequente il versare in condizioni di disagio economico-sociale e il disporre di scarsi riferimenti materiali sul territorio³⁶².

La casa famiglia protetta svolge un ruolo centrale, in quanto consente di accedere alla misura alternativa della detenzione domiciliare anche a persone per le quali tale possibilità sarebbe altrimenti preclusa, rappresentando uno snodo essenziale per l'attuazione delle disposizioni in materia.

Stando all'attuale formulazione del dato normativo, la casa famiglia protetta, pur essendo un ambiente più attrezzato rispetto a un'abitazione privata, non viene individuata come opzione preferenziale per l'esecuzione della pena in regime di detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-*ter*, comma 1, o.p.), limitandosi a essere una mera alternativa. Ancor di più, nell'ipotesi di accesso alla detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, o.p.), la stessa risulta

³⁵⁹ Corte cost., sent. n. 76 del 2017, in *www.cortecostituzionale.it*, “Cons. dir.”, § 2.2.

³⁶⁰ V. Parte terza, Cap. III, § 2.

³⁶¹ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 225-226.

³⁶² Marilena COLAMUSSI, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, n. 2, p. 513.

esplicitamente relegata a un ruolo eventuale, rappresentando l'ultima *ratio* a cui ricorrere solo nelle ipotesi di mancanza di una propria dimora³⁶³.

Il Ministero della giustizia ha definito la struttura organizzativa delle case famiglia protette, specie per quel che concerne i sistemi di sorveglianza e sicurezza, assurgendole a ipotesi custodiali alternative alla detenzione domiciliare presso il proprio domicilio, destinate a trovare applicazione in tutti i casi in cui le esigenze cautelari consentano, ad avviso del giudice, una collocazione *extra moenia* dell'imputata. Le case famiglia protette, ubicate in località prossime ai servizi territoriali, socio-sanitari e ospedalieri, devono essere gestite secondo un modello di vita comunitario, con spazi interni destinati ai colloqui con operatori, familiari, visite mediche, oltre a prevedere servizi igienici e stanze riservate agli uomini. Devono inoltre prevedere spazi da destinare al gioco per i bambini, possibilmente all'aperto, e spazi da destinare agli incontri personali, quali i colloqui³⁶⁴.

Per quanto possa arricchirsi l'elenco normativo dei luoghi potenzialmente idonei all'esecuzione in forma domiciliare della detenzione, diversi dalla propria privata abitazione, è però poi necessario che tale catalogo trovi concreto riscontro nella disponibilità di un'adeguata rete di strutture ricettive distribuite su tutto il territorio nazionale. L'effettività della risposta al problema della permanenza in carcere indotta dalla mancanza materiale di un domicilio dipende dalle risorse messe concretamente in campo. A tal proposito, la l. n. 62 del 2011 prevede la possibilità per il Ministero della giustizia di stipulare accordi con enti locali o enti riconducibili al privato-sociale (che svolgono attività riconducibili al cd. terzo settore), per individuare le strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette, ma senza che ciò comporti nuovi o maggiori oneri per la finanzia pubblica³⁶⁵. Il dato di realtà delle case famiglia protette dice che, al presente, le stesse sono un miraggio

³⁶³ Andrea TOLLIS, *Le case famiglia protette e il "caso milanese"*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 331.

³⁶⁴ D.m. 8 marzo 2013 ("Requisiti delle case famiglie protette"), in *www.giustizia.it*.

³⁶⁵ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 226-228.

e che il legislatore, dunque, pur zelante nell'indicare un rimedio utile, ha dimenticato di renderlo effettivo. Il vuoto finanziario nella legge ha lasciato aperta una porta su qualcosa di nuovo e imprecisato³⁶⁶, che si sta recentemente tentando di colmare. Si può qui far riferimento ad esempio alla proposta della cd. legge Siani, presentata nel 2019, che intendeva incidere sulla mancanza di fondi statali, prevenendo la copertura degli oneri derivanti dalla realizzazione delle case famiglia protette avvalendosi delle disponibilità stanziare presso un apposito fondo istituito nello stato di previsione del Ministero di giustizia dalla coeva legge di bilancio³⁶⁷. Nonostante la proposta di legge non abbia passato il vaglio parlamentare, nel tempo l'Amministrazione penitenziaria ha stipulato due convenzioni relative all'attivazione di case famiglia protette ai sensi della l. n. 62 del 2011: la "Casa di Leda", con sede a Roma, e una seconda struttura con sede a Milano. Entrambe le strutture hanno la capacità ricettiva di 6 adulti e 8 minori e accolgono esclusivamente madri con figli fino ai dieci anni. Inoltre, con la legge di bilancio 2020 è stato istituito un fondo dotato di 1,5 milioni di euro per ciascuno degli anni del triennio successivo (2021-2023), al fine di contribuire all'accoglienza di genitori detenuti con bambini al seguito in case famiglia protette, per promuovere strutture di accoglienza esterne come luoghi più idonei alla corretta socializzazione dei minori rispetto agli I.C.A.M.³⁶⁸.

³⁶⁶ Andrea TOLLIS, *Le case famiglia protette e il "caso milanese"*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 338-339.

³⁶⁷ Damiano ALIPRANDI, *Legge Siani: lo Stato deve finanziare le case-famiglia per detenute madri*, 23 febbraio 2022, in www.ristretti.org.

³⁶⁸ D.m. 12 aprile 2023, in www.giustizia.it.

PARTE TERZA

Spunti comparatistici e prospettive di riforma

CAPITOLO I

Uno sguardo di confronto con altri ordinamenti

1. L'esperienza dei Paesi scandinavi. – 2. L'esperienza della Francia.

1. L'esperienza dei Paesi scandinavi³⁶⁹

In questa sede si intende effettuare uno sforzo di comparazione con gli strumenti preposti alla tutela della genitorialità ristretta in alcune realtà giuridiche europee, al fine di meglio focalizzare quali siano le problematiche e le politiche che accomunano le esperienze carcerarie degli ordinamenti con cui si è scelto di effettuare il raffronto e, rispetto al nostro sistema, quali siano le lacune e quali i punti di forza.

La scelta di utilizzare Paesi scandinavi come contesto di comparazione nasce dall'interesse di acquisire consapevolezza sugli strumenti preposti alla tutela delle relazioni familiari in ambito carcerario all'interno di Stati circondati dalla diffusa convinzione di essere all'avanguardia in termini di sistemi di giustizia penale, condizioni socio-economiche, norme culturali e servizi di *welfare*.

Danimarca, Svezia e Norvegia sono realtà accumulate da densità abitative circoscritte, a cui corrispondono numeri contenuti anche in termini di popolazione ristretta della propria libertà personale. I dati statistici sulla criminalità e sulle pene nei Paesi nordici sono effettivamente buoni, come emerge paragonando i relativi tassi di incarcerazione rispetto al tasso di incarcerazione medio europeo, pari a 108,2 detenuti ogni 100.000 abitanti³⁷⁰. Ad esempio, in Svezia, a fronte di una

³⁶⁹ Non c'è uniformità di vedute rispetto al catalogo dei Paesi che compongono la regione della Scandinavia. Nel presente lavoro di tesi, si è scelto di soffermare l'analisi sul quadro penitenziario di Danimarca, Svezia e Norvegia.

³⁷⁰ Marcelo AEBI, Edoardo COCCO, Lorena MOLNAR, *SPACE I – 2022 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, 2023, Table 3.

popolazione residente libera di circa 10 milioni e 500 mila³⁷¹, la popolazione *in vinculis* al 1° gennaio 2023 contava 8.635 detenuti (compresi i detenuti in attesa di giudizio e i detenuti in custodia cautelare), con un tasso di incarcerazione pari a 81,4. Ancora assai più eclatanti i tassi di incarcerazione presenti in Norvegia (55,6) e Danimarca (69,5), nettamente inferiori rispetto a quello del 95,5 presente in Italia³⁷².

Le scelte dei Paesi scandinavi in materia di politiche punitive, volte al recupero del reo, riflettono la convinzione che la perdita della libertà personale sia già di per sé un intervento afflittivo di entità tale da non richiedere alcun aggravamento ulteriore ai soli fini di puntualizzarne il valore intimidatorio³⁷³. Ciò è dimostrato innanzitutto dal frequente uso di pene detentive molto brevi³⁷⁴ e dal diffuso ricorso a un'ampia gamma di sanzioni alternative alla reclusione, con l'intento di ridurre al massimo quest'ultima³⁷⁵. Qualora la reclusione non possa essere evitata, i Paesi scandinavi conoscono nel loro territorio un numero consistente di strutture carcerarie "aperte", caratterizzate da un controllo inframurario limitato e dalla possibilità durante il giorno di muoversi liberamente in istituto, a cui accedono generalmente persone destinatarie di pene brevi e con un basso tasso di pericolosità sociale (comunque la maggioranza in questi Paesi). È poi da segnalare che Danimarca, Svezia e Norvegia si distinguono nel panorama europeo per gli importi particolarmente elevati che le istituzioni penali spendono quotidianamente per il mantenimento dei detenuti (cd.

³⁷¹ Dato riferito al 2022. Fonte: <https://data.worldbank.org/>.

³⁷² Fonte: *Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison stock on 1st January 2023*, in www.unil.ch/space.

³⁷³ Domenico CELI, *Il modello riabilitativo nel sistema punitivo svedese*, in www.trasgressione.net.

³⁷⁴ Nell'ordinamento italiano il tema delle "pene detentive brevi" è stato oggetto di recente dibattito: in particolare, merita di essere messo in evidenza il nuovo art. 20-bis del codice penale (inserito dal d.lgs. 150 del 2022, cd. riforma Cartabia) che, nell'intento di ridurre i numeri delle presenze nei penitenziari italiani e di modellare un sistema sanzionatorio idoneo a reintegrare i condannati, estende la soglia della pena sostituibile alle pene detentive che il giudice ritiene di dover determinare entro il limite di quattro anni. Il nuovo perimetro delle pene detentive brevi traccia così il confine di una penalità a bassa intensità, nella quale è possibile un'espiazione integralmente extra-carceraria.

³⁷⁵ Hans VON HOFFER, *Punishment and Crime in Scandinavia*, in *Crime and Justice*, 2011, vol. 40, n. 1, p. 90.

costo della reclusione), in sicurezza, assistenza sanitaria, sostegno, programmi di riabilitazione³⁷⁶, nonché per la presenza di diverse associazioni riconducibili al settore del volontariato che, insieme agli enti pubblici, lavorano a stretto contatto con il carcere, nell'intento di integrare e affiancare le tutele necessarie.

(A) Danimarca

In Danimarca, il Consiglio nazionale dei bambini (*Børnerådet*)³⁷⁷ ha sottolineato che l'interesse dei bambini dovrebbe sempre costituire un fattore significativo nella scelta punitiva dei genitori che entrano in conflitto con la legge, dando priorità a soluzioni che limitino la separazione³⁷⁸. Stando a quanto previsto dal codice penale danese, la pronuncia di condanna deve prendere considerazione – per la determinazione del *quantum* di pena e della sua modalità esecutiva – una serie di elementi inerenti alla condizione personale del reo³⁷⁹. Le circostanze familiari non sono esplicitamente menzionate come parametro di bilanciamento, ma la loro valutazione è comunque prassi comune all'interno dei tribunali danesi³⁸⁰.

Nel momento in cui inizia la reclusione di un genitore, il contatto con il proprio figlio è garantito grazie ai permessi e alle visite. A differenza di quanto previsto dal nostro ordinamento penitenziario, in Danimarca ai detenuti è riconosciuto il diritto di uscire dall'istituto per rendere visita ai familiari il terzo *weekend* di ogni mese, sempre che ricorrano determinati presupposti, ma indipendentemente da logiche di necessità o premialità³⁸¹. All'interno dell'istituto invece sono garantite almeno

³⁷⁶ Marcelo AEBI, Edoardo COCCO, Lorena MOLNAR, *SPACE I – 2022 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, 2023, Table 31.

³⁷⁷ Si tratta di un'istituzione politicamente indipendente, nata in conseguenza della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia; rappresenta il difensore civico (*ombudsman*) dei bambini danesi.

³⁷⁸ NATIONAL COUNCIL FOR CHILDREN, *Report to the UN Committee on the Rights of the Child*, in www.boerneraadet.dk, 2005, p. 20.

³⁷⁹ § 80, codice penale danese (*Straffeloven*).

³⁸⁰ Peter SCHARFF SMITH, *Children of imprisoned parents*, in www.childrenofprisoners.eu, 2011, p. 83.

³⁸¹ KRIMINALFORSORGEN, *The Danish Prison and Probation Service – in brief*, in www.prisonstudies.org, p. 9.

quattro visite mensili di minimo un'ora ciascuna³⁸² [contro le sei mensili italiane che però tassativamente non possono sfiorare la durata di un'ora, con aumento derogatorio a due ore nel caso in cui vedano la presenza di un figlio minore di dieci anni]. Gli *standard* qualitativi delle stesse variano di struttura in struttura, ma è comunque possibile constatare che un buon numero di istituti ha conosciuto negli ultimi anni un significativo miglioramento in termini di spazi materiali e di attività da svolgersi durante la visita, quando a renderla è il figlio minore di un genitore. Nonostante in molte carceri la tipica situazione di visita si limiti a trascorre del tempo insieme in una sala visite "asettica", di ostacolo rispetto allo svolgimento di attività significative e stimolanti per i bambini, esistono anche casi di istituti che, per agevolare visite di lunga durata, mettono a disposizione luoghi adibiti per fornire l'opzione di pernottamento alle famiglie oppure che permettono al detenuto di muoversi liberamente insieme alla sua famiglia nelle aree verdi a disposizione. Inoltre, si sta investendo nella formazione del personale di polizia penitenziaria nella gestione della famiglia durante la visita, consapevole del ruolo cruciale che gioca l'atmosfera e la cultura degli operatori in questo delicato momento³⁸³.

In Danimarca, la permanenza dei figli all'interno del carcere è possibile fino al raggiungimento dei tre anni di età. Più precisamente, il detenuto ha diritto di avere con sé in istituto il proprio figlio di età inferiore a un anno, se è ritenuto in grado di prendersene cura; se, in presenza del requisito di idoneità all'accudimento del figlio, le autorità sociali ritengono altresì che nell'istituto sussistano le condizioni di compatibilità ambientale con l'interesse del bambino, il limite di età si innalza a tre anni³⁸⁴. Secondo gli ultimi dati disponibili, tuttavia, al momento non si registra la

³⁸² KRIMINALFORSORGEN, *Information on serving a prison sentence*, in www.kriminalforsorgen.dk, p. 4.

³⁸³ Peter SCHARFF SMITH, *Children of imprisoned parents*, in www.childrenofprisoners.eu, 2011, pp. 119-120.

³⁸⁴ § 54 della l. n. 1333 del 9 dicembre 2019 (*Straffuldbyrdsloven nr. 1333 af 9. December 2019*), in www.retsinformation.dk.

presenza di bambini all'interno delle strutture carcerarie esistenti³⁸⁵. Si sottolinea inoltre la valorizzazione della parità di genere in fase di valutazione del collocamento del bambino nei suoi primi anni di età da parte della legislazione di esecuzione penale danese: facendo genericamente riferimento al “detenuto”, infatti, il bambino, in base al suo superiore interesse, può accompagnare la madre o il padre in carcere, senza che tra le due figure genitoriali sia stabilita una gerarchia.

Un'interessante iniziativa, per alcuni aspetti sovrapponibile al concetto delle case famiglia protette previste dal nostro ordinamento penitenziario, è quella del Centro Engelsborg, una struttura appartenente al servizio penitenziario danese all'interno del quale alcuni detenuti selezionati risiedono insieme a tutto il nucleo familiare. Gli spazi, che possono ospitare cinque famiglie alla volta, sono simili a normali appartamenti; al loro interno, famiglie e bambini ricevono consulenza e assistenza su base individualizzata da terapisti familiari, educatori e assistenti sociali. Introdotto in via sperimentale, il Centro costituisce oggi una componente permanente del programma di reinserimento dei detenuti³⁸⁶.

(B) Svezia

Per quanto attiene alla Svezia, un primo dato di rilievo è rappresentato dal fatto che la durata media della detenzione dei condannati è estremamente bassa rispetto alla media europea, aggirandosi intorno ai 6,3 mesi³⁸⁷. Questo significa che ci sono corrispondentemente meno bambini che sperimentano la detenzione dei genitori: si stima che il numero di bambini separati dai genitori in Svezia si aggiri intorno alle 12.000, contro gli 81.000 in Italia³⁸⁸.

³⁸⁵ Marcelo AEBI, Edoardo COCCO, Lorena MOLNAR, *SPACE I – 2022 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, 2023, Table 2.3.

³⁸⁶ Melanie PAURUS, *International Report on the Conditions of Children of Incarcerated Parents: A Survey of Prison Nurseries*, University of Minnesota, 2017, p. 38.

³⁸⁷ Marcelo AEBI, Edoardo COCCO, Lorena MOLNAR, *SPACE I – 2022 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, aggiornato al 26 giugno 2023, Table 33

³⁸⁸ Il numero stimato di bambini separati da un genitore in carcere è stato calcolato moltiplicando i detenuti del Paese per il tasso medio di genitorialità in Europa, pari a 1.5.

Il sistema penitenziario svedese si regge su un corpo normativo recente, del 2010 (*Fängelselagen*, Swedish Imprisonment Act, n. 610 del 2010), che fornisce le linee guida sull'esecuzione della pena detentiva e su come preparare al meglio i detenuti per il rientro in società, e che si distingue per un'estrema elasticità nell'applicazione degli istituti preposti al mantenimento del contatto con il mondo esterno. Non si rinviene un numero prefissato di visite mensili che il detenuto ha il diritto di ricevere, né un indicatore relativo alla loro frequenza: tali elementi variano a seconda di quanto sia ritenuto più opportuno sulla base di una valutazione individuale che tenga conto delle circostanze del caso concreto, sempre che siano soddisfatti una serie di requisiti previsti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza interna³⁸⁹. Solitamente la durata delle visite accordata non supera le due ore, ma per i familiari e gli affetti che giungono da lontano può estendersi a una mezza o a un'intera giornata. Inoltre, come avviene in Danimarca, anche in Svezia negli istituti penitenziari più strutturati sono presenti spazi adibiti ad appartamenti per permettere alle famiglie di passare tempo insieme per periodi più lunghi³⁹⁰. Qualche indicazione più precisa si rinviene in materia di permessi, che possono essere suddivisi tra "ordinari" e "speciali". I primi rispondono infatti a uno scopo risocializzante rieducativo e sono concessi a condizione che sia stato scontato un quarto della pena (termine al quale è comunque concesso derogare in presenza di specifiche esigenze) e che non sussista il rischio di recidiva o di evasione³⁹¹. I permessi speciali sono invece assimilabili ai permessi di necessità previsti dalla nostra legislazione interna, essendo questi rilasciati per motivi di solidarietà di fronte a situazioni particolarmente dolorose in cui incorra il detenuto³⁹². Estremamente asciutta è la previsione normativa che regola le ipotesi di convivenza inframuraria tra genitore e figlio minore: la legge penitenziaria svedese si limita,

³⁸⁹ Capitolo 7, § 1, Legge penitenziaria (*Fängelselagen*), in www.kriminalvarden.se.

³⁹⁰ KRIMINALVÅRDEN, *Information sheet for Swedish prisoners in the European Union*, in www.euopris.org, p. 2.

³⁹¹ Capitolo 10, § 1, Legge penitenziaria (*Fängelselagen*), in www.kriminalvarden.se.

³⁹² Capitolo 10, § 2, Legge penitenziaria (*Fängelselagen*), in www.kriminalvarden.se.

infatti, a prevedere che al detenuto possa essere permesso di avere il figlio con sé se ciò può essere considerato nel migliore interesse del neonato³⁹³, dopo che il servizio penitenziario abbia previamente consultato e ottenuto il parere del Comitato locale per i servizi sociali (*Från Socialnämnden*)³⁹⁴. Guardando ai lavori preparatori della legge, si rimarca che la scelta di concedere al genitore di portare con sé il proprio figlio deve occupare una posizione residuale: si ritiene che il consenso alla permanenza di un bambino in carcere possa essere coerente con il suo interesse superiore ad esempio “*quando la pena residua del detenuto in carcere è breve o l’espulsione del detenuto è imminente e non vi è alcuna sistemazione alternativa adeguata per il minore*”³⁹⁵.

La disposizione presenta due novità rispetto alla legislazione previgente. *In primis*, è formulata in modo neutrale rispetto al genere, riconoscendo la possibilità di convivenza in istituto con il figlio tanto alle madri quanto ai padri. Un’ulteriore novità emerge in riferimento all’età del minore oltre la quale non è più possibile accedere al diritto: il testo utilizza il termine “neonato” (*spädbarn*), con cui però non ci si riferisce rigorosamente al concetto medico di persona con un’età inferiore ai dodici mesi di vita, ma con cui si intende “*un bambino nei primissimi anni di vita*”³⁹⁶.

(C) Norvegia

L’esecuzione della pena in Norvegia non prevede il coinvolgimento di alcun organo giurisdizionale (non esiste il concetto di magistratura di sorveglianza) ed è quindi interamente gestita da autorità amministrative: a livello centrale, responsabile per l’attuazione delle sentenze penali è la direzione del Servizio correzionale norvegese (*Kriminalomsorgen*, di seguito: SCN), agenzia governativa che opera sotto la direzione del Ministero della giustizia e della pubblica sicurezza. L’attività del SCN

³⁹³ Capitolo 2, § 5, Legge penitenziaria (*Fängelselagen*), in www.kriminalvarden.se.

³⁹⁴ § 11 dell’ordinanza n. 2010 del 2010 (*Fängelseförordning*), in www.riksdagen.se.

³⁹⁵ Disegno di legge [Prop.] n. 135 del 2010, p. 127, in www.regeringen.se.

³⁹⁶ Disegno di legge [Prop.] n. 135 del 2010, p. 127, in www.regeringen.se.

ruota intorno al “principio di normalità” (*normalitetsprinsippet*), con cui si fa riferimento all’idea che la vita in carcere debba assomigliare il più possibile alla vita all’esterno: il concetto di fondo è che la punizione degli autori di reato è già la restrizione della libertà personale, nessun altro diritto può essere revocato e nessuna persona deve scontare la pena in circostanze più severe di quelle che siano strettamente necessarie a garantire la sicurezza della comunità³⁹⁷. Il SCN, nel definire il principio di normalità, specifica che lo stesso può incorrere in limitazioni per motivi di ordine o sicurezza, ma tali limitazioni devono essere argomentate: “*serve un motivo per negare a un condannato i suoi diritti, non per concederli*”³⁹⁸. È certo discutibile la determinazione degli elementi che costituiscono una vita “normale” quando questa deve svolgersi all’interno di un carcere, che non potrà mai essere del tutto speculare alla vita in libertà; tuttavia, esistono in Norvegia sforzi significativi per avvicinare il più possibile queste due versioni della vita, come dimostra ad esempio il carcere di Halden³⁹⁹.

Le fonti normative che regolano la fase dell’espiazione della pena, all’interno o all’esterno del carcere, sono stabilite dalla Legge sull’esecuzione delle sentenze penali (*Straffgjennomføringsloven*, n. 21 del 2001), corpo normativo entrato in vigore nel 2002, e dal regolamento che ad esso si collega (*Forskrift om straffgjennomføring*, n. 183 del 2002)⁴⁰⁰.

Il combinato disposto delle due fonti permette innanzitutto di ricavare alcuni principi e regole operative relative al mantenimento delle relazioni con il mondo esterno, per quanto le previsioni specificamente dedicate alla tutela del contatto genitore-figlio siano piuttosto scarse. Si attribuisce importanza al diritto del

³⁹⁷ § 3.5, Libro bianco (*St.Meld*) n. 37 (2007-2008), elaborato dal Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza, in www.regjeringen.no.

³⁹⁸ KRIMINALOMSORGEN, *About the Norwegian Correctional Service – Principle of normality in the Correctional Service*, in www.kriminalomsorgen.no.

³⁹⁹ Are HØIDAL, *Normality behind the Walls: Examples from Halden prison*, in *Federal Sentencing Reporter*, 2018, vol. 31, n. 1, pp. 58-66 (a cui si rimanda per un approfondimento sull’applicazione del principio di normalità nel carcere di Halden).

⁴⁰⁰ Il regolamento ha conosciuto alcune importanti modifiche nel 2020 in tema di monitoraggio elettronico dei condannati.

bambino di incontrare i propri genitori durante l'esecuzione di una sanzione penale mediante l'istituto delle visite⁴⁰¹, da svolgersi in condizioni sicure e protette⁴⁰² all'interno di spazi appositamente adibiti⁴⁰³. Non esiste un numero legislativamente predeterminato di visite settimanali che i detenuti possono ricevere all'interno dell'istituto, che varia sulla base di quanto previsto dal regolamento delle singole strutture, ma che solitamente si aggira intorno a un'ora a settimana⁴⁰⁴. Come ha sottolineato il Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza nel Libro bianco n. 37 (2007-2008)⁴⁰⁵, una corretta organizzazione degli incontri del detenuto con la famiglia è essenziale: a tal scopo, nelle carceri norvegesi è prevista la presenza di un responsabile per l'assistenza all'infanzia (*barneansvarlig*)⁴⁰⁶ allo scopo di far divenire la pratica delle visite più uniforme e di dotare i familiari di un organo permanente a cui rivolgersi indipendentemente dalla rotazione dei dipendenti⁴⁰⁷. Nello specifico, tale figura si preoccupa di accompagnare i minori nel percorso di incarcerazione del familiare rispondendo alle loro domande e assicurandosi che le visite avvengano in luoghi idonei⁴⁰⁸: il responsabile per l'assistenza all'infanzia deve coordinare il lavoro del SCN in modo da garantire che la prospettiva del minore sia considerata e valorizzata, ponendo l'accento sul suo interesse superiore e riconoscendogli il diritto ad esprimere la sua opinione su questioni che lo

⁴⁰¹ § 3, Legge sull'esecuzione delle sentenze penali (*Straffegjennomføringsloven*), in www.kriminalomsorgen.no.

⁴⁰² § 4C, lett. (d), Legge sull'esecuzione delle sentenze penali (*Straffegjennomføringsloven*), in www.kriminalomsorgen.no.

⁴⁰³ § 31, Legge sull'esecuzione delle sentenze penali (*Straffegjennomføringsloven*), in www.kriminalomsorgen.no.

⁴⁰⁴ § 13.1, Libro bianco (*St.Meld.*) n. 37 (2007-2008), elaborato dal Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza, in www.regjeringen.no.

⁴⁰⁵ I "libri bianchi" al Parlamento (*meldinger til Stortinget*, abbreviati *Meld.St.*) sono documenti redatti quando il Governo desidera sottoporre all'organo legislativo questioni che non richiedono una decisione; tendono ad avere la forma di una relazione sul lavoro svolto in un campo particolare e sulla politica futura.

⁴⁰⁶ Altrettanto rilevante, per quanto meno specifica, è la figura del Difensore civico dei bambini (*Barneombudet*), che controlla che le opinioni dei minori siano ascoltate e i loro diritti rispettati.

⁴⁰⁷ § 13.1, Libro bianco (*St.Meld.*) n. 37 (2007-2008), elaborato dal Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza, in www.regjeringen.no.

⁴⁰⁸ KRIMINALOMSORGEN, *Barneansvarling*, in www.kriminalomsorgen.no.

riguardano direttamente⁴⁰⁹. Si segnala inoltre che diverse carceri offrono una guida a gruppi di padri che stanno scontando una pena detentiva (“*Pappagruppe*”), attraverso programmi sviluppati dal Dipartimento per l’infanzia e l’uguaglianza (*Barne- og likestillingsdepar*), che combinano corsi e giornate di attività in cui i detenuti imparano il gioco e l’attività insieme ai propri figli⁴¹⁰.

Oltre alle visite, il contatto con il mondo esterno dei detenuti avviene attraverso il diritto a una telefonata a settimana della durata di venti minuti (che può essere ascoltata e registrata a discrezione del direttore)⁴¹¹ e attraverso i permessi di uscita dall’istituto. L’ordinamento norvegese conosce tre forme di permesso:

- a) i permessi ordinari (*ordinær permisjon*), che consentono al condannato di uscire per occuparsi di interessi esterni al carcere, come la sua famiglia, allo scopo di facilitare una transizione graduale verso la libertà⁴¹²;
- b) i permessi di breve durata (*korttidspermisjon*), concessi dalle cinque alle sette ore per soddisfare esigenze che, per vari motivi, non sono coperte dal permesso ordinario (ad esempio, per permettere al detenuto di recarsi a una visita medica fissata in una fascia oraria diversa da quella già accordata)⁴¹³;
- c) i permessi di necessità (*velferdspemisjon*), che possono essere ottenuti quando sussistono circostanze speciali e gravi; tra le altre ipotesi, sono concessi se si ritiene che il figlio del detenuto si trovi in una situazione particolarmente difficile e se vi è una comprovata necessità di contatto tra il detenuto e il bambino per porre rimedio alla situazione (in tali ipotesi, bisognerà comunque

⁴⁰⁹ § 1-3, regolamento sull’esecuzione delle pene (*Forskrift om straffegjennomføring*), www.kriminalomsorgen.no.

⁴¹⁰ § 13.2, Libro bianco (*St.Meld.*) n. 37 (2007-2008), elaborato dal Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza, in www.regjeringen.no.

⁴¹¹ MINISTERO DI GIUSTIZIA, *Relazione sulla visita in Norvegia di una delegazione degli stati generali sull’esecuzione penale*, in www.giustizia.it, 2015.

⁴¹² § 33.1, Linee guida per l’applicazione della legge sull’esecuzione delle sentenze (*Retningslinjer til straffegjennomføringsloven*), in www.kriminalomsorgen.no.

⁴¹³ § 33.2.2, Linee guida per l’applicazione della legge sull’esecuzione delle sentenze (*Retningslinjer til straffegjennomføringsloven*), in www.kriminalomsorgen.no.

considerare se le visite e il tempo telefonico possano essere considerati sufficienti come alternativa al permesso di necessità)⁴¹⁴.

L'Associazione per i parenti dei detenuti (*Foreningen for Fangers Pårørende*, FFP) insiste su una maggiore frequenza del contatto tra genitori e figli, ma la legge è chiara nello stabilire che è il bisogno dei bambini a dover costituire il punto di partenza per l'organizzazione dell'interazione: si tratta di un principio importante nell'ottica di impedire ai detenuti di utilizzare deliberatamente i figli per ottenere maggiori benefici durante la loro permanenza in carcere. In questa direzione va la previsione per cui ad approvare il contatto e la sua frequenza è la persona che si prende cura quotidianamente del bambino, in base ai desideri e alle sue esigenze di quest'ultimo⁴¹⁵. L'insufficienza dei contatti forniti dalle opzioni di visite, permessi e telefonate è comunque rilevata anche dal Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza, che sollecita la realizzazione di locali da destinare ad appartamenti che diano la possibilità ai detenuti di visitare e trascorrere la notte con i propri figli e altri familiari stretti per un massimo di due giorni al mese. Alcune strutture⁴¹⁶ già forniscono spazi per l'alloggio dei visitatori, ma il Dipartimento auspica un'espansione significativa di tale opzione. Le norme sulla fruizione degli appartamenti per le visite dei familiari dovranno essere formulate in modo tale da garantire l'ordine e la sicurezza, ma mantenendo altresì la flessibilità necessaria a soddisfare le diverse esigenze delle famiglie.

La Norvegia si differenzia all'interno del panorama europeo per la scelta, nel suo ordinamento, di escludere categoricamente e *a priori* la possibilità per il genitore detenuto di avere accanto a sé il proprio figlio⁴¹⁷: il bambino non può mai entrare

⁴¹⁴ § 33.2.3, Linee guida per l'applicazione della legge sull'esecuzione delle sentenze (*Retningslinjer til straffegjennomføringsloven*), in www.kriminalomsorgen.no.

⁴¹⁵ § 13.1, Libro bianco (*St.Meld.*) n. 37 (2007-2008), elaborato dal Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza, in www.regjeringen.no.

⁴¹⁶ Ad esempio, il carcere di Trondheim o il carcere di Halden.

⁴¹⁷ Marcelo AEBI, Edoardo COCCO, Lorena MOLNAR, *SPACE I – 2022 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, 2023, Table 2.3.

in carcere e viene affidato all'esterno con apposito programma di protezione⁴¹⁸. Se i familiari stretti non possono prendersene cura, il problema di garantire un'adeguata tutela dell'interesse del bambino viene risolto facendo leva sul testo del § 12 della Legge sull'esecuzione delle sentenze; ai sensi della norma, la pena può essere espiata in appositi istituti extracarcerari quando sussistono speciali circostanze, tra le quali la necessità di prendersi cura dei figli⁴¹⁹. Sono a questo scopo istituite le "case di maternità" (*mødrehjem*), strutture destinate *in primis* all'accoglienza delle donne che partoriscono durante l'esecuzione della sentenza penale, ma idonee anche a servire lo scopo della convivenza delle madri con i propri figli nei primi mesi di vita⁴²⁰.

Preme infine rilevare che il SCN, in conformità al principio di normalità, prevede che la pena detentiva possa essere scontata, oltre che negli istituti con livelli di sicurezza alti (carcere "chiuso") o intermedi (carcere "aperto"), presso alloggi transitori (*overgangsbolig*)⁴²¹: si tratta di carceri a bassa sicurezza pensati per l'accoglienza dei detenuti che necessitano di una fase di transizione tra il carcere e la società; al loro interno, i residenti, ritenuti a esiguo rischio di ricaduta e in grado di assumersi responsabilità, conducono la loro normale vita quotidiana, con il vincolo di dover trascorrere una buona parte della giornata (specie le ore notturne) all'interno dell'alloggio transitorio. Su ispirazione dell'esperienza danese del Centro di Engelsborg⁴²², tali alloggi possono essere pensati come spazi in cui

⁴¹⁸ MINISTERO DI GIUSTIZIA, *Relazione sulla visita in Norvegia di una delegazione degli Stati generali sull'esecuzione penale*, in www.giustizia.it, 2015.

⁴¹⁹ § 12.3, Linee guida per l'applicazione della legge sull'esecuzione delle sentenze (*Retningslinjer til straffegjennomføringsloven*), in www.kriminalomsorgen.no.

⁴²⁰ § 11.5.2, Libro bianco (*St.Meld.*) n. 37 (2007-2008), elaborato dal Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza, in www.regjeringen.no.

⁴²¹ § 10, Legge sull'esecuzione delle sentenze penali (*Straffegjennomføringsloven*), in www.kriminalomsorgen.no.

⁴²² V. *infra*, (A).

accogliere residenti, di entrambi i sessi, per permettergli di vivere con la propria famiglia negli ultimi mesi prima della messa in libertà⁴²³.

2. L'esperienza della Francia

La scelta di analizzare la normativa penitenziaria della Francia in materia di genitorialità ristretta nasce da un duplice obiettivo. *In primis*, la somiglianza dell'impostazione del nostro sistema processualpenalistico con quello francese costituisce un interessante punto di partenza per osservare come i due ordinamenti si approcciano al tema e per verificare l'eventuale esistenza di un terreno comune di dibattito. In secondo luogo, tale raffronto sembra acquisire valore aggiunto alla luce del fatto che la creazione di un corpo normativo autonomo nell'ambito del diritto penitenziario francese è recentissima: il Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*) è infatti entrato in vigore solo l'anno scorso, con l'ordinanza n. 478 del 30 marzo 2022 (inerente la parte legislativa) e il decreto n. 479 del 30 marzo 2022 (relativo agli aspetti regolamentari), che hanno raggruppatole, trasponendole, le disposizioni della Legge penitenziaria del 2009 (*Loi pénitentiaire*) e quelle del Codice di procedura penale (*Code de procédure pénale*) relative all'organizzazione degli istituti penitenziari e al regime di detenzione. La codificazione nasce dalla constatazione della dispersione che caratterizzava la normativa inerente alla fase dell'esecuzione della sentenza penale, con l'obiettivo di isolare le specificità del servizio penitenziario, affermando i diritti e gli obblighi delle persone che ad esso sono affidati all'interno di un documento unico, facilmente accessibile⁴²⁴.

Il diritto delle persone detenute al mantenimento dei rapporti con i loro familiari si esercita *in primis* mediante le visite che questi ultimi rendono loro: in Francia, gli imputati possono ricevere visite dai loro familiari (o da altre persone) almeno tre

⁴²³ § 9.13.3, Libro bianco (*St.Meld.*) n. 37 (2007-2008), elaborato dal Ministero di giustizia e di pubblica sicurezza, in www.regjeringen.no.

⁴²⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2022-478 du 30 mars 2022*, in *Journal officiel électronique de la République française*, 2022, n. 0080.

volte alla settimana⁴²⁵, mentre i condannati le ricevono almeno una volta alla settimana⁴²⁶. L'autorità amministrativa può decidere, con provvedimento motivato, di negare, sospendere o revocare un permesso di visita ai familiari di una persona condannata per motivi legati al mantenimento dell'ordine e della sicurezza o alla prevenzione dei reati o qualora risulti che le visite ostacolano il reinserimento della persona condannata⁴²⁷. Il rilascio del permesso di visita può altresì essere negato:

- al membro della famiglia che è stato vittima del reato per il quale la persona imputata o condannata è detenuta;
- al figlio minorenni nell'ipotesi in cui la persona detenuta sia accusata o condannata per un reato aggravato dalla circostanza che il minore ha assistito ai fatti per cui si procede;
- al figlio minorenni di una persona detenuta destinataria di un'ordinanza di sospensione o di ritiro dell'autorità parentale e dei diritti di visita e di alloggio, salvo in caso di decisione giudiziaria successiva che autorizzi espressamente un diritto di visita⁴²⁸.

Il Codice penitenziario francese prevede alcune specificità nelle modalità di svolgimento delle visite da parte dei familiari del ristretto. Già la Legge del 2009 aveva previsto la costruzione, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, di apposite strutture: le unità per le visite familiari (*unités de vie familiale*, di seguito: UVF) e le stanze per le visite intime (*parloirs familiaux*). Si tratta di spazi di cui ogni persona detenuta, a sua richiesta, può beneficiare con cadenza e per una durata che viene fissata tenendo conto della distanza che il visitatore deve percorrere per raggiungere l'istituto penitenziario⁴²⁹. Le UVF sono appartamenti arredati e composti da due o tre stanze, situati dentro il terreno del carcere, ma al di fuori degli spazi di detenzione. I locali sono appositamente progettati per consentire alle

⁴²⁵ Art. L. 341-2, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

⁴²⁶ Art. L. 341-3, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

⁴²⁷ Art. L. 341-7, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

⁴²⁸ Art. R. 341-2, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

⁴²⁹ Art. L. 341-8, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

persone detenute di ricevere i loro familiari senza sorveglianza continua e diretta da parte della polizia penitenziaria, per un periodo compreso tra le sei e le settantadue ore⁴³⁰. Al momento, le UVF sono presenti in 59 istituti penitenziari (sui 187 totali presenti in Francia)⁴³¹. Le stanze per le visite intime perseguono il medesimo obiettivo delle UVF: sono spazi dedicati allo svolgimento dei colloqui, progettati appositamente per consentire alle persone ristrette di ricevere, senza sorveglianza continua e diretta, visite dai familiari maggiorenni o dai figli minorenni accompagnati, per un periodo massimo di sei ore durante la parte diurna della giornata⁴³². Ad oggi, ne sono provvisti 38 istituti penitenziari⁴³³.

Le disposizioni in materia di corrispondenza non presentano tratti di particolare rilievo: i detenuti possono corrispondere in forma scritta, con qualsiasi persona e senza restrizioni in termini di frequenza, o mediante comunicazioni telefoniche, effettuate da apposite postazioni messe a disposizione dell'istituto⁴³⁴.

Specificamente ai fini del mantenimento dei legami familiari, il Codice di procedura penale francese prevede, all'art. D. 143, che le persone condannate reclusi nelle case circondariali (*maisons d'arrêt*) possano beneficiare di permessi di uscita di una durata massima di tre giorni, quando ricorre una delle seguenti condizioni:

- 1) il condannato esegue una o più pene detentive per un periodo totale non superiore ad un anno;
- 2) il condannato ha eseguito la metà della pena e deve subire soltanto un periodo di detenzione inferiore a tre anni;
- 3) il magistrato o il tribunale di sorveglianza subordinano la concessione della liberazione condizionale alla condizione di aver beneficiato di uno o più permessi di uscita.

⁴³⁰ Art. R. 314-16, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

⁴³¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La prise en charge en détention*, in www.justice.gouv.fr.

⁴³² Art. R. 314-15, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

⁴³³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La prise en charge en détention*, in www.justice.gouv.fr.

⁴³⁴ Art. R. 345-4, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

Le persone condannate incarcerate nelle case di reclusione (*centres de détention*) possono invece beneficiare dei permessi di uscita previsti dall'art. D. 143 quando hanno eseguito un terzo della loro pena. La durata di tali permessi è di cinque giorni e, una volta all'anno, di dieci giorni. Permessi di uscita di una durata massima di tre giorni possono essere inoltre concessi, in occasione della malattia grave o del decesso di un familiare stretto o della nascita del figlio, alle persone condannate a una o più pene detentive di una durata totale non superiore a cinque anni e alle persone condannate a una o più pene detentive di una durata totale superiore a cinque anni quando hanno eseguito la metà della loro pena⁴³⁵.

A trattare per la prima volta la questione relativa alle detenute madri che entrano in carcere accompagnate dai propri figli è stata la Legge penitenziaria del 2009, all'interno di una disposizione poi trasposta dall'ordinanza n. 478 del 30 marzo 2022 all'art. L. 216-2 del Codice penitenziario: la norma prevede che l'istituto penitenziario e il dipartimento⁴³⁶ debbano stipulare una convenzione per definire le modalità di accompagnamento delle madri detenute con i loro figli, inserendo nel dispositivo la possibilità per i bambini di uscire regolarmente dall'istituto allo scopo di permettere la loro socializzazione.

Il decreto n. 479 del 30 marzo 2022 ha trasposto le disposizioni regolamentari dal Codice di procedura penale al Codice penitenziario, dedicando un'intera sezione alla "Presa in carico delle madri detenute che vivono insieme ai loro figli"⁴³⁷. In Francia, i bambini possono vivere insieme alle madri fino all'età di diciotto mesi, sempre se tale permanenza è ritenuta nel loro migliore interesse: per adempiere alla previsione per cui "*le detenute in stato di gravidanza e le detenute che hanno portato i figli con loro devono godere di condizioni di detenzione adeguate*"⁴³⁸, sono state introdotte in alcuni istituti penitenziari le "unità nido" (*unités nurserie*,

⁴³⁵ Art. D. 143-5, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

⁴³⁶ Il dipartimento francese (*département*) è una circoscrizione territoriale intermedia tra la regione e l'*arrondissement* (il quale, a sua volta, si divide in comuni).

⁴³⁷ *Partie réglementaire*, Libro II, Titolo I, Capitolo VI, Sezione 5.

⁴³⁸ Art. D. 216-21, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

di seguito: UN)⁴³⁹. I dati raccolti dalla Direzione dell'Amministrazione penitenziaria francese constatano poi che solo il 3,5% delle donne detenute sono autorizzate a tenere con sé il minore nelle UV⁴⁴⁰, che attualmente ospitano 21 bambini, secondo quanto rilevato dalle statistiche del Consiglio d'Europa⁴⁴¹. Il raffronto tra le varie UN fa emergere una forte disomogeneità, riassumibile e schematizzabile contrapponendo due principali situazioni: l'accoglienza delle madri con i bambini può avvenire in apposite sezioni (*quartiers nurserie*), oppure all'interno di singole celle (*cellules mère-enfants*), appositamente dedicate ma comunque immerse nel contesto detentivo ordinario, nelle quali svanisce ogni dimensione di spazio collettivo e si condannano le madri e i bambini a un enorme isolamento sociale⁴⁴².

Le tutele da adottarsi durante lo svolgimento del soggiorno del minore presso la madre detenuta sono stabilite dall'Amministrazione penitenziaria, in concerto con i servizi competenti in materia di infanzia e famiglia e con gli altri titolari della responsabilità genitoriale⁴⁴³. Su richiesta della madre, il limite di età di diciotto mesi può essere prorogato da una decisione del Direttore interregionale dei servizi penitenziari (*Directeur interregional des services pénitentiaires*) territorialmente competente, previo parere di una commissione consultiva⁴⁴⁴. Prima di esprimersi, la commissione ascolta il difensore della madre detenuta e, se possibile, il padre del bambino⁴⁴⁵. È inoltre previsto che nei dodici mesi che seguono l'allontanamento

⁴³⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La prise en charge en détention*, in www.justice.gouv.fr.

⁴⁴⁰ Natacha BORGEAUD-GARCIANDÌA, *Nurseries pénitentiaires*, in *Déviance et société*, 2022, vol 46, n. 4, p. 461.

⁴⁴¹ Marcelo AEBI, Edoardo COCCO, Lorena MOLNAR, *SPACE I – 2022 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, aggiornato al 26 giugno 2023, Table 2.3.

⁴⁴² Natacha BORGEAUD-GARCIANDÌA, *Nurseries pénitentiaires*, in *Déviance et société*, 2022, vol 46, n. 4, p. 455.

⁴⁴³ Art. D. 216-22, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁴⁴ La commissione consultiva è composta, oltre che dal Direttore interregionale dei servizi penitenziari, da altri esperti, nominati dallo stesso per un periodo di due anni (rinnovabili), in campi quali la psichiatria, la psicologia o la pediatria.

⁴⁴⁵ Art. D. 216-23, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

del bambino a causa del raggiungimento del diciottesimo mese di età, lo stesso possa essere ammesso a soggiornare nuovamente per brevi periodi presso la madre detenuta⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ Art. D. 216-22, Codice penitenziario (*Code pénitentiaire*), in www.legifrance.gouv.fr.

CAPITOLO II

Le genitorialità ristrette atipiche

1. Il padre detenuto. – 2. Il genitore LGBT+. – 3. Il genitore straniero.

1. Il padre detenuto

Come già evidenziato a più riprese nel corso della presente trattazione, nel nostro ordinamento penitenziario l'accesso agli istituti preposti alla tutela della relazione tra il bambino e il genitore, quando quest'ultimo è destinatario di una misura limitativa della sua libertà personale, vede la figura paterna coinvolta solo in via subordinata. Particolarmente esemplificative del ruolo secondario rivestito dal padre sono le disposizioni in materia di accesso alle misure alternative della detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-ter o.p.) e speciale (art. 47-quinquies o.p.). Nell'introdurre la misura alternativa della detenzione domiciliare ordinaria, la legge Gozzini del 1986 non annoverava tra i potenziali beneficiari della misura il padre detenuto. La Corte costituzionale, tuttavia, con la sent. 215 del 1990, ha dichiarato illegittimo l'art. 47-ter, comma 1, o.p., nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare potesse essere concessa anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole di età inferiore a dieci anni: ciò in considerazione dei principi sanciti dagli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., che riconoscono l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, il diritto e il dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i propri figli, nonché il primario interesse alla protezione dell'infanzia, dal quale discende che ciascun genitore è custode e garante del legame familiare. Quanto statuito dalla Corte è stato recepito dal legislatore solo con la legge "Simeone-Saraceni" del 1998, che inserendo la lett. b) all'art. 47-ter, comma 1, o.p. ha ricalcato il dispositivo della pronuncia e ha quindi incluso tra i potenziali beneficiari anche il padre di figlio infradecenne, appunto "*quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente*

impossibilitata a dare assistenza alla prole". La locuzione si presta ad essere esaminata sotto un duplice profilo di criticità.

A) *In primis*, la lett. b) dell'art. 47-ter o.p. si rivela problematica in termini di chiarezza espositiva, poiché non esplicita in alcun modo le circostanze che rendono la madre nella condizione di essere "assolutamente impossibilitata" all'accudimento del figlio. La giurisprudenza della Cassazione ha tentato di ovviare alla lacuna normativa, senza tuttavia esprimersi in maniera univoca nel corso del tempo. Il percorso ermeneutico della Corte suprema può essere riassunto individuando un primo filone di sentenze che riconoscevano solo in rarissimi casi la sussistenza del requisito di impossibilità della madre, restringendo (se non del tutto svuotando) il campo applicativo della disposizione⁴⁴⁷. Più recentemente, il Giudice di legittimità sembra orientarsi nel senso di rendere effettiva la possibilità di concedere la misura della detenzione domiciliare al padre detenuto, ridimensionando la precedente chiusura della clausola. Definisce lo stato attuale di interpretazione della lett. b) del primo comma dell'art. 47-ter o.p., in particolare, la sent. n. 21966 del 2018, in cui la Corte di cassazione afferma che il parametro dell'assoluto impedimento della madre non possa essere inteso in modo rigido, ma debba piuttosto essere interpretato tenendo conto, da un lato, del necessario rigore imposto dalla eccezionalità della situazione e, dall'altro, dei diritti, costituzionalmente protetti, all'uguaglianza dei vari membri della famiglia nell'assistenza della prole⁴⁴⁸. Secondo la Corte, è possibile quindi rinvenire la presenza di un "assoluto impedimento" ogniqualvolta il genitore non sia in grado di garantire "*adeguate capacità in ambito educativo e di cura della prole*"⁴⁴⁹, senza che sia richiesta una difficoltà estrema, tale da superare le normali capacità reattive della persona, considerata autonomamente e nel contesto familiare.

⁴⁴⁷ Fabio FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 269.

⁴⁴⁸ Cass. pen., Sez. I, sent. n. 21966 del 2018, in www.cortedicassazione.it, "Cons. dir.", § 3.

⁴⁴⁹ Cass. pen., Sez. I, sent. n. 21966 del 2018, in www.cortedicassazione.it, "Cons. dir.", § 4.

Anche per quanto riguarda la detenzione domiciliare speciale si sono susseguite ulteriori pronunce che ricalcano la già citata sent. n. 21966 del 2018. L'art. 47-*quinquies*, comma 7, o.p., sancisce la concedibilità della misura al padre detenuto di figlio di età inferiore a dieci anni “*se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre*”. L'espressione differisce da quella utilizzata dall'articolo sulla detenzione domiciliare ordinaria nella scelta di non riportare il termine “assolutamente” per indicare il grado di incapacità materna nell'accudimento del figlio e in quella di subordinare l'affidamento al padre non solo alla madre, ma anche ad “altri”.

È in riferimento alla legittimità dell'ultimo requisito menzionato che la Corte costituzionale si è espressa nell'ord. n. 211 del 2009: si tratta di una decisione che, nonostante la perentorietà del dispositivo che ha dichiarato la questione di legittimità costituzionale manifestamente infondata, fornisce un rilevante spunto per un'analisi complessiva dei rapporti correnti tra detenzione carceraria e filiazione, con particolare riferimento al ruolo del padre detenuto rispetto ai figli in tenera età⁴⁵⁰. Il dubbio di incostituzionalità della disposizione penitenziaria si fonda sul rilievo che il carattere residuale che connota l'affidamento di figli al padre detenuto contrasta con numerosi principi enunciati nella Carta fondamentale. In particolare, nella ricostruzione operata dal Giudice *a quo*, l'art. 47-*quinquies*, comma 7, o.p. violerebbe:

- l'art. 2 Cost., poiché, posponendo il padre alla madre e addirittura ad altre persone anche prive di vincoli parentali con il bambino infradecenne, tutela il legame madre-figlio e riserva chiaramente (e illogicamente) una protezione del tutto residuale, apparente e inadeguata al rapporto padre-figlio;

⁴⁵⁰ Carlo FIORIO, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 4, pp. 2447-2448.

- l'art. 3, comma 2, Cost., in quanto, precludendo quasi del tutto o comunque rendendo estremamente difficile l'accesso del padre detenuto alla detenzione domiciliare speciale, gli impedisce di realizzarsi come persona e come genitore;
- gli artt. 30, comma 1, e 31, comma 2, Cost., in quanto, soprattutto nei casi di prolungata carcerazione del genitore, la norma censurata agevola un processo di progressivo distacco e deresponsabilizzazione del padre nei confronti del figlio minore, determinando per quest'ultimo una condizione di abbandono o comunque una crescita compromessa da squilibri interiori e traumi psicologici.

Se la disciplina della detenzione domiciliare ordinaria, nel ricorso al sintagma "assoluta impossibilità", incide sugli elementi oggettivi che precludono l'accesso alla misura, l'art. 47-*quinquies*, comma 7, o.p. incide invece sulla soggettività del condannato, individuando una *deminutio* del ruolo del padre rispetto a persone estranee al nucleo familiare: tale cedevolezza della potestà genitoriale, oltre a non apparire giustificata sul piano della ragionevolezza, si pone altresì in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 215 del 1990. Sembra dunque legittimo aspettarsi nuovi interventi volti a superare tale contraddizione⁴⁵¹.

B) *In secundis*, al di là delle differenze con cui è declinata la circostanza impeditiva, le due forme di detenzione domiciliare condividono un altro comune profilo di problematicità: se non si verificano le ipotesi di decesso o [assoluta] impossibilità della madre a dare assistenza alla prole, il padre detenuto potrà frequentare il figlio solo nel corso delle visite in carcere o di eventuali e sporadici permessi. Per quanto gli artt. 47-*ter*, comma 1, lett. b), e 47-*quinquies*, comma 7, o.p. facciano emergere per la prima volta all'interno dell'ordinamento penitenziario il diritto del bambino alla paternità, rimane comunque inequivocabile la vicarietà della posizione del padre rispetto alla madre, il cui ruolo è concepito dal legislatore come imprescindibile nel corretto sviluppo del minore. Si tratta di una scelta normativa

⁴⁵¹ Carlo FIORIO, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 4, p. 2453.

che sembra stridere con la tendenza della società attuale a superare una rigida concezione della diversità dei ruoli genitoriali sulla base del genere, riconoscendo paritetici diritti-doveri al padre e alla madre così come reciproca integrazione dei due alla cura dello sviluppo fisico e psichico del loro figlio⁴⁵² ovvero altresì riconoscendo il diritto di quest'ultimo a non vedere pregiudicata la possibilità di un sereno rapporto con entrambi i genitori.

Un interessante stimolo alla riflessione quando ci si accosta alla situazione del padre detenuto è quello fornito dalla teoria dell'attaccamento, in grado di dare consistenza scientifica allo studio del legame che i bambini e i loro genitori stabiliscono fin dagli stati più precoci dello sviluppo e che la situazione detentiva intacca negativamente. John Bowlby, che ne formulò le basi fondamentali intorno agli anni Settanta del secolo scorso, afferma che il *focus* dell'attenzione del bambino nel corso della sua infanzia è incentrato verso una figura di attaccamento primaria, principale, verso cui il bambino si dirigerebbe in quanto persona più disponibile e con le migliori opportunità di procurare al bambino gli stimoli necessari⁴⁵³. Secondo la teoria dell'attaccamento, non vi sarebbe alcuna automatica implicazione che questa figura coincida con la madre naturale: i risultati delle ricerche riferiscono che i padri, al pari delle madri, possono dimostrare un intenso coinvolgimento affettivo verso i figli e occuparsene in modo attivo sin dai loro primi momenti di vita. In tal senso, anche la Corte costituzionale si è espressa elevando la posizione del bambino quale autonomo titolare di interessi da salvaguardare e sottolineando l'importanza di realizzare nei suoi confronti un'adeguata tutela *“non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale e affettivo che sono collegate allo sviluppo della*

⁴⁵² Alessandro MARGARA, Paolina PISTACCHI, Sibilla SANTONI, *Nuove prospettive nella teoria dell'attaccamento e tutela del rapporto genitoriale quando un genitore è detenuto*, in *Minorigiustizia*, 2005, n. 1, pp. 101-102.

⁴⁵³ John BOWLBY, *Attaccamento e perdita – Vol. 1, L'attaccamento alla madre*, Borighieri, Torino, 1976.

sua personalità”⁴⁵⁴. In quest’ottica, anche il padre è idoneo – e quindi tenuto – a prestare assistenza materiale e supporto emotivo al minore.

È necessario evidenziare che la completa equiparazione del ruolo materno con quello paterno è invece messa in discussione da un diverso orientamento, che ritiene opportuno differenziare le esigenze dei figli a seconda dell’età, distinguendo la fascia di età che va dagli zero ai tre anni e quella compresa tra i tre e i dieci anni. Ma se con riferimento al primo intervallo sarebbe legittima, secondo alcuni, la costruzione normativa che conferisce prevalenza al ruolo materno, è unanimemente riconosciuto che non risultano esserci ragioni e giustificazioni di natura pedagogica all’automatica subordinazione del padre nella fascia tre-dieci anni, in cui le figure genitoriali dovrebbero essere poste su un piano di parità: bisognerebbe qui valutare, caso per caso, il concreto atteggiarsi del rapporto genitore-figlio, per poi conservare quello che risulta maggiormente significativo ed educativo per il minore⁴⁵⁵.

Al di là degli spunti psicopedagogici offerti dalla teoria dell’attaccamento, la residualità della concessione al padre della misura alternativa della detenzione domiciliare non trova spiegazione nemmeno a livello normativo. L’estensione della disciplina normativa limitativa della detenzione inframuraria anche a favore del padre del minore confermerebbe le coordinate costituzionali e sovranazionali in tema di valorizzazione del contributo della figura genitoriale maschile nella formazione e nello sviluppo del bambino⁴⁵⁶: si pensi, ad esempio, al diritto-dovere di assistenza morale e materiale nei confronti dei figli che l’art. 30, comma 1, Cost., riferisce esplicitamente a entrambi i genitori, al principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, previsti dall’art. 29 Cost., o infine al diritto del minore “*intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori*”,

⁴⁵⁴ Corte cost., sent. 257 del 2012, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 1.4.

⁴⁵⁵ Andrea CONTI, *La bigenitorialità nella fase cautelare e nell’esecuzione della pena: il ruolo del padre*, in *Diritto penale e processo*, 2020, n. 4, pp. 561-562.

⁴⁵⁶ Giuseppe BELLANTONI, *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Ordines*, 2015, n. 1, pp. 127-128.

concepito all'art. 24, §3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La necessità di riformare la normativa appare ancora più urgente se si pensa al contesto del diritto vivente e alle riforme che il legislatore ha apportato in materia di diritto di famiglia⁴⁵⁷ e di diritto di lavoro⁴⁵⁸, che sembrano rendere legittima l'aspettativa della ricaduta della nuova concezione del ruolo del padre anche nell'ambito del diritto penitenziario⁴⁵⁹.

Nel ripensare il ruolo del padre detenuto non può infine essere trascurato che, oltre alle difficoltà insite nel far progredire la legge alla stessa velocità con cui avanza la società, entrano anche in gioco contingenze di carattere pratico: se sarebbe relativamente semplice prevedere che le misure alternative alla detenzione siano applicate alle stesse condizioni cui lo sono nei confronti delle madri anche ai padri e tutelare la possibilità che il minore di età inferiore a tre anni possa vivere all'interno del carcere insieme al padre detenuto, significherebbe comunque creare strutture quali quelle che attualmente in Italia esistono soltanto per le donne anche per gli uomini, obiettivo che appare molto ambizioso considerando che all'incirca il 95% della popolazione carceraria in Italia è di genere maschile⁴⁶⁰.

2. Il genitore LGBT+

Se la genitorialità LGBT+ (acronimo con cui si fa riferimento a persone lesbiche, gay, bisessuali, trans; il simbolo “+” serve per aprire alle sfaccettature dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale non comprese nella sigla LGBT+) ancora

⁴⁵⁷ Si può in questo senso riferirsi alla nuova disciplina dell'affidamento condiviso (d.lgs. n. 154 del 2013), che ha statuito il principio della bigenitorialità anche laddove vi sia disgregazione del legame sentimentale e/o giuridico tra i genitori conviventi.

⁴⁵⁸ Il riferimento è qui ad esempio a progressi normativi (avviati con la l. n. 91 del 2012, cd. legge Fornero) in materia di riconoscimento del congedo paterno.

⁴⁵⁹ Maria Teresa ZAMPOGNA, Lorenzo Nicolò MEAZZA, *La tutela del rapporto genitoriale tra i padri detenuti in custodia cautelare e i figli minori: profili di illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, n. 5, pp. 4-5.

⁴⁶⁰ Alessandro MARGARA, Paolina PISTACCHI, Sibilla SANTONI, *Nuove prospettive nella teoria dell'attaccamento e tutela del rapporto genitoriale quando un genitore è detenuto*, in *Minorigiustizia*, 2005, n. 1, p. 102.

fatica a ricevere un adeguato riconoscimento nella società libera, uscire dal tracciato della famiglia tradizionale in ambito penitenziario è un traguardo che sembra ancora lontano. Quando tratta della tematica familiare, il nostro ordinamento penitenziario limita i riferimenti alle figure della madre e del padre, nel loro insieme considerati come unico possibile binomio rilevante nelle norme che si preoccupano di tutelare la genitorialità ristretta. Si è però già avuto modo di evidenziare⁴⁶¹ che la mancanza di dati testuali che facciano riferimento a modelli di famiglia differenti da quello tradizionale deve armonizzarsi con una serie di norme costituzionali (*in primis*, l'art. 2 Cost.), da una lettura congiunta delle quali emerge la possibilità di racchiudere dentro il termine "famiglia" una pluralità di esperienze atipiche rispetto alla lettera della disciplina. Di conseguenza, gli istituti preposti alla tutela della genitorialità devono essere ugualmente riferiti e applicati in contesti familiari in cui i ruoli non sono necessariamente legati a differenze di genere dei *partners*. Significativo in tal senso il monito del Magistrato di sorveglianza di Spoleto⁴⁶² a garantire regolarmente in carcere l'applicazione della l. n. 76 del 2016 (cd. legge Cirinnà) alla parte unita civilmente o al convivente di fatto: questo significa però che la dichiarazione del proprio orientamento sessuale omosessuale, rimessa alla sola scelta dell'interessato, si pone come via obbligata affinché nel corso della detenzione sia possibile fruire delle tutele garantite dall'ordinamento penitenziario all'art. 28 o.p. e dunque per poter accedere con maggiore semplicità a colloqui visivi e corrispondenza telefonica con i propri familiari.

La dimensione carceraria rende particolarmente difficoltosa e foriera di discriminazioni non solo l'esperienza della genitorialità, ma l'esperienza detentiva in generale delle persone omosessuali, bisessuali, lesbiche e trans⁴⁶³, come di tutti

⁴⁶¹ V. Parte seconda, Cap. I, Sez. A), § 1.1.

⁴⁶² Ord. n. 2407/2018, Magistrato di sorveglianza di Spoleto, in www.giurisprudenzapenale.com.

⁴⁶³ All'interno della comunità trans sono ricomprese sia le persone *transgender* (che si identificano con il genere opposto al loro sesso, ma che non intendono sottoporsi all'operazione chirurgica per la riassegnazione del sesso), sia le persone *transessuali* (che invece desiderano modificare gli organi genitali per diventare il più possibile simili al sesso di elezione). Per quanto la normativa che sarà presa in esame faccia riferimento a entrambe le categorie, nel presente elaborato si è scelto di

quegli individui che non si riconoscono in uno schema eteronormativo o binario del proprio orientamento sessuale o della propria identità sessuale o di genere.

Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha iniziato ad approcciarsi alla tematica solo in tempi recenti, a partire dalla novella all'ordinamento, entrata in vigore nel 2018 ed elaborata dalla Commissione Giostra. All'art. 1 o.p., la riforma ha inserito l'identità di genere e l'orientamento sessuale⁴⁶⁴ tra i fattori che possono essere causa di violazione del divieto di discriminazione che deve improntare il trattamento penitenziario. Per prevenire il rischio che le persone LGBT+ ristrette subiscano forme di maltrattamento, rischio particolarmente elevato in ragione del modo in cui le identità non binarie e l'omosessualità vengono percepiti e vissuti dal tessuto socioculturale di appartenenza della maggior parte dei detenuti, la Commissione Giostra ha previsto la loro collocazione in appositi spazi all'interno degli istituti. Il tema delle sezioni separate è ripreso all'art. 14 o.p., a cui la riforma ha aggiunto un settimo comma: in materia di assegnazione e raggruppamento di detenuti e internati, per rendere effettive le misure di tutela nei confronti di chi possa temere di subire sopraffazioni o aggressioni, la norma prevede l'assegnazione a sezioni "protette" per categorie omogenee (onde evitare promiscuità), opportunamente distribuite in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, comunque riconoscendo che sussisterà una tendenziale deroga al principio della massima prossimità al luogo di radicamento familiare previsto dall'art. 14, comma 1, o.p. L'inserimento in raggruppamenti omogenei in ogni caso deve avvenire soltanto con il consenso dell'interessato, che potrebbe non sentire di aver bisogno della maggiore protezione derivategli dall'inserimento in sezione protetta e potrebbe rifiutare tale allocazione quando ciò comportasse rinunciare alla maggiore

utilizzare esclusivamente il termine "trans", nel rispetto della volontà che risulta espressa dalla comunità direttamente interessata.

⁴⁶⁴ *Ante* riforma, erano già menzionati tra i possibili fattori di discriminazione: razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose.

prossimità al luogo dove si concentrano i propri affetti familiari⁴⁶⁵. Nella Relazione illustrativa, si rileva la sollecitazione degli Stati Generali ad abbandonare la tendenza a collocare le persone LGBT+ in sezioni “protette promiscue”, nelle quali, accanto a loro, sono ospitate altre persone separate dal resto della popolazione detentiva perché in pericolo di sopraffazioni in ragione dei reati commessi (*sex offenders*) o dalle scelte collaborative con la giustizia o per altre cause (autori di reato appartenenti alle forze dell’ordine, magistrati...).

La collocazione in sezioni “protette” sembra rappresentare una soluzione di compromesso tra l’esigenza di tutelare l’integrità psicofisica delle persone detenute LGBT+ e quella di garantire il normale svolgimento della vita carceraria, ma si tratta di un approdo che non è scevro da criticità.

Innanzitutto, per quanto preposto a prevenire fenomeni di stigmatizzazione, l’isolamento di tali categorie di detenuti all’interno di specifici spazi rischia di produrre l’effetto opposto a quello che si intende combattere, poiché li sottrae al trattamento ordinariamente praticato nei confronti della restante popolazione detenuta⁴⁶⁶: le occasioni di socializzare con gli altri detenuti diminuiscono e l’accesso a programmi ricreativi e riabilitativi è scarso. L’emarginazione che queste persone vivono al di fuori delle mura del penitenziario è in questo modo riprodotta anche al suo interno, con ulteriore ghettizzazione.

Vi sono poi rilievi critici di ordine pratico per quanto riguarda la popolazione detenuta trans, ricollegabile al fatto che il sistema penitenziario italiano è organizzato e gestito sulla base di una rigida separazione in ragione del sesso biologico: a meno che non abbiano già subito l’intervento di riassegnazione del sesso e modificato i documenti di identità, di solito le donne detenute trans (MtF) sono collocate in carceri maschili e viceversa gli uomini trans (FtM) vengono

⁴⁶⁵ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, in www.giustizia.it, 2017, pp. 79-80.

⁴⁶⁶ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, in www.giustizia.it, 2017, pp. 47-48.

assegnati a carceri femminili. In caso in cui l'istituto non disponga di un reparto riservato, l'unica opzione, per motivi di ordine e sicurezza, è spesso l'isolamento⁴⁶⁷. Inoltre, delle già poche e carenti dal punto di vista edilizio sezioni "protette" presenti negli istituti italiani, quali la totalità è ubicata presso i reparti maschili⁴⁶⁸. Nella Relazione al Parlamento del 2018, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale ha affermato che sarebbe più congruo ospitare le sezioni delle persone trans MtF in istituti femminili, "*dando maggior rilevanza al genere, in quanto vissuto soggettivo, piuttosto che alla contingente situazione anatomica*"⁴⁶⁹. Una nota positiva della riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018 è stata quella di fissare all'art. 11, comma 10, o.p. il diritto, fino a quel momento scarsamente riconosciuto, alla prosecuzione del percorso terapeutico di affermazione di genere per le persone detenute trans e all'accesso al necessario supporto psicologico⁴⁷⁰.

Oltre a ragioni collegate a retaggi e preconcetti culturali, la difficoltà a progredire sul fronte normativo per la tutela delle persone LGBT+ recluse è anche causata dalla percentuale certamente contenuta che esse rappresentano rispetto alla popolazione detenuta complessiva. Premettendo che i numeri saranno sempre viziati da imprecisioni legate alla continua variazione di tale universo e a comprensibili atteggiamenti di chiusura nel dichiarare un aspetto così intimo della propria identità (a maggior ragione in un contesto come quello carcerario), si stima che le persone trans detenute siano complessivamente 72⁴⁷¹ e gli omosessuali

⁴⁶⁷ Tiziana CARMELITANO, *Detenuti trans, "protetti" in sezioni speciali, abusati, umiliati*, in www.vociglobali.it, 11 marzo 2020.

⁴⁶⁸ Unica eccezione è rappresentata dalla Casa circondariale di Sollicciano (FI), in cui si è realizzato un reparto per persone trans MtF in un reparto femminile.

⁴⁶⁹ GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento del 2018*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, p. 178.

⁴⁷⁰ COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in www.giustizia.it, 2017, p. 48.

⁴⁷¹ Alessandra ROSSI, *I diritti LGBT+ in carcere*, in *Il carcere visto da dentro – XVIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2022, pp. 260-272.

maschi, visibili o dichiarati, siano un totale di 64⁴⁷². Per quanto riguarda l'omosessualità femminile, non si rilevano dati: l'Amministrazione penitenziaria considera l'eterosessualità la norma e l'omosessualità una questione "maschile", non percependo i rapporti tra donne come elementi portatori di disordine in carcere⁴⁷³.

I numeri non possono però atteggiarsi a giustificazione della carenza di attenzione sul tema. Bisogna che l'universo carcerario inizi a considerare le complessità della comunità LGBT+ e a problematizzare le politiche penitenziarie per ora adottate, che danno priorità e si focalizzano principalmente sul mantenimento della sicurezza interna: la riforma del sistema sanzionatorio dovrebbe focalizzarsi sulla tutela della dignità e dei diritti di quelle categorie di condannati che nella vita inframuraria incontrano difficoltà altre e maggiori all'interno della popolazione carceraria.

3. Il genitore straniero

A luglio 2023, su una popolazione di 57.749 detenuti, 18.044 sono stranieri (circa il 31%)⁴⁷⁴. Nei confronti di queste persone, specie se provenienti da paesi extra-europei, la funzione rieducativa si pone in modo diverso rispetto alla popolazione ristretta italiana: ci si chiede se sia possibile ipotizzare percorsi concreti di reinserimento, se la maggior parte di essi si trova in condizioni di irregolarità e scarso radicamento sul territorio italiano, ed è dunque destinata ad essere espulsa, allontanata o a permanere senza valido titolo di soggiorno. Ogni analisi della composizione e delle problematiche del carcere deve quindi necessariamente partire dalla constatazione che per un numero rilevante di detenuti l'approdo a ipotesi di

⁴⁷² Daniela RONCO, *Diritti LGBTQAI+ in carcere: la difficile affermazione dell'identità di genere tra norme, pratiche e spazi del penitenziario*, in *È vietata la tortura – XIX Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2023, pp. 291-298.

⁴⁷³ Alessandra ROSSI, *I diritti LGBT+ in carcere*, in *Il carcere visto da dentro – XVIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2022 p. 264.

⁴⁷⁴ Dati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – Sezione Statistica (aggiornati al 31 luglio 2023), in *www.giustizia.it*.

reinserimento sociale appare più difficile. L'esperienza detentiva degli stranieri è inoltre resa più difficile a causa del mancato accesso a un'adeguata difesa, del giudizio di pericolosità nei loro confronti o per difetto di comprensione di quello che sta succedendo, elementi che spesso tendono ad allungare i tempi di permanenza in carcere.

L'art. 15 o.p., nell'elencare gli elementi del trattamento, stabilisce che i contatti con il mondo esterno e la famiglia debbano essere agevolati per tutti i detenuti. Tuttavia, per lo straniero si aggiungono degli ostacoli dettati da situazioni particolari che il cittadino italiano detenuto, per quanto debole, non si trova a vivere. Per i detenuti stranieri, la detenzione risulta senza dubbio più dolorosa a causa di una serie di fattori, quali:

- le difficoltà legate alla distanza, alla condizione di irregolarità legale e amministrativa, e alla scarsa disponibilità economica della propria famiglia, che riducono fortemente la possibilità di ottenere visite in carcere;
- la difficoltà di restare in contatto telefonico con i familiari o quantomeno di ricevere loro notizie;
- la difficoltà di accedere a misure alternative perché senza residenza e abitazione⁴⁷⁵.

I dati ministeriali riportano che delle 19 detenute madri con figli al seguito, 11 sono di origine straniera⁴⁷⁶. Coloro che invece non hanno con sé il figlio, si vedono preclusa la possibilità di accedere agli strumenti contemplati dall'ordinamento a tutela del rapporto tra genitori e figli minori, rimanendo a loro disposizione solo il contatto tramite telefonate o videochiamate. Ciò accade perché le madri straniere, che frequentemente si trovano sul territorio italiano da sole e in condizioni di sfruttamento che possono poi sfociare anche in vicende penali, tendono a lasciare

⁴⁷⁵ Lia LOMBARDI, *Maternità in carcere. Una ricerca sulla salute riproduttiva delle donne negli istituti a custodia attenuata per madri detenute (ICAM)*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, n. 3, p. 513.

⁴⁷⁶ Dati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – Sezione Statistica (aggiornati al 31 luglio 2023), in *www.giustizia.it*.

la prole a familiari affinché li accudiscano nella terra d'origine, nel tentativo di assicurare sostentamento alle loro famiglie economicamente disagiate. Qualora si trovino soggette a condanne penali, difficilmente riusciranno a inserirsi nel circuito virtuoso delle misure alternative e saranno dunque destinate a carcerazioni particolarmente dure, in attesa di un fine pena che sarà probabilmente susseguito da un provvedimento di espulsione dal territorio.

La perdita e la lontananza degli affetti, in particolare dei figli, rappresenta un fattore di sofferenza e di condizionamento in negativo. Eppure, la questione dei genitori detenuti stranieri non sembra al momento destinataria di alcun intervento specifico, forse perché assorbita da tematiche più generali, come le condizioni di vita in carcere o il tema della permanenza sul territorio⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ Desi BRUNO, *Donne detenute e genitorialità "fuori dalle mura"*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, n. 11, pp. 6-7.

CAPITOLO III

La tutela dei figli: questioni aperte

1. L'età del figlio come limite legale alla sua tutela. – 2. Il superiore interesse del minore: i termini del bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. Progetti e iniziative per la tutela dei figli dei detenuti. – 4. “Mai più bambini in carcere”: l'attuale dibattito politico in Italia.

1. L'età del figlio come limite legale alla sua tutela

Le ragioni invocate per giustificare l'età massima entro la quale i bambini sono ammessi a vivere in carcere con il loro genitore possono essere le più svariate. Nei paesi occidentali, per scandire le tempistiche di tale permanenza è frequente il ricorso alla teoria dell'attaccamento⁴⁷⁸, elaborata da John Bowlby, che mette in rilievo come le prime interazioni del bambino con le figure di accudimento siano determinanti nel suo sviluppo sociale ed emotivo e in grado di contribuire “*al suo adattamento o disadattamento, alla sua felicità o infelicità futura*”⁴⁷⁹. La teoria dell'attaccamento è però variamente interpretata e declinata per giustificare i limiti di età che si intendono imporre per l'accesso o la preclusione a determinati istituti. L'ordinamento italiano prevede forme e presupposti diversi per la salvaguardia del minore alla sottrazione del genitore dal carcere, a seconda della sua età. Se ci si sofferma sulle differenziazioni previste per i genitori imputati o condannati in via definitiva alla luce del quadro normativo attualmente in vigore, sono predisposti i seguenti benefici:

⁴⁷⁸ Natacha BORGEAUD-GARCIANDÌA, *Nurseries pénitentiaires*, in *Déviance et société*, 2022, vol 46, n. 4, p. 454.

⁴⁷⁹ Alessandro MARGARA, Paolina PISTACCHI, Sibilla SANTONI, *Nuove prospettive nella teoria dell'attaccamento e tutela del rapporto genitoriale quando un genitore è detenuto*, in *Minorigiustizia*, 2005, n. 1, p. 84.

- la temporanea libertà della madre condannata, garantita finché il bambino non abbia superato il primo anno di vita (art. 146 c.p.) e possibile fino compimento dei tre (art. 147 c.p.);
- la permanenza all'interno di sezioni-nido della madre con figlio minore di tre anni (art. 14, comma 7, o.p.);
- la preferenza accordata agli arresti domiciliari (art. 275, comma 4, c.p.p.) e la permanenza all'interno di istituti a custodia attenuata per la madre in custodia cautelare con figlio minore di sei anni (art. 285-*bis* c.p.p) o per la madre condannata con figlio minore di dieci anni (art. 47-*quinqüies*, comma 1-*bis*, o.p.);
- la detenzione domiciliare, l'assistenza all'esterno e l'assistenza durante le visite specialistiche del figlio sino ai dieci anni (artt. 47-*ter*, 47-*quinqüies*, 21-*bis* e 21-*ter*, comma 2, o.p.);
- le visite al figlio in imminente pericolo o in gravi condizioni di salute, fintanto che è minore di diciotto anni (art. 21-*ter*, comma 1, o.p.).

Questa schematizzazione aiuta a visualizzare che già con il compimento del terzo compleanno viene meno la forma di tutela che più sacrifica le istanze sottese a una pronta esecuzione della pena, ossia la temporanea assicurazione della libertà alla madre condannata. Nel caso in cui il rinvio dell'espiazione della pena detentiva non venga concesso, sussiste una presunzione di conformità dell'interesse del figlio minore nei primi anni di vita alla permanenza con la madre (a tal punto che è concessa la convivenza in istituto penitenziario), avendo riguardo degli effetti pregiudizievoli sullo sviluppo del minore che possono derivare dalla rottura del legame di attaccamento con la madre. Al compimento del terzo anno di età, tuttavia, la presunzione si capovolge e l'interesse del minore viene identificato con la collocazione esterna al carcere: tale scelta è giustificata alla luce del fatto che il bambino inizia a interagire in modo significativo con l'ambiente circostante e a intessere relazioni sociali essenziali per il loro sviluppo; contemporaneamente, diviene sempre meno rilevante il legame con il loro *caregiver* principale.

Il limite dei tre anni di età è confermato per la permanenza del bambino all'interno di una sezione-nido, ma si può arrivare addirittura a dieci anni per l'accoglienza in un istituto a custodia attenuata, secondo quanto emerge dall'attuale assetto dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, o.p., nel caso in cui la madre non sia ammessa a espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, di cura, assistenza o accoglienza.

I minori protetti restano, di regola, esclusivamente quelli entro il decimo anno di vita: superata questa soglia di età, l'ordinamento sembra non ritenere più sussistente la necessità di proteggere la relazione tra il genitore e il figlio, fatti salvi i casi di pericolo o gravi condizioni di salute (in cui il limite è diciotto anni), i casi di grave disabilità di quest'ultimo (in cui non ci sono limiti di età) e i casi di proroga della detenzione domiciliare speciale. I dieci anni di età segnano un limite, *“convenzionale e in una certa misura arbitrario”*⁴⁸⁰, oltre il quale la sensibilità dell'ordinamento alla tutela dei minori e alla salvaguardia del ruolo genitoriale dei detenuti sembra rimanere confinata entro la disciplina dei contatti, periodici e occasionali, fra i ristretti e i figli affidati ad altri nel mondo libero: da quel momento in avanti, infatti, *“saranno colloqui, permessi, visite all'esterno a scandire un rapporto ormai privato di continuità”*⁴⁸¹.

Suscita perplessità la presenza di soglie rigide e nette di età, fissate in tre, sei o dieci anni, al di sopra delle quali non è possibile accedere a taluni benefici penitenziari e invariabilmente cessa la protezione dell'interesse del minore a ricevere le cure prioritariamente materne in un ambiente adeguato alle sue esigenze: la rigida costruzione di una tutela entro un intervallo anagrafico predefinito rischia di entrare in contrasto con il principio del superiore interesse del minore, nella valutazione del

⁴⁸⁰ Maria Grazia GIAMMARINARO, *La tutela del rapporto fra detenute e figli minori: alcune riflessioni*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2001, n. 2, p. 321.

⁴⁸¹ Giulia MANTOVANI, *La de-carcerizzazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 1, pp. 234.

quale l'età dovrebbe rappresentare solo uno dei plurimi fattori rilevanti⁴⁸². È fondamentale interrogarsi sulle differenze previste in ragione dell'età del minore, in quanto aiuta nel mettere a fuoco quale sia il reale obiettivo di tutela della normativa: la condizione materna, la relazione genitoriale di cura, o infine i diritti del bambino, se i contro-interessi di difesa sociale⁴⁸³.

La sostenibilità di una tutela dell'interesse dei minori a mantenere un rapporto costante con le figure genitoriali confinata entro una certa età merita una rinnovata attenzione. La Corte costituzionale è intervenuta a più riprese nel corso degli anni per censurare automatismi comportanti il sacrificio dell'interesse del minore, reputando intollerabile la soccombenza di quest'ultimo sulla base di indici presuntivi in presenza di esigenze contrapposte⁴⁸⁴. Tali considerazioni dovrebbero essere trasposte anche nella disciplina dei limiti di età, aprendo la strada a ulteriori correzioni⁴⁸⁵. La Consulta (nella sent. n. 76 del 2017) ha rilevato come, in linea di principio, non sia censurabile l'opzione di contenere entro un certo limite di età la salvaguardia del bisogno dei figli a un rapporto continuativo e vissuto all'esterno del carcere con il genitore: tuttavia, il bilanciamento dell'interesse del minore con le esigenze di difesa sociale sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore non deve realizzarsi attraverso automatismi, ma tramite regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare temperata tutela. Ad opinione della Corte, infatti:

“Se il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, nega in radice l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena e, così, impedisce al giudice di valutare la sussistenza in concreto,

⁴⁸² Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 200.

⁴⁸³ Anna LORENZETTI, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, p. 167.

⁴⁸⁴ V. *infra*, § 2.

⁴⁸⁵ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 202.

nelle singole situazioni, delle ricordate esigenze di difesa sociale, non si è più in presenza di un bilanciamento tra principi, che si traduce nella determinazione di una ragionevole regola legale: si è al cospetto dell'introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore.”⁴⁸⁶

2. Il superiore interesse del minore: i termini del bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Gli scopi di protezione sociale sottesi all'esecuzione della pena nella forma di una coercizione intramuraria del reo devono entrare in bilanciamento con quello che a livello internazionale ed eurounitario viene definito come “*best interests of the child*”⁴⁸⁷: il superiore interesse del minore è ciò verso cui l'ago della bilancia deve tendere, essendo esso destinato a soccombere solo in *extrema ratio*. L'idea alla base del principio è che se la pena deve garantire sicurezza sociale e ostacolare nuove condotte criminose da parte del reo non può comunque sacrificare in via automatica gli interessi del minore che si trova incolpevolmente coinvolto nella vicenda. La leggi di riforma dell'ordinamento penitenziario si pongono in linea con questa prospettiva, cercando di attuare quanto previsto dalla Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, ratificata dall'Italia con la l. n. 176 del 1991. Quello del minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori è un interesse complesso, articolato in diverse situazioni giuridiche, riconosciuto come preminente anche nella normativa interna e avente come punto di partenza il dovere della Repubblica di proteggere l'infanzia predisponendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31, comma 2, Cost.). Nel corso degli anni, la Corte costituzionale è intervenuta a più riprese sulle previsioni legislative in materia di genitorialità ristretta, non sempre considerate in linea con il dettato costituzionale, ampliando

⁴⁸⁶ Corte cost., sent. n. 76 del 2017, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 2.2.

⁴⁸⁷ V. Parte prima, Cap. I, § 3.1.

progressivamente le originarie previsioni legislative, sia a taluni soggetti, sia per alcune tipologie di reato che erano inizialmente escluse, mitigando le preclusioni e smantellando gli automatismi previsti dalla legge⁴⁸⁸. Spiccano in tal senso due rilevanti pronunce, di accoglimento a contenuto additivo, che fanno emergere un orientamento giurisprudenziale secondo il quale la presenza di soluzioni normative che precludono all'autorità giudiziaria margini di apprezzamento nella concessione dei benefici penitenziari non è compatibile con i valori della Costituzione: questo perché gli automatismi legislativi impediscono al giudice di verificare in concreto l'effettiva sussistenza della *ratio* giustificatrice posta a fondamento della disciplina da applicare e, soprattutto, di bilanciare le esigenze di difesa sociale con altri valori primari⁴⁸⁹.

In una prima sentenza n. 239 del 2014, la Corte ha chiarito le regole della competizione fra le istanze in conflitto quando la giustizia penale, rivolgendosi a un genitore, riverbera i suoi effetti anche sui figli⁴⁹⁰. In quell'occasione, il Giudice costituzionale veniva chiamato a vagliare la compatibilità dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., nella parte in cui estendeva il divieto della concessione dei benefici penitenziari, in caso di mancata collaborazione con la giustizia, anche alla misura della detenzione speciale *ex art. 47-quinquies* o.p. La disposizione oggetto di impugnazione è stata dichiarata incostituzionale, poiché realizzava un trattamento discriminatorio che contrastava con l'art. 3 Cost. e con i valori tutelati agli artt. 29, 30 e 31 Cost. (rispettivamente: tutela della famiglia, diritto-dovere di educazione dei figli, protezione dell'infanzia). Per pervenire a tale decisione, la Corte ha posto l'attenzione sul fatto che la detenzione domiciliare è modellata sul prioritario interesse di un soggetto debole e particolarmente meritevole di protezione, cioè

⁴⁸⁸ Anna LORENZETTI, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, p. 160.

⁴⁸⁹ Marta PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 15 marzo 2019, p. 1.

⁴⁹⁰ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 273-274

l'interesse del minore in tenera età “*ad instaurare un rapporto quanto più possibile normale con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo*”⁴⁹¹. Nel sottolineare ciò, la Corte non si limita a richiamare gli imperativi costituzionali già menzionati, essendo “*l'interesse del figlio minore a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori*” (art. 31, comma 2, Cost.) un valore di rango superiore anche in diverse norme di diritto internazionale, a cui il nostro ordinamento è tenuto a uniformarsi⁴⁹²: il riferimento è all'art. 3, § 1, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e l'art. 24, § 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella parte in cui stabiliscono che l'interesse superiore del minore deve essere considerato come “preminente” nelle decisioni che lo riguardano. La Corte perviene alla decisione ammettendo la ragionevolezza di assumere la collaborazione con la giustizia a indice legale della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata (che i benefici penitenziari contemplati all'art. 4-bis, comma 1, o.p. si prefiggono di contrastare). Tuttavia, la condotta collaborativa non può costituire la condizione necessaria per l'accesso a una misura finalizzata alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto rispetto al detenuto e particolarmente vulnerabile, altrimenti “*il costo della strategia di lotta al crimine organizzato viene traslato su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna quanto alla scelta del condannato di non collaborare*”. Punto focale della decisione è dato dalla constatazione che l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure genitoriali, per quanto di rango elevato, comunque “*non forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, sottese alla necessaria*

⁴⁹¹ Corte cost., sent. n. 239 del 2014, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 8.

⁴⁹² Lina CARACENI, *Preclusioni assolute ex art. 58-quater ord. pen. e detenzione domiciliare speciale: verso una nuova declaratoria di incostituzionalità?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 10, p. 259.

*esecuzione della pena inflitta al genitore in seguito alla commissione di un reato*⁴⁹³. Quello che su cui la Corte insiste è che, affinché tale interesse non resti eccessivamente recessivo di fronte alle confliggenti istanze di difesa sociale, occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata in concreto e non collegata a indici presuntivi che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni. In altre parole, la soccombenza dell'interesse del minore alla sottrazione del genitore al carcere in funzione di un adeguato accudimento può essere determinata in concreto dal giudice, ma non stabilita *a priori* dal legislatore: non sono ammesse presunzioni ostative al soddisfacimento di quel superiore interesse⁴⁹⁴. È infine bene sottolineare che l'efficacia della dichiarazione di illegittimità costituzionale è stata estesa, in via consequenziale, anche alla detenzione domiciliare ordinaria, per evitare che una misura avente finalità identica, ma riservata a soggetti che devono espiare pene meno elevate, restasse irragionevolmente soggetta a un trattamento deteriore⁴⁹⁵.

La seconda sentenza in commento è la n. 174 del 2018, che si pone nel solco dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale appena presa in esame. La questione affrontata dalla Corte costituzionale riguardava l'ipotesi di illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* o.p., nella parte in cui, nel fare rinvio all'art. 21 o.p., escludeva dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni il detenuto condannato per uno dei reati indicati all'art. 4-*bis* o.p. che non avesse ancora espiauto un terzo della pena. La Corte ha proceduto ricostruendo la disciplina censurata a partire dalla sua genesi. La disposizione impugnata era stata introdotta con la l. n. 40 del 2001 con l'intento di tutelare il diritto del minore a mantenere, nella sua prima infanzia, un sano e corretto rapporto con la madre detenuta che non aveva ottenuto la detenzione domiciliare; il legislatore aveva così

⁴⁹³ Corte cost., sent. n. 239 del 2014, in www.cortecostituzionale.it, "Cons. dir.", § 9.

⁴⁹⁴ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 274.

⁴⁹⁵ Corte cost., sent. n. 239 del 2014, in www.cortecostituzionale.it, "Cons. dir.", § 10.

ampliato gli istituti che assicurano la continuità della funzione genitoriale sul presupposto che i compiti di cura dei figli minori abbiano lo stesso valore sociale e le stesse potenzialità di risocializzazione dell'attività lavorativa⁴⁹⁶. Vi sono dunque due norme che contemplano i medesimi requisiti per ottenere, nel primo caso (art. 21-*bis* o.p.), un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto genitoriale con i figli in tenera età e, nel secondo caso (art. 21 o.p.), una misura il cui unico scopo è il reinserimento sociale del condannato, senza che vi siano ricadute su soggetti terzi. Ciò che si è inteso indagare è se il regime delle preclusioni possa essere il medesimo per due distinti benefici penitenziari che perseguono differenti finalità⁴⁹⁷. La Corte ha motivato la propria decisione di incostituzionalità richiamando le considerazioni svolte nella sent. n. 239 del 2014 e ritenendo che siano riferibili anche al caso dell'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori *ex art. 21-bis* o.p.: il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, non può impedire al giudice di valutare la concreta sussistenza, nelle singole situazioni, di esigenze di protezione della società dal crimine, bilanciandole con l'interesse del minore a mantenere un rapporto con i genitori all'esterno del carcere. La Corte ha premura di precisare che la sua decisione non pregiudica le esigenze di difesa sociale perché, anche in questo caso, la concessione del beneficio è affidata al prudente apprezzamento del magistrato di sorveglianza, che dovrà tener conto del tipo di reato, della durata della misura privativa della libertà, della residua parte di essa e dell'esigenza di prevenire il pericolo che il genitore ammesso all'assistenza all'esterno ai figli commetta altri reati⁴⁹⁸. È stata così dichiarata l'illegittimità costituzionale della previsione impugnata perché escludeva in assoluto dall'accesso a un istituto primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età le madri accomunate

⁴⁹⁶ Corte cost., sent. n. 174 del 2018, in www.giurcost.org, "Cons. dir.", § 2.1.

⁴⁹⁷ Marta PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura*, in www.forumcostituzionale.it, 15 marzo 2019, p. 2.

⁴⁹⁸ Corte cost., sent. n. 174 del 2018, in www.giurcost.org, "Cons. dir.", § 2.7.

dall'aver subito una condanna per uno dei delitti indicati in una disposizione (l'art. 4-*bis* o.p.) che contiene, fra l'altro, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità. La preclusione assoluta introdotta dal legislatore si poneva pertanto in contrasto con l'art. 31 Cost. Preme rilevare una diversità rispetto alla sent. n. 239 del 2014 nell'individuazione dei parametri costituzionali ai quali la Corte àncora la propria decisione. Sebbene il Giudice *a quo*, pure in questo caso, avesse sollevato la questione con riferimento non solo all'art. 31 Cost., ma anche agli artt. 3, 29 e 30 della Costituzione, il Giudice delle leggi ha rilevato la violazione soltanto del primo parametro ritenendo, invece, assorbite le censure relative agli altri principi costituzionali evocati⁴⁹⁹. Ancorare l'interesse del minore al solo parametro dell'art. 31, comma 1, Cost. e utilizzare la sola prospettiva del dovere della Repubblica di proteggere l'infanzia, è un modo per contenere l'apertura verso altri valori costituzionali: la Corte affronta così le questioni che le sono prospettate evitando brecce che la potrebbero portare a sostituirsi sempre più spesso alla funzione che è propria del legislatore⁵⁰⁰.

Una breve menzione va da ultimo alla recente decisione n. 30 del 2022 in tema di applicazione provvisoria della detenzione domiciliare, da inquadrare ancora una volta nell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale è necessario garantire che la fruibilità della misura per la cura dei minori sia valutata con bilanciamenti caso per caso, improntati a criteri non eccessivamente vincolanti per il giudice, così da assicurare il massimo grado di tutela a un interesse di rilievo costituzionale "esterno" alla esecuzione penale. La sentenza mira a ristabilire un equilibrio tra le esigenze di prevenzione generale e le garanzie (costituzionali e sovranazionali) correlate alla persona del minore, entrambe considerate nelle argomentazioni a supporto della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, commi 1, 3 e 7, o.p., nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave

⁴⁹⁹ Corte cost., sent. n. 174 del 2018, in www.giurcost.org, "Cons. dir.", § 2.6.

⁵⁰⁰ Marta PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura*, in www.forumcostituzionale.it, 15 marzo 2019, p. 9.

pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare possa essere proposta al magistrato di sorveglianza, il quale, a sua volta, avrà la possibilità di disporre l'applicazione provvisoria della misura. Con la pronuncia additiva in esame cade, pertanto, l'automatismo legislativo che finora precludeva l'applicazione in via provvisoria e urgente della detenzione domiciliare speciale, quale misura volta a favorire lo sviluppo della relazione parentale e a proteggere la prole in tenera età dalla carcerazione materna o paterna⁵⁰¹.

Il filone della giurisprudenza costituzionale inaugurato con la sent. n. 239 del 2014 dalla Corte sembra ormai destinato a una progressiva espansione e rende possibile ipotizzare ulteriori sviluppi per il superamento degli automatismi legislativi che si oppongono al soddisfacimento dell'interesse del minore alle cure genitoriali. L'intero ordinamento penitenziario ha bisogno di una compiuta riforma che riconsideri i diversi istituti operando un adeguato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco. Nel frattempo, la Corte costituzionale, con la sent. n. 102 del 2020, si è domandata *“se il giudice penale sia l'autorità giurisdizionale più idonea a compiere la valutazione di effettiva rispondenza all'interesse del minore di un provvedimento che lo riguarda”*⁵⁰². Alla naturale difficoltà, per gli organi che amministrano la giustizia penale degli adulti, di volgersi a valutazioni riguardanti il minore può essere ricondotta già la scelta di limitare la rilevanza dell'interesse della prole ai fini della sottrazione della madre al carcere entro un limite d'età prestabilito dal legislatore⁵⁰³. Per consentire all'interesse del minore di trovare idonea considerazione nella vicenda penale e penitenziaria del genitore, sarebbe però auspicabile l'instaurazione di buone prassi di coordinamento tra le diverse autorità coinvolte. Appare in particolare opportuno ipotizzare delle forme di cooperazione

⁵⁰¹ Anna Maria CAPITTA, *L'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale: un altro tassello verso il superamento degli automatismi preclusivi per la tutela dei minori*, in *Archivio penale*, 2022, n. 2, p. 1.

⁵⁰² Corte cost., sent. n. 102 del 2020, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 5.4.

⁵⁰³ Corte cost., sent. n. 102 del 2020, in www.cortecostituzionale.it, “Cons. dir.”, § 3.3.

con il sistema civile di protezione minorile: tale raccordo vedrebbe i tribunali per i minorenni adoperarsi per inserire sistematicamente nei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale le indicazioni sugli interventi a tutela della relazione genitoriale da mettere in opera⁵⁰⁴.

3. Progetti e iniziative per la tutela dei figli dei detenuti

Nell'attesa di interventi correttivi da attuare, in termini sia strutturali che logistici, all'interno delle strutture di pena, alcune iniziative di supporto alle persone detenute e alle loro famiglie sono stati avviati da numerose organizzazioni.

Fondata nel 2000, *Children of Prisoners Europe* (di seguito: COPE)⁵⁰⁵ è una rete paneuropea composta da organizzazioni e singoli individui che lavorano per conto di bambini che hanno la madre o il padre detenuti in carcere, con l'obiettivo di salvaguardare il loro diritto a mantenere i contatti con i loro genitori, riconosciuto dalla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia (art. 9, § 3). La rete COPE conduce campagne di sensibilizzazione ed eventi per aumentare la visibilità di queste situazioni e per combattere i fenomeni di isolamento sociale e stigmatizzazione che spesso ne derivano. La sua missione:

*“Tutelare l’inclusione sociale, politica e giudiziaria dei bambini con un genitore in carcere, promuovendo nel contempo la ricerca e lo scambio di conoscenze che migliorano le buone pratiche e contribuiscono a una migliore comprensione della situazione psicologica e dello sviluppo emotivo e sociale di questi bambini.”*⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Joëlle LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 149-150.

⁵⁰⁵ La rete COPE è stata nota come EUROCHIPS (*European Committee for Children of Imprisoned Parents*): in quell'anno) fino al 2013, anno in cui ha ricevuto una sovvenzione dalla Commissione europea e ha cambiato il suo nome in *Children of Prisoners Europe*.

⁵⁰⁶ CHILDREN OF PRISONERS EUROPE, *Who we are*, in www.childrenofprisoners.eu.

Riconoscendo la varietà di modi in cui l’incarcerazione può influenzare il benessere del bambino, COPE insiste sull’individualizzare il tipo di intervento di supporto a seconda del loro migliore interesse. Se l’intento è quello di porre al centro i bisogni dei bambini, all’interno della rete vi è consenso circa la necessità di consultarli e coinvolgerli nella valutazione delle loro esigenze.

In Italia, una delle esperienze maggiormente incisive è quella dell’associazione “Bambinisenzasbarre”, che aderisce alla rete COPE e la cui attenzione è rivolta, in particolare, alla creazione di spazi socio-educativi nei quali possano venire accolti i figli che entrano in carcere per far visita al genitore e nei quali operatori professionali dotati di una specifica preparazione intervengono nella duplice prospettiva di supportare i minori e di valorizzare la figura e il ruolo del genitore detenuto, con l’obiettivo di sostenerlo nella consapevolezza dell’importanza della sua funzione genitoriale che non deve venire meno a causa della detenzione⁵⁰⁷.

Grazie al lavoro di Bambinisenzasbarre, nel 2014 è stato creato, firmato e adottato un Protocollo d’intesa tra il Ministero della Giustizia, l’Autorità garante dei diritti dell’infanzia e la stessa onlus: si tratta della “Carta dei diritti dei figli dei genitori detenuti”, che si fonda sulla considerazione dei figli dei detenuti come un “gruppo sociale” di cui va considerata e salvaguardata la specificità, senza che ciò induca a discriminazioni: l’obiettivo è quello di evitare che la detenzione incida negativamente tanto sul diritto del minore alla continuità del legame affettivo quanto sulla responsabilità genitoriale, nella consapevolezza che il mantenimento della relazione tra il figlio e il genitore possa portare ricadute positive su entrambi, nonché sul personale e sull’ambiente penitenziario nel suo insieme⁵⁰⁸. Il Protocollo è stato rinnovato per la terza volta in data 16 dicembre 2021 e si compone

⁵⁰⁷ Ignazio GRATTAGLIANO, Susanna PIETRALUNGA, Alessandro TAURINO, Rosalinda CASSIBBA, Giuliana LACALANDRA, Maria PASCERI, Elisabetta PRETI, Roberto CATANESI, *Essere padri in carcere. Riflessioni su genitorialità e stato detentivo ed una review di letteratura*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2016, n. 1, p. 15.

⁵⁰⁸ Ennio TOMASELLI, *La Carta dei figli dei genitori detenuti*, in *Minori giustizia*, 2014, n. 3, pp. 175-1.

attualmente di 9 articoli, che impegnano il sistema penitenziario a trasformare gli aspetti di trattamento e di cura del detenuto, considerando il suo ruolo genitoriale. Il documento invita a cercare misure di attuazione della pena, in particolare per quanto concerne la disciplina dei permessi, che tengano conto in modo rilevante momenti di vita particolari dei figli, ovvero compleanni, ricoveri ospedalieri, recite e feste scolastiche, ecc., così da permettere ai genitori di poter essere a loro vicini seppur nella distanza fisica a cui l'incarcerazione obbliga. La Carta dedica inoltre ampio spazio alla disciplina dell'incontro all'interno della struttura penitenziaria: oltre alla creazione di spazi adeguati nelle sale d'attesa e di colloquio ("spazio bambino"), si sollecitano anche una serie di iniziative e di supporti di esperti esterni sia nel momento della preparazione al colloquio e alla visita in carcere, sia a quello successivo, per aiutare il minore a rielaborare quanto vissuto e trovare assieme parole e significati. La cura degli spazi e delle modalità attraverso cui i bambini entrano in contatto con il genitore detenuto non è una velleità, ma un modo attraverso cui si garantisce il diritto del minore a incontrare in modo graduale e coerente quella realtà, nella consapevolezza che lo spazio non è mai neutro ma porta con sé messaggi manifesti e latenti relativi alle persone che lo abitano. Interessante l'attenzione che la Carta dà agli aspetti comunicativi e alle informazioni che si danno ai minori, con l'individuazione di figure di supporto psicologico e pedagogico per far sì che il minore assuma conoscenze corrette e sia gestito in maniera coerente con l'età il processo di comunicazione della "verità"⁵⁰⁹.

4. "Mai più bambini in carcere": l'attuale dibattito politico in Italia

A chiusura del lavoro della presente tesi, ci si propone di indagare quali siano, alla luce del nuovo assetto normativo realizzato dal d.lgs. n. 123 del 2018 (approvato in attuazione della l. n. 103 del 2017, cd. riforma Orlando, ma dopo il cambio del

⁵⁰⁹ Alessandra AUGELLI, *Genitori "dentro": la detenzione, le relazioni familiari e le sfide educative*, in *Critical Hermeneutics*, 2022, n. 1, pp. 36-38.

Parlamento e del Governo), le questioni percepite come ancora irrisolte nell'ambito della tutela delle relazioni familiari in campo penitenziario, che secondo alcuni richiederebbero un intervento legislativo urgente, ma rispetto alle quali non c'è unanimità di veduta nel dibattito politico.

Un primo aspetto riguarda il fatto che per l'accesso agli istituti che permettono di evitare la reclusione in un istituto penitenziario viene richiesta la verifica dell'insussistenza di un concreto pericolo di recidiva (ad esempio, per il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena *ex art. 147 c.p.* o per l'accesso alla detenzione domiciliare speciale *ex art. 147-quinquies o.p.*). Si tratta di un criterio che tende a escludere determinate categorie della popolazione detenuta femminile, le più disagiate, dall'accesso ai benefici penitenziari⁵¹⁰: in carcere rimangono infatti le madri "*provenienti da ceti sociali molto modesti o inseriti in una cultura di microcriminalità, di norma prive di riferimenti abitativi esterni, spesso in posizione giuridica non definitiva, e straniere*"⁵¹¹. Per contenere nella misura massima possibile l'impatto negativo sullo sviluppo psico-fisico del minore che accompagna la madre all'interno dell'istituto, il nostro ordinamento penitenziario oggi prevede gli istituti a custodia attenuata per detenute madri. Una prima direzione verso cui è necessario orientarsi è far sì che tali forme di custodia attenuata rappresentino la collocazione ordinaria per le donne ristrette con figli a seguito: da qui la necessità di un'adeguata distribuzione territoriale di tali istituti e, soprattutto, dell'immediata chiusura delle sezioni-nido e della conseguente ricollocazione delle 5 madri e dei 5 figli che ad oggi vi risiedono⁵¹².

Ma l'obiettivo più ambizioso rimane il drastico abbattimento del fenomeno della convivenza di madri e bambini negli istituti penitenziari, anche a custodia attenuata.

⁵¹⁰ Giulia MANTOVANI, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, p. 274.

⁵¹¹ CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Disciplina delle esigenze della tutela della maternità e dei figli minori dei detenuti, con particolare riferimento all'esercizio dei poteri del magistrato di sorveglianza e del Tribunale per i minorenni*, in *www.csm.it*, 26 luglio 2006, §4.

⁵¹² V. Parte seconda, Cap. II, Sez. A), § 1.

Decisiva in questo senso è l'effettiva diffusione sul territorio di strutture che possano ospitare madri con bambini, laddove sprovviste di un riferimento abitativo idoneo all'esecuzione della detenzione in regime extramurario. La delega contenuta nella l. n. 103 del 2017 avrebbe potuto costituire l'occasione per una riforma capace di incidere, in maniera più sostanziale ed effettiva, sulla tutela del rapporto genitoriale e sull'interesse del minore a crescere a contatto con i propri genitori, in ambiente idoneo al suo sviluppo, debellando una volta per tutte il fenomeno della carcerazione delle madri insieme ai loro figli. Tuttavia, la sua configurazione come riforma "a costo zero", con l'esclusione di nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e con l'incarico alle amministrazioni interessate di provvedere agli adempimenti necessari nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali possibili, ha reso difficile avviare una politica di nuovi investimenti, volti all'edificazione o all'ampliamento delle case famiglia protette, ancora troppo carenti. Non pare potersi affermare, però, che il problema economico-finanziario rappresenti un alibi rispetto alla mancata attuazione della legge che avrebbe, invece, motivazioni più propriamente politiche; pur tuttavia, anche alla luce dell'esiguo numero di bambini che ancora oggi si trovano ristretti a seguito delle loro madri, non sarebbe ingente l'investimento necessario per eliminare in via definitiva il drammatico fenomeno di cui ci si è interessati, per avviare a soluzione la discrasia tra quanto normato e quanto realmente attuato, se si vuole realizzare il più volte professato sentimento per il quale i bambini non hanno le colpe dei genitori né debbono pagarle⁵¹³.

Superare le limitazioni economiche contenute all'interno del d.lgs. n. 123 del 2018 era l'obiettivo del disegno di legge A.C. 103⁵¹⁴, di iniziativa parlamentare e avente come prima firmataria Debora Serracchiani, deputata per il Partito Democratico. Il

⁵¹³ Mena MINAFRA, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più "bambini detenuti"*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, f. 2-bis, pp. 117-118.

⁵¹⁴ "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori".

testo ricalca integralmente la proposta di legge cd. Siani, approvata dalla Camera dei deputati il 30 maggio 2022, poi naufragata con la caduta del Governo a un passo dal varo definitivo. Presentata alla Camera il 13 ottobre 2022, preme evidenziare che la proposta di legge è stata ritirata il 23 marzo 2023, dopo la stretta messa in atto alla Commissione Giustizia attraverso la proposta di alcuni emendamenti avanzati dalla maggioranza di Fratelli di Italia, accusati dal centro-sinistra di snaturare gli obiettivi e stravolgere la *ratio* dell'intervento riformatore⁵¹⁵.

L'intento era chiaramente quello di non vanificare i lavori parlamentari e accelerare l'*iter* di approvazione degli indispensabili correttivi basati sull'idea di fondo che *“Nessun bambino debba varcare la soglia di un carcere, anche se attenuato. Perché è comunque un carcere”*⁵¹⁶. La più grande novità del provvedimento era quella di promuovere il modello delle case famiglia protette, prevedendo l'obbligo (e non più la facoltà) per il Ministero della giustizia di stipulare con gli enti locali convenzioni volte a individuare le strutture idonee: alla copertura finanziaria dell'accoglienza in case famiglia protette si deve provvedere mediante l'utilizzo dell'apposito fondo istituito nello stato di previsione del Ministero di giustizia dalla legge di bilancio del 2021⁵¹⁷, con una dotazione di 1,5 milioni di euro che la proposta di legge cd. Serracchiani intende riferire a ciascun anno a decorrere dal 2021 (non più limitandola al triennio 2021-2023). Tra le discipline su cui il disegno di legge interveniva se ne evidenziano due ulteriori:

- in tema di misure cautelari, il provvedimento modificava l'art. 275 c.p.p. (e, per coordinamento, abrogava l'art. 285-bis c.p.p.) per escludere sempre la custodia cautelare in carcere della donna incinta o madre di prole di età non superiore a 6 anni con lei convivente, prevedendo che in presenza delle *“esigenze cautelari*

⁵¹⁵ Le modifiche prevedevano in particolare che le madri scontassero la pena in carcere (e non in I.C.A.M.) in caso di recidiva e abrogavano l'art. 146 c.p.

⁵¹⁶ Paolo SIANI, *Nessun bambino in carcere. Case famiglia per le madri*, in www.ristretti.org, 3 aprile 2022.

⁵¹⁷ L. n. 178 del 2020.

- di eccezionale rilevanza*” la custodia cautelare sia obbligatoriamente disposta presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri;
- in tema di rinvio obbligatorio e facoltativo della pena, interveniva sugli artt. 146 e 147 c.p. consentendo il differimento anche al condannato padre, qualora la madre sia deceduta o comunque impossibilitata a prendersene cura e non vi siano parenti idonei entro il quarto grado⁵¹⁸.

⁵¹⁸ SERVIZIO STUDI DIPARTIMENTO DI GIUSTIZIA, *Disposizioni in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in www.camera.it, 24 gennaio 2023.

Bibliografia

AEBI Marcelo, COCCO Edoardo, MOLNAR Lorena, TIAGO Mélanie, *SPACE I – 2021 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, 2022.

AEBI Marcelo, COCCO Edoardo, MOLNAR Lorena, *SPACE I – 2022 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*, in www.unil.ch/space, 2023.

AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *Manuale di diritto europeo in materia di diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, in www.fra.europa.eu, 2015.

ALIPRANDI Damiano, *Legge Siani: lo Stato deve finanziare le case-famiglia per detenute madri*, 2013, in www.ristretti.org.

ALSTON Philip, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, n. 8, 1994, pp. 1-25.

ASSOCIAZIONE ANTIGONE, *Proposte per un nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario*, in www.antigone.it, 2021.

ALEJOS Marlene, *Babies and Small Children Residing in Prisons*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2015.

ATABAY Tomris, *Handbook on Women and Imprisonment*, in www.unodc.org, 2014.

AUGELLI Alessandra, *Genitori “dentro”: la detenzione, le relazioni familiari e le sfide educative*, in *Critical Hermeneutics*, 2022, n. 1, pp. 23-42.

AULETTA Tommaso, *Diritto di famiglia*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022.

BALESTRA Luigi, *Profili di rilevanza della convivenza more uxorio*, in www.fondazione-notariato.it, 2014.

BARTOLE Sergio, DE SENA Pasquale, ZAGREBELSKY Vladimiro, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012.

BARZANÒ Piera, *The Bangkok Rules: An International Response to the Needs of Women Offenders*, in *UNAFEI – Resource material series*, 2013, n. 90, pp. 81-95.

BASTICK Megan, TOWNHEAD Laurel, *Women in prison: A commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Quaker United Nations Office, Ginevra, 2008.

BEDETTI Nicole, *La maternità in carcere: aspetti giuridici e psicologici*, intervento tenuto presso l'8° Corso di formazione in Psicologia giuridica, psicopatologia e psicodiagnostica forense, in aipgitalia.org, 2008.

BELLANTONI Giuseppe, *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Ordines*, 2015, n. 1, pp. 121-149.

BERTACCINI Davide, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di Massimo Pavarini*, II ed., Bononia University Press, Bologna, 2021.

BIANCA Cesare Massimo, *Diritto civile – Vol. 2: La famiglia*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017.

BORGEAUD-GARCIANDÌA Natacha, *Nurseries pénitentiaires*, in *Déviance et société*, 2022, vol 46, n. 4, pp. 453-487.

BORTOLATO Marcello, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3, pp. 119-128.

BOWLBY John, *Attaccamento e perdita – Vol. 1, L'attaccamento alla madre*, Borighieri, Torino, 1976.

BRETT Rachel, *Best interest of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice*, in www.childrenofprisoners.eu, 2018.

BRUNETTI Carlo, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2008, n. 3, pp. 107-128.

BRUNO Desi, *Donne detenute e genitorialità “fuori dalle mura”*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, n. 11, pp. 1-8.

CAGGIA Fausto, ZOPPINI Andrea, *Art. 29 Cost in Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

CAMPBELL Tom, *The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1992, n. 6, pp. 1-23.

CANCELLERIA DEL CONSIGLIO D'EUROPA, *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in www.echr.coe.int, aggiornata al 31 agosto 2022.

CAPITTA Anna Maria, *L'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale: un altro tassello verso il superamento degli automatismi preclusivi per la tutela dei minori*, in *Archivio penale*, 2022, n. 2, pp. 1-38.

CAPITTA Anna Maria, *Permessi premio ai condannati per reati ostativi: la Consulta abbatte la presunzione perché assoluta – Corte cost., n. 253 del 2019*, in www.archiviopenale.it, 4 dicembre 2019.

CARACENI Lina, *Preclusioni assolute ex art. 58-quater ord. pen. e detenzione domiciliare speciale: verso una nuova declaratoria di incostituzionalità?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 10, pp. 257-265.

CARMELITANO Tiziana, *Detenuti trans, "protetti" in sezioni speciali, abusati, umiliati*, in www.vociglobali.it, 11 marzo 2020.

CASSESE Sabino, *I diritti umani oggi*, IV ed., Laterza, Roma-Bari, 2009.

CASSETTI Luisa, *Art. 31 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

CHILDREN OF PRISONERS EUROPE, *Who we are*, in www.childrenofprisoners.eu.

CIVININI Maria Giuliana, *L'agente del governo nel sistema convenzionale*, in *Questione giustizia – Speciale: La Corte di Strasburgo*, a cura di Francesco Buffa e Maria Giuliana Civinini, 2019, n. 1, pp. 97-102.

COLAMUSSI Marilena, *Bisogni e diritti delle donne detenute*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 269-299.

COLAMUSSI Marilena, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, n. 2, pp. 503-519.

COMMISSIONE GIOSTRA, *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *www.giustizia.it*, 2017

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Disciplina delle esigenze della tutela della maternità e dei figli minori dei detenuti, con particolare riferimento all'esercizio dei poteri del magistrato di sorveglianza e del Tribunale per i minorenni*, in *www.csm.it*, 26 luglio 2006.

CONTI Andrea, *La bigenitorialità nella fase cautelare e nell'esecuzione della pena: il ruolo del padre*, in *Diritto penale e processo*, 2020, n. 4, pp. 552-564.

COPPETTA Maria Grazia, *Art. 42. Trasferimenti*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, pp. 578-583.

COPPETTA Maria Grazia, *Art. 45. Assistenza alle famiglie*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Vittorio Grevi, Franco Della Casa, Glauco Giostra, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, pp. 508-509.

CORSO Piermaria, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Piermaria Corso, VII ed., Monduzzi, Milano, 2019.

COSTANZO Gabriella, *Madre e bambino nel contesto carcerario italiano*, Armando, Roma, 2013.

COYLE Andrew, *Revision of the European Prison Rules, a contextual report*, in *European Prison Rules*, in *European Prison Rules*, Council of Europe Publishing, 2006, pp. 101-132.

CRIMI Francesco, *Art. 1 – Trattamento e rieducazione*, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

CRIMI Francesco, *Art. 28 – Rapporti con la famiglia*, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

CRIMI Francesco, *Art. 30 ter – Permessi premio*, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

CRIMI Francesco, *Art. 42 – Trasferimenti*, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

D'ANGELO Ernesto, *La disciplina dei permessi*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 197-221.

DE GAETANO Vincent, *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu*, in *Questione giustizia – Speciale: La Corte di Strasburgo*, a cura di Francesco Buffa e Maria Giuliana Civinini, 2019, n. 1, pp. 17-22.

DE STROBEL Gabriella, *Diritti e doveri personali delle unioni civili: una differenza rispetto al matrimonio?*, in *Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori (AIAF)*, 2017, n. 4, pp. 60-64.

DI GENNARO Giuseppe, *Il trattamento penitenziario*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 98-119.

DI GENNARO Giuseppe, *Art. 45 – Assistenza alle famiglie in Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione: commento alla Legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, Giuffrè, Milano, 1997.

DIPARTIMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA, *Le regole penitenziarie europee. Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 Gennaio 2006*, in www.rassegnapenitenziaria.it, Roma, 2007.

DOLCINI Emilio, *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 55-97.

FABINI Giulia, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, in www.antigone.it. 2017.

FIORENTIN Fabio, *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

FIORENTIN Fabio, *La riforma penitenziaria (dd.lgs.121, 123, 124/2018)*, Giuffrè, Milano, 2018.

FIORIO Carlo, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 4, p. 2442-2452.

FIORIO Carlo, *Le priorità: individualizzazione del trattamento e apertura all'ambiente esterno*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 195-208.

FLICK Giovanni Maria, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto penale e Costituzione*, 2012, n. 1, pp. 187-201.

FORTI Gabrio, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, n. 2, pp. 237-263.

FREEMAN Michael, *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child*, Nijhoff, Leiden, 2007.

FRIGO Giuseppe, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2011.

GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento del 2018*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

GIAMMARINARO Maria Grazia, *La tutela del rapporto fra detenute e figli minori: alcune riflessioni*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2001, n. 2, pp. 321-327.

GIORS Barbara, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 60-91.

GIUNTA Fausto, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 1988, p. 586-613.

GRATTAGLIANO Ignazio, PIETRALUNGA Susanna, TAURINO Alessandro, CASSIBBA Rosalinda, LACALANDRA Giuliana, PASCERI Maria, PRETI Elisabetta, CATANESI Roberto, *Essere padri in carcere. Riflessioni su genitorialità e stato detentivo ed una review di letteratura*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2016, n. 1, pp. 6-17.

GREVI Vittorio, *Introduzione in Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Vittorio Grevi, Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 1-54.

GREVI Vittorio, DELLA CASA Franco, GIOSTRA Glauco, *Art. 1. Trattamento e rieducazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, pp. 3-14.

HØIDAL Are, *Normality behind the Walls: Examples from Halden prison*, in *Federal Sentencing Reporter*, 2018, vol. 31, n. 1, pp. 58-66.

IORI Vanna, *La genitorialità in carcere*, in *Minorigiustizia*, 2014, n. 3, pp. 76-83.

KASEY McCall-Smith, *Introductory note to United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in *International Legal Materials*, 2016, vol. 55, n. 6, pp. 1180-1182.

KRIMINALFORSORGEN, *Information on serving a prison sentence*, in www.kriminalforsorgen.dk.

KRIMINALOMSORGEN, *About the Norwegian Correctional Service – Principle of normality in the Correctional Service*, in www.kriminalomsorgen.no.

KRIMINALOMSORGEN, *Barneansvarling*, in www.kriminalomsorgen.no.

KRIMINALVÅRDEN, *Information sheet for Swedish prisoners in the European Union*, in www.euopris.org.

LAMARQUE Elisabetta, *Art. 30 Cost.* in *Costituzione commentata*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

LOMBARDI Lia, *Maternità in carcere. Una ricerca sulla salute riproduttiva delle donne negli istituti a custodia attenuata per madri detenute (ICAM)*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, n. 3, pp. 509-523.

LONG Joëlle, *Essere madre dietro le sbarre*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 107-156.

LORENZETTI Anna, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, pp. 151-168.

LORENZETTI Anna, *Genere e detenzione. Le aporie costituzionali di fronte a una "doppia reclusione"*, in *Rivista di BioDiritto*, 2021, n. 1, pp. 139-163.

LORUSSO Sergio, *Trattamento carcerario e Regole del Consiglio d'Europa*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 181-194.

MAGNANESI Simona, RISPOLI Elisabetta, *La finalità rieducativa della pena e dell'esecuzione penale*, in www.cortecostituzionale.it.

MANTOVANI Giulia, *La de-carcerizzazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 1, pp. 231-264.

MANTOVANI Giulia, *Marginalizzazione del carcere e tutela della relazione madre-figlio*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 151-328.

MARGARA Alessandro, PISTACCHI Paolina, SANTONI Sibilla, *Nuove prospettive nella teoria dell'attaccamento e tutela del rapporto genitoriale quando un genitore è detenuto*, in *Minorigiustizia*, 2005, n. 1, pp. 83-112.

MARIETTI Susanna, *I numeri della detenzione femminile: poche e poco criminali*, in www.rapportoantigone.it, 2023.

MARTYNOWICZ Agnieszka, *Children of Imprisoned Parents*, in www.childrenofprisoners.eu, 2011.

MASTROPASQUA Giuseppe, *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, Cacucci, Bari, 2007.

MINAFRA Mena, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più "bambini detenuti"*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, f. 2-bis, pp. 102-118.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La prise en charge en détention*, in www.justice.gouv.fr.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2022-478 du 30 mars 2022*, in *Journal officiel électronique de la République française*, 2022, n. 0080.

MINISTERO DI GIUSTIZIA, *Relazione sulla visita in Norvegia di una delegazione degli Stati generali sull'esecuzione penale*, in www.giustizia.it, 2015.

MONE Daniela, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale umana e diritti del bambino*, in *DPER online*, 2017, n. 2, pp. 27-41.

MONETINI Settimio, *I bambini ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute. Il ruolo dell'amministrazione penitenziaria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, n. 3, pp. 79-151.

MURRO Ottavia, *Il rapporto tra controllo e garanzie della corrispondenza*, in *Diritto penale e processo*, 2010, n. 2, pp. 706-713.

MUSSIO Stefania, *Art. 3. Parità di condizioni fra i detenuti e gli internati*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Vittorio Grevi, Franco Della Casa, Glauco Giostra, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, pp. 30-41.

NAPOLI Giuseppe Melchiorre, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare*, Giappichelli, Torino, 2014.

NATIONAL COUNCIL FOR CHILDREN, *Report to the UN Committee on the Rights of the Child*, in www.boerneraadet.dk, 2005.

PARLAMENTO EUROPEO, *Raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sui diritti dei detenuti nell'Unione europea*, in www.europarl.europa.eu, 9 marzo 2004.

PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo sul 30° anniversario della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti dell'infanzia*, in www.europarl.europa.eu, 26 novembre 2019.

PARLAMENTO EUROPEO, CONSIGLIO, COMMISSIONE, *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02)*, in www.fra.europa.it, 2007.

PARLIAMENTARY JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *The right to family life*, in <https://publications.parliament.uk>, 9 settembre 2019.

PAURUS Melanie, *International Report on the Conditions of Children of Incarcerated Parents: A Survey of Prison Nurseries*, University of Minnesota, 2017.

PENAL REFORM INTERNATIONAL, *The rights of children when their parents are in conflict with the law*, in www.penalreform.org, 2012.

PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the United Nations Rules on the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (The Bangkok Rules)*, in www.penalreform.org, 2013.

PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Women in detention: Putting the UN Bangkok rules into practice*, in www.penalreform.org, 2017.

PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Guidance document on the Nelson Mandela Rules: Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, in www.penalreform.org, 2018.

PICCHI Marta, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura*, in www.forumcostituzionale.it, 15 marzo 2019.

PIERCE Jennifer, *Making the Mandela Rules: Evidence, Expertise, and Politics in the Development of Soft Law International Prison Standards*, in *Queen's Law Journal*, 2018, n. 2, pp. 263-295.

PULVIRENTI Antonino, *La semplificazione di controlli (corrispondenza, permessi) e procedure (reclamo, liberazione anticipata)*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 385-418.

REGISTRY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights*, in www.echr.coe.int, updated on 31 August 2022.

ROBERTSON Oliver, *Children Imprisoned by Circumstances*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2008.

RONCO Daniela, *Diritti LGBTQAI+ in carcere: la difficile affermazione dell'identità di genere tra norme, pratiche e spazi del penitenziario*, in *È vietata la tortura – XIX Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2023, pp. 291-298.

ROSSI Alessandra, *I diritti LGBT+ in carcere*, in *Il carcere visto da dentro – XVIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2022, pp. 260-272.

RUARO Massimo, *Detenzione domiciliare speciale per detenute madri*, in www.dirittopenaleuomo.org, 2014.

RUARO Massimo, SANTINELLI Chiara, *Art. 18. Colloqui, corrispondenza e informazione*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, pp. 231-268.

SALVATI Antonio, *Le relazioni familiari dei detenuti*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, n. 5, pp. 1-18.

SAPONARO Luisa, “*Restyling*” *del trattamento individualizzato*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020 pp. 229-244.

SARDELLA Roberta, INGLESE Annateresa, FERRARA Matteo Pio, DE RISIO Alfredo, *L’infanzia preclusa. Madri e figli in carcere nel III millennio*, in *Quale psicologia*, 2016, n. 4, pp. 81-91.

SARDINA Enrica Valente, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d’Europa*, in *www.dirittopenaleuomo.org*, 2020.

SCHARFF SMITH Peter, *Children of imprisoned parents*, in *www.childrenofprisoners.eu*, 2011.

SCHIRÒ Dalila Mara, *Detenute madri*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento, vol. IX*, a cura di Alfredo Gaito, Bartolomeo Romano, Mauro Ronco e Giorgio Spangher, Utet Giuridica, Torino, 2016, pp. 242-266.

SCOMPARIN Laura, *Il sistema penitenziario*, in *Giustizia penale e servizi sociali*, a cura di Guido Neppi Modona, Davide Petrini, Laura Scomparin, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 187-340.

SERVIZIO STUDI DIPARTIMENTO DI GIUSTIZIA, *Disposizioni in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *www.camera.it*, 24 gennaio 2023.

SIANI Paolo, *Nessun bambino in carcere. Case famiglia per le madri*, in www.ristretti.org, 3 aprile 2022.

SIRACUSANO Fabrizio, *Art. 28. Rapporti con la famiglia*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Franco Della Casa, Glauco Giostra, VI ed., CEDAM, Padova, 2019, pp. 388-400.

SNACKEN Sonja, VAN ZYL SMIT Dirk, *Principles of European Prison Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

SNACKEN Sonja, *Human Dignity and/or Human Rights for Prisoners? A Belgian Example*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2015, vol. 27, n. 2, pp. 181-189.

SOCIAL CARE INSTITUITE FOR EXCELLENCE, *Children of prisoners – Maintaining family ties*, in *Children and Families' Service SCIE Guide*, 2009, n. 22.

SPANGHER Giorgio, *Art. 29. Comunicazioni dello stato di detenzione, dei trasferimenti, delle malattie e dei decessi*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Vittorio Grevi, Franco Della Casa, Glauco Giostra, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, pp. 370-374.

STALFORD Helen, *The role (actual and potential) of the EU in enhancing the rights of children of prisoners: legal and policy perspectives*, in *European Journal of Parental Imprisonment, An evolving child rights agenda*, 2015, pp. 5-8.

STANZIONE Maria Gabriella, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, n. 3, pp. 105-157.

TOLLIS Andrea, *Le case famiglia protette e il “caso milanese”*, in *Donne ristrette*, a cura di Giulia Mantovani, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 329-363 .

TOMASELLI Ennio, *La Carta dei figli dei genitori detenuti*, in *Minori giustizia*, 2014, n. 3, pp. 175-183.

TOMASI Laura, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione Giustizia*, 2019, n. 2, pp. 39-52.

TOMKIN Jean, *Orphans of Justice. In Search of the Best Interests of the Child when a Parent is Imprisoned*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2009.

TOWNHEAD Laurel, *Children of Incarcerated Parents: International Standards and Guidance*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2015.

TRIGGIANI Nicola, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Marilena Colamussi, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 245-268.

UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report of the 34th Session*, in www.digitallibrary.un.org, 1978.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment no. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, in *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, 2004, n. 7, pp. 332-351.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Considerations of reports submitted by State Parties under Article 44 of the*

Convention. Concluding observations: Thailand, in www.digitallibrary.un.org, 2006.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHT OF THE CHILD, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on “Children of Incarcerated Parents”*, in www.ohchr.org, 2011.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, in www.ohchr.org, 2013.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Guidelines for the Alternative Care of Children*, in www.digitallibrary.un.org, 2010.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment no. 18: Non-discrimination*, in *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, 2004, n. 7, pp. 146-148.

VERRINA Daniela, *Art. 7. Vestiario e corredo*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Vittorio Grevi, Franco Della Casa, Glauco Giostra, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, pp. 125-127.

VON HOFFER Hans, *Punishment and Crime in Scandinavia*, in *Crime and Justice*, 2011, vol. 40, n. 1, pp. 33-107.

WOLLESWINKEL Ria, *Children of Imprisoned Parents*, in *Developmental and Autonomy Rights of Children: Empowering Children, Caregivers and Communities*, a cura di Jan C.M. Williems, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2002, pp. 191-207.

ZAMPOGNA Maria Teresa, MEAZZA Lorenzo Nicolò, *La tutela del rapporto genitoriale tra i padri detenuti in custodia cautelare e i figli minori: profili di illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, n. 5, pp. 1-10.

ZAPPA Giancarlo, *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1988, n. 1-3, pp. 1-79.

ZINGALES Umberto, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 2015, n. 2, pp. 186-194.