

GenIUS

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

SARAH GRIECO

La relazione materna oltre le sbarre.
Scenari attuali e prospettive possibili

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

online first
8 gennaio 2023

La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive possibili

Sommario

1. La tutela della maternità reclusa: difficoltà applicative e vuoti di tutela – 2. Gli ostacoli alla “esternalizzazione della detenzione” delle madri detenute – 3. Le disparità di trattamento in ambito di regime cautelare – 4. La preclusione assoluta dell’età del minore – 5. Il lavoro della Consulta a protezione della continuità genitoriale nel rapporto madre-figlio – 6. Prospettive de iure condendo - 6.1. Il passo necessario nella lunga marcia contro gli automatismi preclusivi: oltre il dato anagrafico del minore come unico parametro di valutazione - 6.2. La tutela della maternità e dell’infanzia per i “minori visibili”... - 6.3. ...e per quelli “invisibili”: la tutela della genitorialità “dentro le mura” – 7. In conclusione.

Abstract

Il presente contributo rappresenta un’occasione per riflettere sulla dimensione della maternità reclusa. Ripercorrendo le principali tappe a cui è approdato il legislatore e la giurisprudenza costituzionale in questi anni, se ne evidenziano luci e ombre, sotto la lente dell’“interesse complesso” del minore ad un rapporto quanto più possibile “normale” e “continuativo” con i genitori, ed in particolare con la madre. Dall’analisi dei principali ostacoli che ancora si frappongono alla tutela della maternità e dell’infanzia, sia in fase cautelare che in sede di esecuzione della pena, si suggeriscono prospettive *de iure condendo*, in grado di attenuare le ricadute della detenzione delle madri sui figli; soggetti totalmente estranei alla pena, eppure ugualmente “vittime secondarie” della stessa.

This contribution represents an opportunity to reflect on the imprisoned motherhood aspect. The work follows the main steps developed in the recent years by the legislator and constitutional jurisprudence, highlighting lights and shadows: from the minor's "complex interest" view to the preservation of a "normal" and "continuous" relationship with the parents, particularly with the mother. Starting from the analysis of the main hurdles still on the way to protect maternity and childhood, both during precautionary and execution of the sentence, a series of de iure condendo perspectives are suggested, aiming at mitigating the effects of the mother's detention on their children who are subjects totally unrelated to the sentence, yet equally "secondary victims".

* Docente di diritto dell'Esecuzione Penale - Coordinatore scientifico Polo Universitario Penitenziario UNICAS e Sportello per i diritti dei detenuti - Referente UNICAS Conferenza Nazionale Poli Universitari penitenziari – CNUPP. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. La tutela della maternità reclusa: difficoltà applicative e vuoti di tutela

La detenzione al femminile, con le sue numerose criticità, è un fenomeno ancora troppo poco indagato nel nostro Paese¹. L'inferiorità numerica - oltre a sacrificare, a causa dell'esiguo numero di istituti e sezioni femminili, quel principio di "territorialità", sancito dagli articoli 14 e 42 dell'ordinamento penitenziario² e rafforzato dall'ultima riforma penitenziaria³ - si traduce, inevitabilmente, in una minore attenzione da parte delle istituzioni competenti. Le donne recluso sono così sempre più confinate nella condizione di "emarginate tra gli emarginati".

In questo quadro di diritti mancati, quello alla maternità è, indubbiamente, l'unico realmente attenzionato dal legislatore che, altrove, si è limitato per lo più a qualche "ritocco"; a dispetto delle indicazioni provenienti dai Trattati internazionali e dagli Stati Generali dell'Esecuzione Penale⁴.

La maggiore attenzione prestata alla dimensione della maternità è, senza dubbio, da attribuire alla presenza, tra i soggetti coinvolti, di soggetti terzi, totalmente estranei alla pena e particolarmente bisognosi di cure: i minori, "vittime secondarie" della detenzione.⁵

È opportuno, fin d'ora, rimarcare che, in questa categoria, rientrano non solo i bambini presenti in carcere, ma anche i cd. "figli invisibili"⁶. Si tratta di quei minori, maggiori di tre anni, che risiedono, nella maggior parte dei casi, nella famiglia d'origine o collocati presso terzi, e che vivono indirettamente la detenzione: dall'esperienza traumatica dell'arresto, alle ridotte telefonate fino ai colloqui in ambienti che poco agevolano l'intimità e l'affettività. La perdita delle cure parentali, determinata dalla permanenza in carcere del genitore, rappresenta un danno riflesso definito, opportunamente, dalla stessa giurisprudenza "carcerizzazione dell'infante"⁷.

Oltre ai ben noti presidi costituzionali, racchiusi negli articoli 2, 29 e 31 della Costituzione e volti a tutelare la famiglia e la maternità quali diritti inviolabili della persona, dal lato dei minori, figli di detenuti, si assiste ad una palese violazione del diritto del bambino a godere delle cure di ciascun genitore⁸.

1 Per un ritratto collettivo della condizione detentiva femminile in Italia cfr. G. Zuffa e S. Ronconi, *La prigionie delle donne. Idee e pratiche per i diritti*, Futura, Roma, 2020; G. Zuffa e S. Ronconi, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere*, Ediesse, Roma, 2015. Le autrici danno voce alle detenute, raccontando di strategie personale e collettive per contrastare la mortificazione e la perdita di sé.

2 D.lgs. 123/2018, lettera e).

3 Il nuovo art. 42 dell'Ordinamento Penitenziario *post* legge n. 103 del 2017, meglio conosciuta come Riforma Orlando ha, infatti, introdotto un termine di 60 giorni concesso all'amministrazione penitenziaria, per evadere le richieste di trasferimento con atto motivato; in caso di rigetto, ma anche di silenzio, al detenuto sono concessi 60 giorni di tempo per presentare reclamo ex art. 35 *bis*. Per un approfondimento cfr. F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs., n. 121, 123, 124/2018)*, in *Il Penalista*, Giuffrè, 2019, p. 71.

4 *Stati generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 3 - Donne e carcere*, in <http://www.giustizia.it/>.

5 I dati riportati da Antigone, al 28 luglio 2022, consegnano numeri tristemente in risalita: 24 donne con 25 figli al seguito, a fronte delle 15 detenute con 16 bambini a gennaio 2022. Sono, invece, approssimativamente 60mila i bambini e i ragazzi con genitori in carcere, a fronte del dato che quasi un detenuto su due ha figli minori.

6 S. Baldassarri, *Donne in carcere e figli: diritto al colloquio e autorizzazione alla corrispondenza*, in D. Pajardu, R. Adorno, C.M. Lenardo e C.A. Romano (a cura di), *Donne e Carcere*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 234.

7 Corte costituzionale, sentenza dell'11 gennaio 2022, n. 30.

8 Corte costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2013, n. 7 che ha definito la "speciale rilevanza" dell'interesse "complesso" del figlio minore a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia.

L'“interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione”⁹, non solo assume una speciale rilevanza nella nostra Carta fondamentale (segnatamente all'art. 31 comma 2 Cost.), ma rappresenta un valore di rango superiore riconosciuto dall'intera comunità internazionale, a cui il nostro ordinamento è tenuto ad uniformarsi ai sensi dell'art. 117 Cost. Solo per citare uno degli atti sovranazionali più rilevanti sulla tutela dei minori, la Convenzione Onu sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza¹⁰, strumento dotato di forza obbligatoria, al terzo comma dell'art. 9, comma terzo, afferma che gli Stati parti sono tenuti a rispettare il diritto del fanciullo (dove per fanciullo si intende il minore di anni 18), separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori; a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo (cfr. *infra*).

L'esperienza empirica insegna che la privazione della libertà di una madre, in debito con la giustizia, è in grado di generare impatti devastanti sia sulla madre che sul minore¹¹. Sulla prima, attenta alla sua salute psico-fisico¹²; sul secondo, rappresenta un fattore in grado di minare il suo corretto percorso di crescita e sviluppo. Un'interruzione, o profondo condizionamento, del rapporto affettivo e di cura di cui la detenzione è, spesso, l'unica responsabile: la preservazione del rapporto familiare non viene compromessa dalla condotta criminosa della madre, ma dal suo distacco forzato¹³. Per il minore diventa pregiudizievole non tanto la gravità o il disvalore della condotta del genitore, elementi sui quali non può e non deve dedursi la sua capacità genitoriale, quanto il fatto che detta condotta possa cagionare un danno al suo regolare sviluppo psico-fisico¹⁴.

2. Gli ostacoli alla “esternalizzazione della detenzione” delle madri detenute

La necessaria salvaguardia del benessere psico-fisico del bambino impone l'allontanamento delle madri dal circuito penitenziario come obiettivo primario.

⁹ Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2012, n. 31 con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, comma 2 c.p., consegua di diritto la perdita della responsabilità genitoriale; così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto.

¹⁰ *Convention on the Rights of the Child – CRC*, firmata a New York il 20 novembre e ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 1991.

¹¹ L'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare e la particolare situazione delle donne detenute sono affrontati anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 (2007/2116 (INI)).

¹² Per quanto esuli dal presente lavoro, è di interesse notare come la condizione della madre detenuta sia attraversata da sentimenti di inadeguatezza e di privazione di autorevolezza genitoriali indotti dallo stato detentivo, V. S. Ronconi, *Il carcere delle donne. Insanabili aporie e forza delle soggettività*, in N. Gandus, C. Tonelli (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Mimesis, Milano, 2019, p. 13 ss.; M.L. Fadda, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in www.ristrettiorizzonti.it, 2010; M. Miravalle, *Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, Ledizioni, Milano, 2019, p. 31 e ss.

¹³ Sulla presunzione di inidoneità genitoriale in ragione della commissione dei reati e dello stato di detenzione Cfr. S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

¹⁴ In tal senso è la Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura in materia di “Tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata”, www.csm.it, 31 ottobre 2017.

Nonostante la decisa evoluzione normativa, a cui abbiamo assistito a partire dalla seconda metà degli anni ottanta,¹⁵ volta a ridurre l'impatto della detenzione sul rapporto genitoriale e a porre al centro il fascio dei diritti e delle libertà del bambino coinvolto, - riconosciuto come titolare di un diritto all'assistenza materna in modo continuato e in ambiente familiare - la cd. "esternalizzazione della detenzione" è rimasta pressoché inattuata.

Consacrata dalla legge n. 62 del 2011, con la creazione di un apposito circuito penitenziario a custodia attenuata per madri (e, in via residuale, padri) con figli a carico¹⁶, la riforma è stata amputata, *in primis*, dalle evidenti carenze strutturali di adeguate risorse finanziarie per realizzare strutture alternative al carcere, idonee ad ospitare le detenute madri con i loro bambini. Come già emerso in seno al Tavolo 3 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale¹⁷, difatti, il numero degli ICAM¹⁸ è rimasto irrisorio, al pari delle case famiglia protette (due), limitate anche dalla presenza di vincoli economici, legislativamente imposti, per la loro edificazione.

È evidente che, per quanto possa arricchirsi l'elenco normativo dei luoghi potenzialmente idonei all'esecuzione in forma domiciliare della detenzione, diversi dalla privata abitazione, l'esclusione dei soggetti meno attrezzati è comunque destinata a persistere, fino a quando quel catalogo non trovi concreto riscontro nell'effettiva disponibilità di un'adeguata rete di strutture ricettive distribuite su tutto

- 15 Sono note le diverse riforme penitenziarie susseguitesesi negli anni hanno progressivamente esteso la possibilità dei percorsi esterni per le detenute madri: dapprima con l'introduzione della detenzione domiciliare ordinaria ex art. 47-ter ord.pen. (articolo aggiunto dalla l. 10 giugno 1986, n. 663, meglio conosciuta come "Legge Gozzini", e poi modificato dalla successiva legge 27 maggio 1998, n. 165, cd. "Legge Simeone", con cui si è aumentato prima a cinque, poi a dieci anni l'età-soglia del figlio, in presenza della quale la madre può essere ammessa alla detenzione domiciliare). Successivamente, ed in modo più incisivo, con la legge 8 marzo 2001, n. 40, cd. "Legge Finocchiaro", che ha introdotto - oltre alla possibilità di assistenza all'esterno in favore dei figli di età non superiore ai dieci anni (art. 21-bis della legge n. 354 del 1975) - la disciplina della detenzione domiciliare speciale, ex art. 47-quinquies ord.pen. Tale quadro ha visto un'ulteriore implementazione con le modifiche apportate dalla legge 2011, n. 62. Cfr. G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio*, G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, cit., pp. 195-325.
- 16 La legge 21 aprile 2011, n. 62, con l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 47-quinquies ord.pen., oltre a estendere l'applicazione della misura sin dall'inizio della esecuzione della pena, ha reso utilizzabili a tale scopo anche altri luoghi, diversi dal domicilio, nei quali la madre (o il padre in sua vece) possa restare accanto al figlio minore degli anni 10: gli I.C.A.M. ovvero, "se non sussiste un concreto pericolo di commissione di altri delitti o di fuga", le case famiglia protette. Ciò per porre fine alle discriminazioni sorte per quelle donne socialmente deboli, o in condizioni di particolare fragilità, per le quali si presentava una maggiore difficoltà di accesso ai benefici, per mancanza di un domicilio stabile e idoneo. A. Vesto, *Madri detenute e figli minori: il ruolo della responsabilità genitoriale tra affettività e tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 101-119.
- 17 Cfr. la relazione finale del Tavolo 3, coordinato da T. Pitch e composto da G. Bezzi, L. Cesaris, I. Del Grosso, M. Graziosi, E. Pierazzi, D. Stasio, S. Steffenoni in www.giustizia.it, secondo cui la presenza di bambini all'interno delle strutture penitenziarie è dovuta alla scarsa diffusione, sul territorio nazionale, di istituti a custodia attenuata per detenute madri e di case famiglia protette, nonché allo scetticismo della magistratura che, spesso, in assenza di un domicilio ritenuto "sicuro", non concede la detenzione domiciliare.
- 18 Gli Istituti a custodia attenuata per detenute madri (o detenuti padri, quando la madre sia deceduta o comunque impossibilitata a dare assistenza ai figli) hanno caratteristiche strutturali diverse rispetto alle carceri tradizionali. Sebbene restino strutture detentive, richiamano un modello organizzativo di tipo comunitario, da realizzarsi, all'esterno dei tradizionali istituti penitenziari, in strutture dotate di sistemi di sicurezza non riconoscibili da parte dei bambini al seguito delle madri e prive dei tipici riferimenti all'edilizia carceraria (si pensi, ad esempio, alle sbarre, all'assenza di divise etc), con operatori specializzati in grado di sostenere le detenute nella cura dei figli e di assicurare regolari uscite dei bambini all'esterno. Gli ICAM sono attualmente solo 5, con una distribuzione territoriale disomogenea.

il territorio nazionale.

Davanti a tali evidenze, e nonostante i rilievi degli Stati Generali, il legislatore della Riforma Orlando, anziché riconoscere centralità alla collocazione fuori dal carcere delle madri, potenziandole con stanziamenti opportuni, ha conservato una visione “carcerocentrica”. All’art 11, comma 6 dell’ordinamento penitenziario si prevede, infatti, la possibilità di tenere presso di sé i figli fino all’età di tre anni, gestiti in appositi asili nido per la loro cura e assistenza, che l’Amministrazione penitenziaria deve obbligatoriamente fornire. Pur riconoscendo la scelta di una più opportuna collocazione della disciplina, la norma sorprende nella misura in cui ammette la presenza di bambini in carcere. L’interesse del minore a crescere in un contesto “di normalità”,¹⁹ resta ai margini di una riforma che non fa alcun cenno agli ICAM e alle case famiglia protette; uniche strutture in grado di relegare la soluzione penitenziaria in uno spazio idealmente residuale²⁰.

Alla ridotta applicazione dell’ampio ventaglio di alternative al carcere che la legge fornisce, contribuisce, inoltre, la sempre più rimarcata indicazione del legislatore di una prognosi positiva sul futuro comportamento della donna, come condizione di applicazione delle misure.

L’art. 47-*quinquies* comma 1 della Legge 354/75 richiede, anche dopo la riforma del 2011, all’autorità giudiziaria di accertare che “non sussista il concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti”. A fronte di un ambito operativo così esteso, il legislatore ha voluto utilizzare una formula generica che ricalca quella cautelare (art. 274 c.p.p., lettera c), concedendo all’autorità giudiziaria di valutare liberamente l’opportunità della concessione della misura.

Il giudice, oltre ai presupposti formali, dovrà inoltre verificare la possibilità sia di un reinserimento sociale che di un effettivo esercizio delle cure parentali²¹.

La scarsa conoscenza, da parte dei giudici di cognizione, oltre che degli stessi magistrati di sorveglianza, delle donne coinvolte e della loro specifica situazione familiare²², rende tali requisiti di indubbio ostacolo alla concessione delle misure alternative e conduce, con riguardo al pericolo di recidiva, ad un sostanziale appiattimento della magistratura rispetto ai precedenti penali della condannata²³.

Il legislatore – si è osservato – avrebbe così dimostrato di voler collocare il “nuovo” istituto “nell’alveo delle tradizionali misure alternative [...] caratterizzate da valutazioni concernenti una raggiunta, anche se parziale, affidabilità esterna del condannato che si ritiene di poter gradualmente reinserire nella vita sociale, senza apprezzabili rischi di ricadute recidivanti”²⁴. Si tratta di una condizione restrittiva molto rilevante, perché l’esperienza insegna che le principali destinatarie della nuova misura alternativa sono donne nomadi, con pene elevate per la reiterazione nel tempo di piccoli reati contro il patrimonio e con numerosi bambini al seguito: donne rispetto alle quali è molto difficile che la prognosi di recidiva abbia un esito positivo²⁵.

19 Concetto ribadito a più riprese dalla Corte Costituzionale in tema di reati ostativi.

20 M. Colamussi, *Bisogni e diritti delle donne detenute*, in M. Colamussi, *La nuova disciplina penitenziaria*, Giappichelli, 2020, Torino, p. 298 e ss.

21 Cfr. Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 19 luglio 2018, n. 47092; Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 7 marzo 2013, n. 38731.

22 *Lo Studio Globale delle Nazioni Unite sui Bambini Privati della Libertà nel contesto italiano: Incontro di follow-up con rilevanti autorità garanti indipendenti in Italia, Relazione finale*, 2021, <https://repository.gchumanrights.org/>

23 Sul rischio che la prognosi di recidiva della donna madre si appiattisca sui suoi precedenti penali, sacrificando così l’interesse del minore a esigenze di difesa sociale del tutto teoriche, cfr. Cassazione Penale, Sezione I, sentenza n. 16945 del 25 maggio 2020.

24 P. Canevelli, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 7, p. 807 e ss.

25 N. Cardinale, *Detenzione domiciliare speciale e interesse superiore del minore*, in *Sistema penale*, 2020.

La valutazione rigorosa del Tribunale di Sorveglianza ha, infatti, fino ad ora, limitato l'ambito di applicazione dell'istituto, subordinando, di fatto, l'interesse superiore del minore a (ritenute) esigenze di tutela della collettività dal pericolo di recidiva.

Sul punto si segnala, tuttavia, una recente pronuncia della Corte di Cassazione che potrebbe orientare verso un'interpretazione meno rigorosa del criterio di pericolosità della madre detenuta. La Corte - oltre a dare preminenza all'interesse del minore nel bilanciamento rispetto alla sicurezza sociale²⁶ - ha sottolineato la necessità di una verifica concreta dell'effettivo pericolo di reiterazione del reato che vada ben oltre il "*dato anamnestico costituito dai precedenti penali*" e che evidenzi la concreta inadeguatezza della misura a contenere il rischio di recidiva²⁷.

Nonostante il reiterato vaglio di costituzionalità del Giudice delle Leggi, modellato su una sempre più penetrante sensibilità della stessa giurisprudenza nei confronti dei diritti fondamentali afferenti alla tutela dell'infanzia e della genitorialità²⁸, sulla detenzione domiciliare speciale permane un'ulteriore criticità non ancora affrontata.

Tutte le istanze *ex art. 47-quinquies* ord.pen, devono essere presentate solo una volta iniziata l'espiazione della pena all'interno di un istituto penitenziario, obbligando così la madre a lasciare da soli i figli in tenera età, sia pure per il solo tempo necessario ad ottenere la misura. Nonostante l'introduzione del comma 1-*bis* nell'art. 47-*quinquies* ord.pen., ad opera della legge n. 62 del 2011, con l'applicazione della misura sin dall'inizio della esecuzione della pena, è mancato l'opportuno coordinamento con l'art. 656 c.p.p.. Il comma quinto, infatti, stabilisce che il Pubblico Ministero può chiedere la sospensione dell'ordine di esecuzione solo se la pena da espianare non supera i quattro anni, consentendo così di poter richiedere dalla libertà l'applicazione della sola misura della detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-*ter* ord.pen.) e non anche di quella - del tutto identica nella finalità - dell'art. 47-*quinquies* ord.pen. Pertanto, dopo il compimento dei tre anni²⁹, il minore sarà costretto a subire il distacco materno. Tale lacuna, oltre a rappresentare un ulteriore scoglio legislativo al rispetto del superiore interesse del minore, viola il principio di ragionevolezza (se si assumono quale *tertium comparationis* le disposizioni dell'art. 47-*ter*, comma 1, lettera a) e b), ord.pen.) e di "umanità" dell'esecuzione della pena, laddove impone al condannato detenuto di attendere i tempi di decisione del tribunale di sorveglianza, senza che gli sia consentito l'immediato accesso al beneficio esterno, pur avendone i presupposti.

Il recente intervento costituzionale, che ha sancito l'applicazione provvisoria e in via d'urgenza della misura anche alla detenzione domiciliare speciale, sembra aver escluso, da una prima analisi della motivazione³⁰, tutte quelle detenute madri che chiedono di esservi ammesse nella prima fase di espiazione della pena; ovvero senza aver già espianato la quota di pena preliminare di un terzo o di quindici anni in carcere.

26 F. Fiorentin, *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per le detenute madri in Sistema Penale*, 2021.

27 Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 25 maggio 2020, n. 16945.

28 Da ultimo, con sentenza n. 30 depositata il 3.2.2022, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies* commi 1, 3 e 7 ord.pen. "*nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare speciale può essere proposta al Magistrato di Sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura*".

29 Quando può essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. - cioè fino al compimento dei tre anni del bambino - il Tribunale di sorveglianza può disporre la detenzione domiciliare ordinaria, *ex art. 47-ter* comma 1-*ter* ord.pen.

30 Sul punto cfr. A. Calcaterra, *Un ulteriore passo in avanti nella tutela del minore in ambito penitenziario. Luci ed ombre*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2022.

Tale interpretazione è destinata ad allungare ulteriormente i tempi di attesa, e di distacco, madre-figlio.

3. Le disparità di trattamento in ambito di regime cautelare

Altre distonie subito evidenti si registrano in ambito di applicazione delle misure cautelari³¹, dove la componente femminile è piuttosto diffusa.

Anche le istanze poste alla base di misure restrittive *ante iudicium* non possono indurre ad ignorare l'obiettivo della "tutela di valori coessenziali alla salvaguardia della persona"³².

In sede cautelare, il ventaglio di alternative offerte per la tutela del rapporto madre-figli è infinitamente ridotto, raccogliendosi, essenzialmente, intorno al ricorso agli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) o alla custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri (art. 285-bis c.p.p.), in luogo della restrizione carceraria ordinaria. Scarsità di strumenti legislativi che non ha trovato neppure il sostegno degli interventi della Corte costituzionale in grado di conferire quella elasticità al sistema di cui, invece, hanno beneficiato le misure esecutive della pena (cfr. *Infra*)³³.

Il divieto di custodia *intra moenia*, salvo esigenze cautelari di eccezionale rilevanza³⁴, vige per le madri, già conviventi, con figli di età pari od inferiore ai sei anni; con l'ulteriore previsione della restrizione in istituto a custodia attenuata per detenute madri, nei casi in cui ricorrono gravissime esigenze cautelari, e sempre che tali esigenze lo consentano, secondo la previsione dell'art. 285-bis c.p.p.

L'interesse del minore entro i sei anni all'accudimento materno in un ambiente idoneo non viene, così, riconosciuto come oggetto di una protezione assoluta.

Fuori dai casi di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, il giudice individuerà, il luogo di esecuzione della misura nell'abitazione della donna, in altro di privata dimora, in un luogo pubblico di cura o di assistenza o in una casa famiglia protetta, "ove istituita" (art. 284, comma 1 c.p.p.). Inoltre, la condizione di "adeguatezza" che tale collocazione deve garantire sembra incontrare parametri di valutazione ancora più ristretti rispetto alle misure domiciliari esecutive: il contesto abitativo deve essere idoneo "non solo alla permanenza del soggetto, ma anche ad assicurare le esigenze cautelari, tenuto conto delle caratteristiche ambientali e strutturali e della effettiva possibilità di effettuare i controlli"³⁵.

Nel caso di perdurante pendenza del processo, dopo il sesto compleanno del bambino, la madre

³¹ Anche in ambito di regime cautelare è stata introdotto una sorta di regime speciale della carcerazione. Se il testo originale del comma 4 dell'art. 275 c.p.p. poneva un divieto (relativo) di applicare la misura estrema solo nei confronti delle madri in fase di allattamento, la riforma attuata con la legge n. 332 del 1995 aveva esteso lo stesso regime anche alle madri conviventi di infanti di età pari od inferiore ai tre anni, poi ampliato a sei dalla già citata legge n. 62 del 2011.

³² Corte di cassazione, Sez. II pen., sentenza del 16 marzo 2012, n. 11714.

³³ Corte costituzionale, sentenza del 5 dicembre 2003, n. 350 che - nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1, lettera a) ord.pen. - ha esteso la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare, a prescindere dai limiti di età, per madri di bambini portatori di *handicap* totalmente invalidante e Corte Costituzionale, sentenza n. 18 del 14 febbraio 2020 che ha esteso tale tutela anche al regime della c.d. detenzione domiciliare speciale.

³⁴ Sul concetto di "eccezionale rilevanza" delle esigenze cautelari cfr. *ex plurimis* Corte di cassazione, Sez. IV pen., sentenza del 16 giugno 2005, n. 34218; Corte di cassazione, Sez. VI pen., sentenza del 20 febbraio 2017, n. 7983. L'interpretazione giurisprudenziale si sofferma sul grado di intensità delle stesse, desunta dall'esistenza di puntuali e specifici elementi dai quali emerga un "non comune, spiccato, allarmante rilievo" dei pericoli di cui all'art. 274 c.p.p.

³⁵ C. Vergine, *La vicenda cautelare: le modalità esecutive delle misure custodiali*, in D. Pajardi, R. Adorno, C.M. Lenardo, C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere, cit.*, p. 78.

viene condotta in carcere se ricorrono tutti gli ulteriori presupposti della custodia (quindi, quasi “automaticamente”, nel caso di imputazioni di mafia, terrorismo, narcotraffico *et similia*). A quel punto, paradossalmente, non resta che sperare nella irrevocabilità della sentenza di condanna, posto che la relativa esecuzione, come si è visto, avverrebbe in regime di detenzione domiciliare, fino al compimento dei dieci anni da parte del figlio³⁶.

Sul punto non convince il ragionamento del Giudice delle leggi che, per giustificare il differente limite di età del minore, insiste sulla differenza intercorrente tra la funzione della sanzione e quella della cautela, per concludere che *“le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, [...] non raggiunge [...] il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l’interesse del minore fornisca esiti non coincidenti”*.³⁷

Alla fissità del limite anagrafico non è prevista una deroga neppure per i bambini portatori di *handicap* invalidante, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale;³⁸ profili che, tuttavia, non hanno trovato il favore della Suprema Corte neppure dopo le “aperture” sul fronte dell’esecuzione penale.³⁹ Al genitore cautelatamente ristretto in carcere restano così solo le visite e l’assistenza al figlio gravemente disabile, nei termini in cui esse sono previste dall’art. 21-*ter* ord.pen.

Inoltre, per le donne in stato di gravidanza, o con figli al di sotto di un anno, non è applicabile il tradizionale strumento di tutela della maternità risalente già al Codice Rocco⁴⁰: il differimento di pena. Se la presenza di figli d’età inferiore ad un anno fa registrare, nella fase esecutiva, il più cospicuo arretramento delle esigenze in conflitto con l’interesse del minore alla convivenza extramuraria con la genitrice condannata (la sottrazione della donna al carcere è obbligatoria a prescindere dal suo profilo di pericolosità), in ambito cautelare tale tutela non è riconosciuta neppure in via facoltativa. Si è al riguardo argomentato che, mentre il rinvio non risulta incompatibile con le funzioni della pena - le quali *“possono subire compressione (e possono essere anche rimodulate) a seguito di una esecuzione procrastinata”*⁴¹ - diversamente, in sede cautelare, si ravvisa un’insanabile contraddizione fra la necessaria attualità del pericolo, che ne è il presupposto, e la posticipazione della sua esecuzione. Si giustifica, pertanto, in sede interpretativa, che il rinvio compaia fra gli strumenti di tutela della maternità e

36 G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive e contro gli automatismi preclusivi nell’ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 7, p. 323.

37 Corte Costituzionale, sentenza del 24 gennaio 2017, n. 17.

38 Invero, anche l’art. 275 comma 4 c.p.p. è stato, per tale lacuna, sottoposto all’attenzione del Giudice delle leggi. Tuttavia il merito della questione è rimasto impregiudicato, in seguito alla restituzione degli atti al rimettente, giustificata dalla necessità di una *“nuova valutazione della rilevanza della questione”* (cfr. Corte costituzionale, ordinanza del 19 luglio 2011, n. 239), oppure a causa di un’insufficiente descrizione della fattispecie all’esame del giudice *a quo*, unita all’oscurità, ambiguità, indeterminatezza del *petitum* (Corte costituzionale, ordinanza del 20 luglio 2011, n. 250 e, successivamente, Corte costituzionale, ordinanza del 26 maggio 2015, n. 104).

39 Corte di cassazione, Sez. II pen, sentenza del 7 maggio 2020, n. 13960 con cui la Suprema Corte ha escluso l’estensibilità, in via interpretativa, del divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere ex art. 275 comma 4, c.p.p. per i genitori di prole di età inferiore a sei anni al caso di figlio disabile di età superiore all’indicato limite. La mancata equiparazione del figlio disabile con quello di età inferiore a sei anni non può configurare, secondo la Corte, una disparità di trattamento tale da giustificare un’eccezione di costituzionalità, essendo diverse le esigenze assistenziali relative ad un figlio in età evolutiva, che richiedono la presenza di almeno un genitore, rispetto all’assistenza per un figlio disabile di età superiore, che può essere offerta da altri familiari o da strutture pubbliche di sostegno.

40 La legge n. 103 del 2017 delegava il Governo a *“garantire anche all’imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione [fosse] sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di vita”* (art. 1 co. 85 lettera s); anche tale delega non ha trovato corrispondenza in sede di decreti attuativi.

41 Corte di cassazione, Sez. V pen., sentenza del 12 novembre 2010, n. 6224.

dell'infanzia soltanto là dove si tratta di eseguire la pena.

Sul piano squisitamente procedurale, infine, un limite di fatto alla tutela della maternità e dell'infanzia, a cui il cd. disegno di legge Siani (cfr. *infra*) sembra porre rimedio, deriva dall'ignoranza del giudice in ordine alla condizione della donna, nei cui confronti è sollecitato l'intervento cautelare dal Pubblico Ministero. Nella fase genetica della misura il giudice provvede di norma *inaudita altera parte* a norma dell'art. 285 c.p.p. L'interessata rischia così di poter far valere la sua condizione, ai fini dell'accesso alla misura degli arresti domiciliari, ma anche alla custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, soltanto in sede di impugnazione o di modifica della misura, ossia dopo essere stata tradotta in un carcere ordinario⁴²; là dove una Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 marzo 2008⁴³, impone che amministrazione giudiziaria si informi circa l'esistenza di bambini, prima di decidere in merito alla detenzione della madre, così assicurando una sorta di individualizzazione del trattamento.

4. La preclusione assoluta dell'età del minore

Sempre sul piano normativo, evidenti vuoti di tutela sono legati al fatto che gli istituti di favore per le madri detenute dipendono primariamente dall'età del bambino, sulla cui base l'ordinamento ha ritenuto di modularli.

Alla luce del quadro normativo vigente, oggi, per le madri condannate in via definitiva, è garantita la temporanea libertà fino al compimento dei tre anni del bambino (art. artt. 146, 147 e 211-*bis* c.p.), nonché, sino ai dieci anni, la detenzione domiciliare, comune (art 147-*ter* ord.pen.) e speciale (art 147-*quinquies* ord.pen.) e l'assistenza extramuraria (art. 21-*bis* ord.pen.).

L'attuale sistema, come visto, ha delineato uno statuto speciale per le detenute madri che presenta – in nome della discrezionalità legislativa – un rigido limite di età, al di sopra del quale non è più possibile accedere ai benefici, fissato in tre, sei o dieci anni; età in cui il bambino, secondo l'impostazione legislativa, può non avere ancora una propria autonomia o non comprendere appieno il contesto nel quale si trova.

Superato lo scaglione temporale dei dieci anni, residua la sola possibilità di ammettere la persona all'assistenza dei figli minori all'esterno dell'istituto, in presenza dei requisiti. Per il potere statale, pertanto, assume preminenza la tutela degli interessi di ordine pubblico, a prescindere da ogni altra circostanza. Non viene data alcuna considerazione alle età successive, fatto salvo il caso di grave disabilità del figlio e la doverosa garanzia di colloqui e contatti, mediante permessi e visite per la salvaguardia del rapporto con i minori; i quali, fra l'altro, nel nostro ordinamento penitenziario vengono considerati tali solo fino al quattordicesimo anno d'età.

Il sistema di connessione fra le tutele e l'età del minore – che non è stato messo in discussione

⁴² L'attuale disciplina, infatti, (artt. 293, comma 4-*bis* c.p.p., 387-*bis* c.p.p., 656, comma 3 *bis* c.p.p.), nel prevedere un obbligo di comunicazione al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni del luogo di esecuzione della misura cautelare, della misura precautelare (arresto o fermo), dell'ordine di esecuzione della pena per i figli minori, presuppone in capo all'Autorità procedente la conoscenza delle condizioni della donna destinataria del provvedimento restrittivo. Nell'ipotesi di mancata conoscenza delle condizioni ostative, oggi è prevista unicamente la comunicazione da parte della Direzione del carcere (art. 23, comma 2, reg. ord.pen.) che ha l'obbligo di trasmettere gli atti all'autorità giudiziaria procedente, qualora risulti che la donna ristretta sia nelle condizioni impeditive all'applicazione della misura cautelare e, in generale, di detenzione in carcere.

⁴³ Risoluzione 2007/2116 (INI).

neppure dalla Riforma Orlando - finisce per generare, di fatto, uno spartiacque, predeterminato *ex lege*, della idoneità genitoriale nella dinamica carceraria⁴⁴.

In linea di principio, il Giudice delle leggi ha ribadito che, la scelta di contenere entro un certo limite d'età la salvaguardia del bisogno filiale di un rapporto, continuativo e vissuto all'esterno del carcere, con il genitore, non assume i contorni di "un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta (inammissibilmente) il totale sacrificio dell'interesse del minore". Tale impostazione deve, piuttosto, essere inquadrata fra le ben note massime di esperienza, "regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare temperata tutela", secondo opzioni discrezionali⁴⁵.

Nonostante abbia superato il vaglio della Corte costituzionale, è un fatto incontrovertibile che la tutela della maternità, o meglio del legame tra madre e figlio, non possa considerarsi esaurita dopo le prime fasi di vita del bambino, o nell'inflessibile limite temporale dei 10 anni di vita fissato *ex lege*⁴⁶.

A ben guardare è lo stesso legislatore che, nel prevedere meccanismi di proroga delle misure alternative anche dopo il limite d'età⁴⁷, ha implicitamente riconosciuto l'importanza che la madre possa accompagnare il minore, nel delicato passaggio dall'infanzia all'adolescenza; condizione che, evidentemente, si realizza soltanto se il rapporto genitoriale è in fase di consolidamento.

5. Il lavoro della consulta a protezione della continuità genitoriale nel rapporto madre-figlio

Come anticipato, in questi anni, il giudice delle leggi ha più volte valorizzato le relazioni umane, specie di tipo familiare, quali fattori determinanti per il pieno sviluppo e la tutela effettiva delle persone più fragili.

Uno degli interventi più incisivi ha riguardato il graduale scardinamento del regime di rigore che prevede il divieto di concessione dei benefici penitenziari per chi – detenuto e internato a seguito di alcuni gravi delitti – non collabori con la giustizia.

Sollecitata dalla "corale attivazione della Cassazione, dei giudici di merito e di sorveglianza all'indomani del deludente esito della breve stagione riformatrice avviata con gli Stati generali dell'esecuzione penale e mestamente conclusasi con la "riforma penitenziaria dimezzata"⁴⁸, la Corte ha abbattuto sostanzialmente tutti gli ostacoli normativi insormontabili all'applicazione delle misure domiciliari.

La Consulta ha stabilito che la logica delle preclusioni assolute stride con i canoni costituzionali, soprattutto quando incide non solo e non tanto sul condannato da risocializzare, ma anche, e "prioritariamente", su soggetti terzi estranei al reato, meritevoli di particolare attenzione e tutela, quali i fan-

44 A. Vesto, *Madri detenute e figli minori: il ruolo della responsabilità genitoriale tra affettività e tutela dei diritti umani*, cit., 2019, p. 117.

45 Corte costituzionale, sentenza dell'8 marzo 2017, n. 76.

46 G. Mantovani, *La decarcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?* In *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 1, pp. 234-235.

47 L'art. 47-quinquies comma 8 ord.pen. prevede il riconoscimento della detenzione domiciliare speciale anche dopo il superamento del decimo anno di età del figlio, prorogando il beneficio qualora ricorrano i requisiti per l'applicazione della semilibertà.

48 F. Fiorentin, *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per condannate madri*, in *Sistema penale*, 2021.

ciulli; soggetti in capo ai quali vige un autonomo diritto a godere di un rapporto “*continuativo*” e in ambiente “*idoneo*”, con “*ciascuno*” dei due genitori⁴⁹.

A differenza dei benefici che hanno di mira, in via esclusiva, la risocializzazione dell'autore della condotta illecita, per la tutela dei minori non è giustificabile subordinare l'accesso alle misure alternative a indici legali di pericolosità del condannato. Se negli altri casi considerati, il diniego del beneficio sarebbe proporzionale all'atteggiamento non collaborante del condannato, viceversa, nel caso della detenzione domiciliare speciale, gli effetti negativi della scelta astensionistica ricadono, principalmente, sul minore, il quale è privato dell'assistenza genitoriale, nonostante egli non sia responsabile, né della decisione del genitore di non collaborare né, prima ancora, di commettere il reato⁵⁰.

In particolare, in tema di detenzione domiciliare, ordinaria e speciale, i giudici costituzionali hanno evidenziato come, nonostante la differenza di presupposti nella loro applicazione, l'obiettivo comune ai due istituti è volto non solo alla rieducazione del condannato, ma “*primariamente*” a consentire la cura dei figli e a preservarne il rapporto con la madre⁵¹. L'identità finalistica delle due specie di detenzione domiciliare ha condotto, nel tempo, alla quasi totale assimilazione delle discipline, laddove il preminente interesse del minore non ammetteva che esse restassero distinte⁵².

Per garantire il rispetto di tutti gli interessi costituzionali coinvolti, la Consulta ha progressivamente introdotto un principio di personalizzazione attraverso “*bilanciamenti caso per caso, refrattari a qualsiasi preclusione e automatismo*”⁵³, in grado di attribuire al giudice della sorveglianza il poterdovere di verificare le caratteristiche del fatto concreto. Non quindi una deroga al bilanciamento tra interesse del minore ed esigenze di difesa sociale, ma una sua attenta ponderazione; essendo costituzionalmente insostenibile che le ragioni di cura della prole potessero considerarsi recessive rispetto alle esigenze di protezione della comunità⁵⁴.

49 Corte costituzionale, sentenza del 18 luglio 2019, n. 187 che ha eliminato la preclusione triennale della misura a causa dell'avvenuta revoca di altro beneficio; per un commento alla sentenza Cfr. P. Bronzo, *Nessun automatismo nella detenzione domiciliare per la cura dei figli*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1732.

50 Corte Costituzionale, sentenza del 24 settembre 2014, n. 239. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1, legge n. 354/1975, nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, la misura della detenzione domiciliare speciale ed ha esteso l'efficacia della dichiarazione d'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, anche alla detenzione domiciliare ordinaria. Per un commento alla sentenza cfr. F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art.4 bis laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; A.M. Capitta, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. pen.. ma impone la regola di giudizio*, in *Archivio Penale*, 2014, 3; L. Pace, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, p. 3948 e ss.; F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, p. 3940 e ss.; M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *AIC*, 2016, 3, p. 27 e ss.

51 Corte costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2018, n. 211; Corte costituzionale, sentenza del 12 giugno 2009, n. 177, per il margine di tolleranza degli allontanamenti ingiustificati del genitore accudente.

52 Corte costituzionale, sentenza dell'11 gennaio 2022, n. 30.

53 Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 2021, n. 173 in tema di preclusione triennale da revoca di altra misura.

54 Corte costituzionale, sentenza del 12 aprile 2017, n. 76 dove viene censurato l'art. 47-*quinquies* della legge n. 354/1975 nella parte in cui impedisce alle madri detenute per i delitti ex art. 4-bis di spiare la prima frazione di pena (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo), sin dall'inizio, secondo modalità agevolate, anche nella propria abitazione o altro luogo di privata dimora. In merito cfr. D. Galliani, A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in *AIC*, 4/2017, p. 16 e ss.; G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene*

L'articolato percorso argomentativo intrapreso dalla Corte - prima in termini di irragionevolezza e, successivamente, di vera e propria illegittimità della normativa rispetto allo statuto costituzionale di protezione del minore infante - ha inevitabilmente comportato, al ricorrere di determinati requisiti, un sensibile ampliamento della detenzione domiciliare e, più in generale, di tutte quelle misure *extra moenia*⁵⁵ che ricadono sull'interesse dei minori all'affetto e alle cure materne.

A ben guardare, nelle argomentazioni assunte via via dalla Consulta, ad aver giocato un ruolo decisivo non è stata la protezione della maternità *ex se*, quanto piuttosto la continuità dell'assistenza da parte della genitrice detenuta, sempre laddove la loro interruzione rischi di impattare negativamente sul benessere del figlio⁵⁶. L'espressione "*il migliore interesse del minore in tenera età*"⁵⁷, utilizzato in alcune pronunce, conferma tale prospettiva e, in qualche modo, la precisa. Il concetto, sebbene alquanto indeterminato⁵⁸, impone all'organo giudicante un esame attento degli effettivi bisogni del minore, sia rispetto alla capacità d'assistenza da parte del genitore sia all'esperienza detentiva stessa, a cui potrebbe essere sottoposto per restare col genitore.

Sebbene il legislatore consideri sempre positiva la presenza del genitore, soprattutto della figura materna, tale valutazione non è assoluta; il giudice deve prestare molta attenzione nel rapportare il diritto del minore a conservare un rapporto col genitore a quello di quest'ultimo a esercitare la funzione genitoriale⁵⁹. Quasi a dire che, nella delicata operazione di bilanciamento da effettuare tra gli interessi costituzionalmente protetti, debba rientrarvi una valutazione, in concreto, del diritto alla maternità – che potrebbe arrivare ad indurre a recludere il minore con lei convivente – rispetto a quella della crescita del bambino, la cui protezione potrebbe indurre alla determinazione di tenerlo lontano dal genitore.

Tale approccio appare assolutamente in linea con le numerose norme sovranazionali a protezione del minore: gli articoli 3, primo comma, e 9 della già citata Convenzione Onu sui diritti del fanciullo; l'articolo 6 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, adottata dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio 1996, l'articolo 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, meglio conosciuta come Carta di Nizza; la regola 36 delle

detentive e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario, cit., p. 321 e ss.

- ⁵⁵ La medesima *ratio decidendi* ha condotto alla pronuncia di incostituzionalità, con sentenza n. 174 del 4 luglio 2018, dell'art. 21-bis dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non concedeva alle condannate per reati ex art. 4-bis non collaboratrici di giustizia, l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori di dieci anni o lo subordinava all'espiazione di una frazione di pena. Per un commento cfr. M. Picchi, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019; D.M. Schirò, *L'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 11.
- ⁵⁶ A. Lorenzetti, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole Note a margine della sentenza n. 18 del 2020*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2020.
- ⁵⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 174 del 4 luglio 2018.
- ⁵⁸ Sulla indeterminatezza della clausola "interesse del minore" cfr. L. Ferla, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 1590; M. Bertolino, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 28 ss.
- ⁵⁹ L. Cesaris, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 3, p. 1803 e ss.; G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri, cit.*, p. 239 e ss.

European Prison Rules, adottate nel 2006 e aggiornate nel 2020⁶⁰. Tutte disposizioni che qualificano come “*considerazione preminente*” l’interesse superiore del fanciullo in tutte le decisioni dell’autorità pubblica che lo riguardino; norme, dunque, che dettano un criterio di bilanciamento specifico per il legislatore, così come per la magistratura nelle decisioni giudiziali.

Il “*best interest of the child*” nella tutela della vita familiare contro eventuali ingerenze dello Stato, sia pure legittime, è un principio ribadito a più riprese anche dall’intensa produzione giurisprudenziale della Corte Edu sull’articolo 8 Cedu, in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare⁶¹, e utilizzato dai Giudici di Strasburgo nel valutare il bilanciamento tra interesse individuale del minore e i confliggenti e collettivi *pressing social needs*⁶².

6. Prospettive *de iure condendo*

Se nel nostro ordinamento la tutela del minore assume un ruolo prioritario, tanto quanto la funzione rieducativa della pena, occorre individuare strumenti alternativi per preservare il rapporto madre detenuta – figlio, sia fuori che dentro al carcere.

Le Regole di *Bangkok* delle Nazioni Unite⁶³ se, da un lato, esigono che il trattamento della popolazione femminile ristretta sia adeguato alle esigenze della gravidanza, dell’allattamento e della cura dei figli al seguito, dall’altro, richiedono una graduazione del trattamento penitenziario delle donne aspiranti (in stato di gravidanza) o già madri, nel primario interesse per la cura dei figli. Per il raggiungimento di questo secondo scopo, sollecitano gli Stati membri all’adozione di misure che favoriscano il più possibile la fuoriuscita del minore dal circuito penitenziario; soprattutto, facilitando l’accesso alle misure alternative e limitando la carcerazione cautelare.

Su queste premesse, si profila come necessario un avanzamento della normativa a difesa del rapporto detenute madri-figli minori, che vada oltre le tappe segnate dalle leggi “Gozzini”, “Simeone”, “Finocchiaro” e, infine, dalla novella del 21 aprile 2011, n. 62.

⁶⁰ Adottate dal Consiglio d’Europa, le (EPR) hanno lo scopo di fornire norme giuridicamente non vincolanti su buoni principi e pratiche nel trattamento dei detenuti e nella gestione delle strutture di detenzione per standardizzare le politiche penitenziarie degli Stati membri per dar vita a norme e prassi comuni.

⁶¹ M. Bonetti, A. Galluccio, *Sub art.8. Profili specifici sull’art.8*, in G. Ubertis, F. Viganò, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 262.

⁶² Corte Edu, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*; Corte Edu, 16 novembre 1999, *E.P. c. Italia*; Corte Edu, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*; Corte Edu, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*. Per una disamina complessiva del principio dei *best interests of the child* nella sua dimensione nazionale e di come esso opera nella giurisprudenza delle due corti europee di Strasburgo e Lussemburgo cfr. E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*. FrancoAngeli, Milano, 2016; cfr. anche J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Gli speciali di Questione Giustizia*, 2019.

⁶³ Risoluzione dell’Assemblea generale dell’O.N.U. 21.12.2010 n. 65/229 specificamente dedicata al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato; cfr. P.H. Van Kempen, M. Krabbe, *Women in prison: a transnational perspective*, in P.H. Van Kempen, M. Krabbe (a cura di), *Women in prison. The Bangkok Rules and Beyond*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2017, p. 3 e ss.

6.1. Il passo necessario nella lunga marcia contro gli automatismi preclusivi: oltre il dato anagrafico del minore come unico parametro di valutazione

Anche all'indomani dell'approvazione dell'ultima modifica legislativa della cd. Riforma Orlando, un figlio abile di età superiore ai sei o ai dieci anni, a seconda che si tratti di una misura cautelare o dell'applicazione della pena, continua a non godere della continuità nel rapporto materno; salvo il caso in cui si tratti del prosieguo di una tutela già accordata nei limiti di età previsti, superati durante la privazione della libertà.

Nonostante la decisa strada intrapresa per abbattere i muri degli automatismi preclusivi, come visto, i giudici della Consulta hanno, finora, fatto salvo il limite di età per l'applicazione dei benefici da possibili censure di incostituzionalità⁶⁴.

Eppure detta soglia determina, pur sempre, un meccanismo preclusivo basato su presunzioni insuperabili. Difatti, non tutte le situazioni sono uguali e, comunque, l'interesse del minore – cioè di un soggetto terzo ed estraneo alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna – diviene recessivo anche in assenza di un'accertata pericolosità sociale del genitore⁶⁵.

Nonostante la questione non sia all'ordine del giorno nell'attuale frangente riformistico, appare indispensabile una soluzione che contempra la possibilità di un trattamento sanzionatorio che non interrompa il *continuum* educativo-assistenziale della madre e, più in generale del genitore, con il figlio; anche oltre il caso di prole di età inferiore a dieci anni o di figli gravemente disabili.

Se, come visto, l'imperativo categorico che arriva dai trattati internazionali già evocati, così come dalla stessa Carta Costituzionale, è quello del *"best interest of the child"* - inteso come considerazione preminente al superiore interesse del minore ogniqualvolta si debbano adottare decisioni che lo coinvolgano - il dato anagrafico, come unico criterio di valutazione, non rispetta tale impostazione. Certamente l'età è un parametro molto significativo, capace di modificare in misura rilevante le esigenze del soggetto. Però non è l'unico. Fattori di natura diversa possono incidere in ordine alla capacità di sopportare l'assenza materna, pur ricavabili dall'età del figlio⁶⁶.

Inoltre l'età del minore è un parametro destinato all'instabilità, per il suo carattere, appunto, convenzionale⁶⁷. Ne rappresenta una prova tangibile che il suo limite è stato, più volte, aggiornato nella concessione delle misure, sia in sede esecutiva che cautelare⁶⁸.

Quanto più impenetrabile è la barriera che il legislatore oppone all'apprezzamento di elementi ul-

⁶⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 17 del 24 gennaio 2017.

⁶⁵ M. Picchi, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziaria*, cit., p. 9.

⁶⁶ A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 6, p. 4942.

⁶⁷ A. Presutti, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in A. Presutti (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165)*, Padova, 1999, p. 59. L'autore sostiene che l'età è un *"parametro [...] oramai fuori delle capacità di controllo del legislatore"*.

⁶⁸ Nella sua versione originaria l'art. 275 comma 4 c.p.p. si rivolgeva alla donna *"incinta o che allatta la propria prole"*. Successivamente, con la Legge 8 agosto 1995 n. 332, per le madri si è fatto riferimento all' *"età inferiore a tre anni"* del figlio convivente, limite che abbraccia l'intera categoria dei bambini che tradizionalmente rischiano l'ingresso nelle sezioni-nido degli istituti penitenziari. Infine la protezione è stata estesa alla *"prole di età non superiore a sei anni"*, ossia fino al raggiungimento dell'età scolare (legge 62/2011).

teriori, tanto maggiori sono le perplessità sollevate.

Il principio dell'interesse del minore imporrebbe, al contrario, la sua valutazione caso per caso, senza quel confine anagrafico invalicabile che va contro il bilanciamento ragionevole che l'ordinamento deve operare a sostegno del fanciullo.

Nel rivendicare tale posizione, potrebbe tornare di sicura utilità, a parere di chi scrive, il ragionamento condotto dalla Corte in tema di figli minori con *handicap* totalmente invalidante, anche se di età superiore ai dieci anni.

Ponendo al centro le esigenze di sviluppo e formazione del minore, così come sancito dal secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione - che impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale al pieno sviluppo della personalità⁶⁹ - i giudici di legittimità, a più riprese, hanno stabilito che *"il riferimento all'età non può assumere un rilievo dirimente (...) La salute psico-fisica di questo può essere, infatti, notevolmente pregiudicata dall'assenza della madre, detenuta in carcere, e dalla mancanza di cure da parte di questa"*⁷⁰. La Corte, in particolare, argomenta ricordando come la tutela della maternità, o meglio del legame tra madre e figlio, non possa considerarsi esaurita dopo le prime fasi di vita del bambino, dovendosi prioritariamente assumere la prospettiva di chi, incolpevole e bisognoso del rapporto quotidiano e delle cure della madre detenuta, in condizioni di vulnerabilità, indipendentemente dall'età, verrebbe a patire di tale esclusione. I giudici delle leggi hanno, così, *"implicitamente palesato"* l'illegittimità costituzionale del limite di un accesso a un beneficio penitenziario in ragione di un parametro meramente anagrafico.

È ragionevole affermare che *l'handicap grave "non può certo esaurire il ventaglio dei fattori in grado di condizionare significativamente le esigenze assistenziali dei figli minorenni, che pure abbiano già compiuto dieci (o, a maggior ragione, sei) anni"*⁷¹. Anche altre circostanze potrebbero richiedere una necessità delle cure genitoriali non inferiore a quella riconducibile al mancato raggiungimento della soglia dei dieci (o sei) anni di vita; basti pensare all'assenza dell'altro genitore.

Sulla scia di questo percorso argomentativo - come già accaduto per la concessione delle misure alternative per i reati ostativi e per la detenzione domiciliare per i figli gravemente disabili superiori agli anni dieci⁷² - dovrà essere rimessa al giudice la valutazione della vicenda concreta.

Il superamento della stagione degli automatismi, segnati dallo stigma dell'illegittimità costituzionale, dovrebbe travolgere anche quello rigidamente ancorato all'età del minore, lasciando al giudice il potere di decidere con attenzione il singolo caso.

Una giustizia attenta e professionale - posta nelle condizioni di essere tempestivamente e adeguatamente informata sulle condizioni sociali e familiari delle detenute - non avrà bisogno di ripararsi dietro il muro dei parametri fissi imposti dal legislatore.

6.2. La tutela della maternità e dell'infanzia per i "minori visibili"...

Se assolutamente residuale deve essere lo spazio lasciato alla carcerazione materna, qualora il figlio segua la madre in carcere, deve essergli assicurato un ambiente in grado di tenere conto delle sue esi-

⁶⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 350 del 5 dicembre 2003.

⁷⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 18 del 15 gennaio 2020.

⁷¹ G. Mantovani, *La decarcerazione delle madri*, cit., p. 238.

⁷² Corte costituzionale, sentenza del 19 aprile 2019, n. 99; Corte costituzionale, sentenza del 18 luglio 2019, n. 187; Corte costituzionale, sentenza del 25 ottobre 2018, n. 211; Corte costituzionale, sentenza del 12 aprile 2017, n. 76; Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, n. 239.

genze in modo appropriato. Lo ha ricordato il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, occupandosi di detenzione femminile nel 2018, così come la Raccomandazione n. 5, adottata sempre nel 2018, dal Comitato dei Ministri e concernente i figli minorenni di persone detenute, riconosciuti come soggetti particolarmente vulnerabili nell'ambito della *Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant*, per il quinquennio 2016-2021.

La spinosa questione dei minori dietro le sbarre⁷³ costituisce un problema sociale dagli orizzonti non ancora del tutto armonizzati.

La recente riforma penitenziaria, come visto, sembra aver definitivamente sdoganato l'espressione "asili nido" nell'ambito del contesto penitenziario, riproponendo, in modo preoccupante a parere di chi scrive, quell'ambiguità di fondo che rende pensabile la detenzione di bambini in tenera età. Una reclusione indiretta resa ancora più allarmante dall'inadeguatezza delle sezioni o delle stanze attrezzate ad "asili nido", messa in luce da recenti monitoraggi⁷⁴.

La prospettiva che, attualmente, sembra meglio conciliarsi con l'esigenza racchiusa nell'ormai noto slogan "mai più bambini in carcere"⁷⁵, appare quella delineata dall'impianto di riforma cd. Siani⁷⁶, dal nome del suo primo firmatario; un disegno di legge salutato con favore anche dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario⁷⁷ che, pur non entrando nello specifico, la indica come un "sistema auspicabile per ridurre il numero di bambini in carcere"⁷⁸.

Perseguendo la finalità annunciata di impedire che i bambini varchino la soglia del carcere, il disegno di legge è volto a rafforzare il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere, ad am-

⁷³ Dai dati riportati dal XVIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, al 31 marzo 2022, erano 19 i bambini di età inferiore ai tre anni che vivevano insieme alle loro 16 madri all'interno di un istituto penitenziario. Di questi, il gruppo più consistente è composto da 8 bambini ospitati nell'Istituto a custodia attenuata per madri detenute di Lauro, unico Icam autonomo e non dipendente da un istituto penitenziario. A questo segue un gruppo di 4 bambini all'interno della sezione nido della Casa Circondariale di Rebibbia Femminile. Ospitano poi due bambini ognuno, gli Icam interni alla Casa Circondariale di Milano San Vittore e di Torino e la Casa Circondariale di Benevento. Un solo bambino si trova invece all'interno dell'Icam della Casa di Reclusione Femminile di Venezia, in www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/donne-e-bambini-in-carcere.

⁷⁴ La "Relazione al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà", in www.garantenazionaleprivatiliberta.it/, 2019, pp. 66-67, evidenzia la carenza di requisiti strutturali (adeguatezza delle stanze alle esigenze del bambino, cucina separata per i bimbi, presenza di un cortile attrezzato con giochi, di una ludoteca, di ambienti idonei per i colloqui con i familiari) e di qualità della vita dei bambini (presenza di volontari/personale specializzato, convenzioni per l'inserimento scolastico, possibilità di uscita accompagnata).

⁷⁵ Audizione parlamentare in Commissione Infanzia della Ministra della Giustizia Marta Cartabia del 17 febbraio 2022; per l'intera audizione cfr. *Giustizia newsonline - Quotidiano del Ministero della giustizia*, in www.gnewsonline.it, 2022.

⁷⁶ Disegno di legge n. 2298 (Siani + altri), recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori", approvato alla Camera dei deputati il 30 maggio 2022.

⁷⁷ Istituita con D.M. 13 settembre 2021, la Commissione, presieduta dal prof. Marco Ruotolo e composta da giuristi, avvocati, operatori dell'amministrazione penitenziaria e dell'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna, ha perseguito l'obiettivo individuare possibili interventi concreti per migliorare la qualità della vita delle persone reclusi e di chi vi opera, nel rispetto di una visione costituzionale della pena, degli standard europei e nell'ottica di una "strategia complessiva che agisca sulle strutture materiali, sul personale e sulla sua formazione". La Commissione ha concluso i suoi lavori nel dicembre 2021, in appena tre mesi, con il deposito di una Relazione finale che contiene una serie di proposte di intervento puntuali ma di ampio respiro, in grado di coniugare, a parere di chi scrive, funzionalità e visione.

⁷⁸ Cfr. Commissione per l'innovazione del Sistema Penitenziario, *Relazione finale*, in *Sistema Penale*, www.sistemapenale.it, 2021.

pliare le maglie del differimento di pena, a valorizzare l'esperienza delle case famiglia protette; attesa la connotazione comunque detentiva degli ICAM.

Più in particolare, intervenendo simultaneamente sul comma 4 dell'articolo 275 e sull'articolo 285-*bis*, che disciplina la custodia cautelare negli ICAM, la misura di riferimento per l'applicazione della custodia cautelare nei confronti di donne (o uomini in casi residuali) con figli minori di sei anni diventa la casa famiglia protetta, sopprimendo la custodia cautelare in carcere e rendendo quella negli ICAM un'ipotesi meramente residuale.

Tale sistema viene sostanzialmente riproposto per le donne con condanne definitive, con l'innalzamento delle soglie di età del minore per il differimento obbligatorio (art. 146 c.p.) e facoltativo (art.147 c.p.) della pena: a tre anni nel primo caso, da tre e sei anni nel secondo.

In entrambe le ipotesi si prevede che il Tribunale di Sorveglianza, qualora rilevi la sussistenza di un concreto pericolo di commissione di delitti, possa stabilire che il differimento della pena venga disposto nelle forme della custodia in un ICAM o in una casa famiglia protetta.

Si interviene, inoltre, sulla disciplina del procedimento, per garantire una messa a conoscenza tempestiva, da parte dell'autorità decidente, della presenza di condizioni che impongono il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere; ovviando, così, a quelle distorsioni già evidenziate (cfr. *supra*), provenienti da una inadeguata informazione dell'organo giudicante.

Viene, infine, eliminato quello che rappresenta, ad oggi, il maggior ostacolo all'implementazione delle case famiglia protette: il vincolo normativo ed economico connesso alla loro realizzazione senza oneri per lo Stato; con la possibilità (e non l'obbligo) per l'amministrazione centrale di finanziare, anche solo parzialmente, la realizzazione di nuove strutture e l'obbligo (e non più una facoltà) per l'amministrazione di stipulare convenzioni con gli enti locali per l'individuazione di luoghi da destinare alla loro collocazione. Si inserisce, infine, un obbligo per i comuni, dove sono dislocate case famiglia protette, di prendere in carico, attraverso i propri servizi sociali, le persone presenti nelle strutture.

Nell'apprezzare l'impostazione complessiva dell'intervento di riforma, si ritiene che lo stesso, agendo in ambito cautelare, avrebbe ben potuto rappresentare la giusta occasione per eliminare le irragionevoli disparità esistenti tra detenute madri in esecuzione di ordinanze cautelari e detenuti madri in esecuzione pena; con un adeguamento, *in primis*, dei limiti di età tra fase cautelare e fase esecutiva.

Su un piano meno giuridico, ma maggiormente "operativo", non sono mancate perplessità da parte di chi⁷⁹ ritiene che, un ampliamento dell'istituto del differimento di pena, possa, da un lato, incentivare stati di gravidanza forzati e strumentali, soprattutto delle donne straniere, per garantirsi una sostanziale impunità per lunghi periodi di vita; dall'altro, che la progressione trattamentale, così congegnata, non sia realmente adeguata allo stadio evolutivo del minore⁸⁰.

6.3. ...e per quelli "invisibili": la tutela della genitorialità "dentro le mura"

Resta sullo sfondo il tema della genitorialità "dentro le mura", ovvero la possibilità di preservare il

⁷⁹ Cfr. Audizione parlamentare Associazione La Gabianella, in www.rapportiparlamento.gov.it, 2021.

⁸⁰ Il bambino si ritroverebbe in stato di libertà fino al terzo anno di vita, fase in cui il figlio dipende maggiormente dalle cure materne, per poi essere sottoposto alla reclusione negli ICAM dai tre anni in poi, età in cui il bambino avverte maggiormente la necessità del contatto col mondo esterno e con la comunità.

rapporto genitoriale, nell'ambito del trattamento dei bambini che accedono in carcere, rendendoli finalmente "visibili", nel rispetto dei diritti dell'infanzia e di quelli degli adulti detenuti.

Una questione resa quanto mai urgente dalle posizioni assunte, anche di recente, dalla Corte di Cassazione⁸¹, che ha segnato una connessione tra stato di abbandono del minore e condizione di reclusione; con le inevitabili ripercussioni sulla perdita definitiva della genitorialità e sull'adottabilità del minore.

In particolare, precisa la Corte, "la condizione di abbandono del minore può essere dimostrata anche dallo stato di detenzione al quale il genitore sia temporaneamente assoggettato, trattandosi di circostanza che, essendo imputabile alla condotta criminosa posta in essere dal genitore nella consapevolezza della possibile condanna e carcerazione, non integra gli estremi della causa di forza maggiore di carattere transitorio individuata dalla L. n. 184 del 1983, art. 8 quale causa di giustificazione della mancata assistenza"⁸².

Se, pertanto, sul piano di adeguatezza alla genitorialità - al di là da considerazioni che esulano dal piano giuridico⁸³e dal presente contributo - sembra essere stato scardinato qualunque automatismo tra commissione del reato e decadenza della responsabilità genitoriale, in quanto contrastante con il principio di ragionevolezza⁸⁴, in ambito civilistico, si fa strada la presunzione per cui il ristretto è, di per sé, incapace ad attenderne alle esigenze e cure del minore.

Una presunzione di inadeguatezza e inattitudine del detenuto, ed ancora più della madre, che affonda le sue origini, a parere di chi scrive, non solo nel pregiudizio del ristretto come "cattivo modello", nel contesto sociale così come in quello familiare, anche quando i reati commessi non coinvolgono la funzione genitoriale. La privazione della responsabilità genitoriale deriva, inevitabilmente, anche dalle condizioni a cui è relegata la genitorialità all'interno delle nostre carceri, con la conseguente constatazione della fisiologica assenza del genitore recluso che, raramente, riesce a partecipare alla vita del minore e ad ottemperare ai suoi obblighi.

L'esercizio dei diritti-doveri del genitore detenuto è, infatti, confinato in sporadici colloqui e conversazioni telefoniche, tenuti per lo più in presenza di terzi e in un ambiente inadeguato per i rapporti familiari. Gli spazi destinati all'affettività sono, di fatto, inesistenti nella maggior parte degli istituti di pena italiani e i luoghi in cui si svolge la vita detentiva costituiscono un trauma, *in primis*, per il minore⁸⁵.

Tali condizioni sono indissolubilmente legate a quel concetto di "assenza", richiamato dai giudici di legittimità, che sta alla base della sospensione e/o decadenza dalla genitorialità; atteso che l'azione educativa di genitori consapevoli passa attraverso l'attenzione e la sollecitudine con la quale essi si occupano dei loro figli.

81 Vedi da ultimo Corte di cassazione, Sez. VI, ordinanza del 10 gennaio 2020, n. 319.

82 Corte di cassazione, Sez IV civ., sentenza del 19 gennaio 2018, n. 1431; Corte di cassazione, Sez. I, sentenza n. 26624 del 9 novembre 2017; Corte di cassazione, Sez. I, sentenza del 2 ottobre 2015, n. 19735.

83 J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, cit., p. 114 e ss., riferisce di una presunzione forte di incompetenza del genitore che commette alcune tipologie di reato quale scelta in contrasto con il dovere di educare i figli alla legalità.

84 Cfr. Corte costituzionale, 23 febbraio 2012, n. 31 e Corte costituzionale, 23 gennaio 2013, n. 7.

85 Dalle interviste condotte presso alcune strutture nell'ambito di una articolata ricerca-intervento che ha visto il coinvolgimento di oltre 230 detenuti e di diversi operatori penitenziari, è emerso come - qualora le modalità dei contatti si fanno più difficoltose in termini qualitativi, come accaduto durante l'emergenza sanitaria, e non solo - sono gli stessi genitori detenuti a decidere di abdicare al proprio ruolo genitoriale, chiedendo di rinunciare al principale strumento a loro concesso per esercitare la propria affettività all'interno del carcere: il colloquio. Cfr. S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi*, cit., Appendice.

Eppure una recente circolare del Dipartimento di Amministrazione Penitenziaria, la n. 137372 del 23 aprile 2018 - anche alla luce della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁸⁶ e della stessa Carta europea dei diritti del fanciullo⁸⁷ - ribadisce che i minori figli di genitori detenuti hanno gli stessi diritti degli altri, inclusa la possibilità di un contatto regolare con i loro genitori.

Oltre al già citato quadro normativo, sempre nel contesto internazionale, è la stessa Corte Europea a porre, in capo agli Stati, l'obbligo di approfondire ogni sforzo per rendere temporaneo l'allontanamento, ricostituendo e sostenendo il legame familiare⁸⁸ e le genitorialità "fragili"⁸⁹, nell'ottica dell'attuazione del più volte menzionato principio del *best interests of the child*.

Urge una riforma, *in primis*, del Regolamento penitenziario, in grado di attuare concretamente quei principi già presenti nell'Ordinamento penitenziario riformato⁹⁰ e saldamente ancorati alla carta costituzionale e a quelle sovranazionali. Una riforma che, oltre ad abbattere le presunzioni legali anche per i padri, sia in grado di implementare le insufficienti e inadeguate modalità di contatto tra i detenuti e le proprie famiglie; anche sulla scorta dei preziosi suggerimenti che provengono dalla "Carta dei figli dei genitori detenuti"⁹¹ nonché dal lavoro dei Tavoli 6⁹² e 14 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale e della successiva Commissione ministeriale Giostra.

La proposta di legge per la "*Tutela delle relazioni affettive e della genitorialità delle persone ri-*

86 Raccomandazione n. 5 del 2018 del Comitato dei Ministri degli Stati membri della Unione europea relativa ai figli delle persone detenute. Adottata nell'ambito della Strategia per i diritti dell'infanzia che ha caratterizzato l'attività del Consiglio d'Europa per il quinquennio 2016-2021, essa si applica sia ai bambini in carcere al fianco dei genitori sia a quelli con genitori in carcere. Si ribadisce anche in tale sede che i bambini possono restare in carcere solo se ciò soddisfa il loro interesse. Ove poi risulti opportuno e possibile, occorre prediligere le alternative alla detenzione. E in ogni caso - tiene a sottolineare l'Unione europea - i bambini figli di detenuti devono essere trattati nel rispetto dei diritti umani.

87 La Risoluzione A3-0172/92, al punto 8.15, sancisce che ogni fanciullo, i cui genitori si trovino a scontare una pena detentiva, deve poter mantenere con gli stessi contatti adeguati.

88 Corte Edu, 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia*.

89 Corte Edu, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*.

90 In particolare all'art. 18 dell'ordinamento penitenziario si specifica che "*particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici*".

91 La Carta - siglata il 21 marzo 2014 dal Ministero della giustizia, dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e dall'Associazione "Bambinisenzasbarre", e rinnovata nel dicembre 2021 - è divenuta il testo guida per la Raccomandazione europea CM/ Rec (2018) 5 del 4.4.2018, firmata da ben quarantasette Stati del Consiglio d'Europa. Sancisce i diritti fondamentali del minore con genitori reclusi. Impegna il sistema penitenziario all'accoglienza dei minori, creando un ambiente che accolga adeguatamente i bambini, trovando il giusto equilibrio tra esigenze di sicurezza e i necessari contatti familiari; istituisce un "tavolo permanente" per il monitoraggio sull'attuazione dei principi, la cooperazione tra soggetti istituzionali e non, lo scambio delle buone prassi e l'analisi delle proposte a livello nazionale ed europeo. Viene data grande rilevanza alla formazione del personale penitenziario; alla presenza di mobilio e sale giochi particolarmente curati ed adeguati, ad un'area verde per fruire di ore all'aperto. Si ribadisce, all'art. 7 del protocollo, l'opportunità, per quanto possibile, di escludere i minori dalla permanenza sia in istituti penitenziari che a detenzione attenuata, incentivando, invece, la predisposizione di sempre più incisive e fruibili misure alternative alla detenzione.

92 *Stati generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 6 - Mondo degli affetti e della territorializzazione della pena*, in <http://www.giustizia.it/>. Il tavolo di esperti ha posto l'accento sulla rilevanza del diritto all'affettività, quale diritto umano fondamentale, e sulla necessità, quanto mai cogente, di pervenire ad una sua positivizzazione, mediante la modifica della disciplina dei permessi premio e delle visite, dei rapporti tra genitori detenuti e minori, nonché con l'introduzione, nell'ordinamento penitenziario, dell'art. 30-*quinquies*, dedicato ai cd. permessi di affettività⁹².

strette”, presentata dal Consiglio Regionale del Lazio ai due rami del Parlamento il 24 febbraio 2022⁹³, è volta al pieno riconoscimento ed esercizio del diritto all’affettività delle persone recluse. Il *fil rouge* dell’intervento riformatore è l’attenzione costante prestata al minore coinvolto nel contesto detentivo del genitore, fin dal suo ingresso nell’istituto di pena; un’attenzione in grado di condurlo fuori da quella visione “adultocentrica” alla quale è sottoposto dall’attuale sistema penitenziario. Attraverso l’innalzamento ad anni quattordici del concetto di minore per la concessione dei benefici penitenziari, l’aumento del numero e della durata dei contatti, senza i limiti e le restrizioni per i detenuti imputati e condannati ex art. 4-bis, la “liberalizzazione” del sistema delle telefonate, l’introduzione del collegamento audiovisivo, la previsione di sale distinte per i nuclei familiari con minori - dotate preferibilmente di spazi all’aperto e con possibilità di attività ludiche e ricreative a sostegno dell’infanzia - si tenta la strada di quella “normalizzazione” del rapporto genitoriale ripetutamente indicata dalla normativa sovranazionale e dai giudici di Strasburgo.

Il disegno di legge si preoccupa anche di potenziare gli strumenti extra-murari volti alla tutela della genitorialità, con l’introduzione dell’istituto dei cd. “permessi familiari” e la rivisitazione della disciplina del permesso di necessità, che viene traghettata fuori dal requisito della “gravità”, per approdare a quello della “rilevanza”; modifica da tempo auspicata, proprio al fine di consentire una più ampia applicazione del beneficio per eventi familiari di particolare rilevanza.

Sempre nell’ottica di fornire un sostegno operativo alla genitorialità, favorendo percorsi di mantenimento/ripresa dei legami familiari, viene, infine, valorizzata l’esperienza di “Sportelli famiglia”⁹⁴; servizi volti a promuovere azioni sinergiche per il rinforzo delle funzioni genitoriali e il superamento delle situazioni di disagio familiare⁹⁵. Si vuole andare, così, a rafforzare l’ancora incerta collaborazione fra autorità giudiziaria (penale, civile e di sorveglianza), amministrazione penitenziaria e servizi sociali territoriali⁹⁶.

Tali Sportelli - che andrebbero a trovare la loro collocazione naturale nel cd. “Spazio Giallo” previsto dalla Carta dei figli dei genitori detenuti⁹⁷- potrebbero rappresentare strutture di supporto cruciali nell’ambito del processo collaborativo di risoluzione del conflitto, meglio conosciuto come mediazione familiare. Si tratta di uno strumento che potrebbe così trovare la propria dignità istituzionale anche in ambito penitenziario, con le forme certamente peculiari che la stessa assume tra le mura del carcere ed al di fuori di esse. Un percorso in cui le famiglie sono sostenute da un terzo imparziale (il mediatore) nel processo di ripresa della comunicazione e dell’elaborazione di nuovi assetti di vita. Un intervento che porrebbe il nostro Paese in linea con i dettami delle Regole Penitenziarie Europee⁹⁸ e con il recente orientamento della Corte Edu che impone agli Stati membri l’adozione di *positive obligations*, intese come provvedimenti per assistere i detenuti nella creazione e nel mantenimento dei le-

93 C. 3488 e S. 2543 – 18ma Legislatura. Cfr. S. Grieco, *Il diritto all’affettività delle persone recluse*, cit., p. 99 e ss.

94 Per un esempio di sperimentazione territoriale: “Spazi Neutri”, avviato nel mese di marzo 2020, con durata 12 mesi, nato da un protocollo d’Intesa tra la Casa circondariale, il Tribunale e la Procura per i minori, unitamente all’Ufficio Esecuzione Penale Esterna ed associazioni del terzo settore con l’associazione di volontariato penitenziario “Noi e Voi Onlus” di Taranto.

95 S. Baldassari, *Donne in carcere e figli: diritto al colloquio e autorizzazione alla corrispondenza*, cit., p. 235.

96 J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., p. 111 e ss.

97 È il luogo volto alla preparazione degli incontri dei bambini con il genitore detenuto, assistiti da personale specializzato, e dove costruire, con entrambi, nel tempo relazioni e percorsi di sostegno e accompagnamento alla difficile esperienza carceraria.

98 Regola 24-4/5 e Commentario alle Regole Penitenziarie Europee (EPR) individuano in capo alle autorità di facilitare “i contatti con il mondo esterno” e di “permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali”, “fornendo loro l’assistenza sociale appropriata allo scopo”.

gami extra-murari, offrendo loro, in questo modo, i mezzi per il reinserimento sociale degli stessi⁹⁹.

Si tratta di un progetto che potrebbe trovare nella recente riforma del processo di civile¹⁰⁰, una significativa leva di attuazione e sviluppo.

Tra le numerose innovazioni introdotte dall'intervento riformatore, che ha istituito il Tribunale unico per la famiglia e le persone, si annovera anche l'ampliamento della mediazione familiare, l'introduzione della figura del curatore speciale del minore ed una più marcata specializzazione dei consulenti tecnici che intervengono in materia familiare. In particolare, con riguardo a quest'ultimi, sono previste nuove figure specializzate in neuropsichiatria infantile, psicologia dell'età evolutiva e della psicologia giuridica o forense.

L'inserimento di nuovi operatori istituzionali¹⁰¹, funzionali al sostegno della maternità e volti a garantire livelli di tutela più marcati e decisivi per i soggetti fragili, potrebbe rilevarsi un prezioso strumento anche al servizio della genitorialità reclusa.

7. In conclusione

Al di là delle non più rinviabili riforme "interne" agli istituti di pena, la strada maestra, per la tutela del minore e del suo diritto all'infanzia, resta esternalizzare la detenzione della genitrice da cui dipende. È indubbio, infatti, che condurre la donna "all'esterno" del carcere rappresenta l'unico strumento realmente in grado di garantire al figlio la possibilità di godere appieno delle cure che può offrire una madre, libera e nel pieno esercizio del suo ruolo.

La recente crisi sanitaria ha insegnato che, un più ampio ricorso a percorsi esterni, è possibile: dai cinquantanove bambini che si contavano nelle carceri italiane al 30 giugno 2020, con la pandemia la percentuale era diminuita di oltre il 44%, scendendo a trentatré, per giungere, a dicembre 2021, a diciannove¹⁰². Segno che soluzioni individualizzate, capaci di limitare, se non azzerare, il numero di minori e di madri che varcano le soglie degli istituti di pena nel nostro Paese, e di ridurre il trauma da distacco, sono attuabili.

⁹⁹ Corte Edu, 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*.

¹⁰⁰ Legge n. 206 del 26 novembre 2021. Per un approfondimento cfr. C. Cecchella, *La riforma del giudice e del processo per le persone, per i minori e per le famiglie*, Giappichelli, Torino, 2022.

¹⁰¹ Sul tema del potenziamento dei servizi di assistenza e affiancamento dei minori cfr. *Le proposte di Antigone per un nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario*, in www.antigone.it, 2021.

¹⁰² *Rinnovata la Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti*, in *Giustizia newsonline - Quotidiano del Ministero della giustizia*, in www.gnewsonline.it, 2021.