

ROBERTA CATALANO
FILIAZIONE E STATO DI DETENZIONE

SOMMARIO: 1. Note introduttive. 2. Effetti della detenzione del genitore sui rapporti familiari. 3. Tutela della genitorialità in carcere. 4. Nascita di un figlio durante la detenzione. 5. Effetti della detenzione del figlio sui rapporti familiari. 6. Osservazioni conclusive.

1. L'esecuzione di una pena criminale detentiva comporta rilevanti conseguenze giuridiche sul piano dei rapporti familiari del reo. Tali conseguenze presentano diversi profili problematici ai quali, per molto tempo, è stata dedicata limitata attenzione dal legislatore e dagli interpreti. Ciò probabilmente in ragione della tradizionale convinzione per cui l'esigenza di salvaguardare l'afflittività della pena giustificerebbe la compressione ovvero il totale sacrificio di molti essenziali aspetti della vita dei reclusi, incluso quello all'affettività, che verrebbero così posti in secondo piano.

La valorizzazione della dignità del detenuto e della funzione rieducativa della pena¹, nonché la crescente tutela del diritto del minore a mantenere regolari relazioni con i genitori ad opera di diverse disposizioni nazionali,

1 Ai sensi dell'art. 27 Cost., dell'art. 1, ord. pen. e dell'art. 277 c.p.p., fatto salvo l'esercizio legittimo di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione penitenziaria, i detenuti mantengono la titolarità e l'esercizio dei diritti che non contrastano con la privazione della libertà. Pertanto, gli stessi possono continuare ad esercitare i diritti inviolabili riconosciuti ad ogni persona in quanto tale (art. 2 Cost.), mentre la pena non può consistere in trattamenti contrari alla dignità ed al senso di umanità (artt. 2 e 3 Cost.), né può realizzarsi, stante il dettato dell'art. 13 Cost., a mezzo di strumenti che attentino all'integrità fisica e alla libertà morale delle persone sottoposte a restrizione. Tra i diritti tutelati *in vinculis* sono certamente compresi quelli alla salute (art. 32 Cost.; art. 5 e 11 ord. pen.), alla tutela dei rapporti familiari e sociali (artt. 29, 30 e 31 Cost.; artt. 18, 28, 45 ord. pen.), all'integrità morale e culturale (artt. 18, co. 6, e 19, 26, e 27 ord. pen.), al recupero sociale (art. 27 Cost.). In tal senso, per un'ampia analisi del dato normativo rilevante e della giurisprudenza costituzionale in materia, v. A. LORENZETTI, *La giurisprudenza costituzionale sulla maternità reclusa. Il punto sullo stato dell'arte*, in *Consulta on line*, 2020.

sovrnazionali ed internazionali², nonché della giurisprudenza (non solo costituzionale)³, ha comportato una graduale inversione di tendenza ed una conseguente presa di coscienza del ruolo fondamentale che il legame con i familiari può giocare nel recupero e nella reintroduzione dei detenuti in società una volta scontata la pena⁴. L'adeguata tutela della genitorialità del detenuto è altresì essenziale a garantire la miglior tutela dell'interesse

- 2 Si pensi, ad esempio, all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dettato in conformità all'art. 9, co. 3, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con legge n. 176/1991; all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) alla cui stregua «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare» e «non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto»; alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1469 del 2000 su madri e bambini in carcere, secondo la quale il ricorso alla pena detentiva può avvenire solo come *ultima ratio* allorché si tratti di donne incinte o di madri di bambini in tenera età; alla Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla loro vita sociale e familiare (2007/2116 (INI)) la quale, oltre a raccomandare di nuovo il ricorso alla detenzione delle donne incinte e delle madri di minori in tenera età quale ultimo rimedio esperibile, impone all'amministrazione giudiziaria di informarsi dell'esistenza di bambini prima di decidere in merito alla detenzione della madre, in modo da assicurare la personalizzazione della pena; alle *Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e le misure non detentive per le donne autrici di reati*, note anche come *Regole di Bangkok*, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010, rivolte a regolare la particolare condizione della detenzione femminile, definendo le condizioni della permanenza del figlio in carcere con la madre; alla Raccomandazione n. 5 del 4 aprile 2018 del Comitato dei Ministri degli Stati membri dell'Unione europea relativa ai figli delle persone detenute, la quale, oltre a confermare i principi già formulati nelle precedenti disposizioni, insiste fortemente sulla necessità del rispetto dei diritti umani dei figli delle persone detenute; agli artt. 315 *bis* e 337 *ter* c.c. o all'art. 1 della l. n. 184/83, che proclamano e tutelano il diritto dei minori a crescere nella loro famiglia di origine e conservare il rapporto con entrambi i genitori.
- 3 Cfr., tra le altre, nel quadro della giurisprudenza costituzionale Corte Cost., sent. 24 settembre 2014, n. 239, in www.giurisprudenzacostituzionale.it; v. anche l'analisi in prospettiva civilistica di J. LONG, *Restare padre dietro le sbarre: il diritto del figlio e del padre detenuto alla reciproca frequentazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 45 ss.
- 4 Si vedano, ad esempio, le *Regole Penitenziarie Europee*, introdotte per la prima volta nel 1973 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, e in seguito modificate ed aggiornate, ove si fa espresso riferimento alla necessità di favorire il contatto del detenuto con il mondo esterno, e particolarmente con la famiglia, al fine di spingerlo alla risocializzazione e, per tal via, facilitarne il reinserimento in società.

dei suoi figli minori che, essendo estranei alla responsabilità penale, devono risentire il meno possibile delle conseguenze della sanzione penale inflitta. Come affermato dalla Corte Costituzionale, l'esecuzione della pena detentiva non determina l'affievolimento né del diritto del genitore di coltivare i propri interessi affettivi, né del diritto del figlio di mantenere la relazione con i genitori, dal momento che tali diritti costituiscono uno strumento indispensabile alla realizzazione della personalità di entrambi e della funzione rieducativa della pena⁵. Pertanto, durante il periodo di detenzione, il rapporto tra genitore e figlio va comunque preservato, seppur a mezzo di modalità di attuazione peculiari in quanto compatibili con lo stato detentivo.

La descritta inversione di tendenza ha destato una nuova sensibilità per la tutela della genitorialità e dell'affettività dei detenuti che si è manifestata sia sul piano normativo, sia sul piano giurisprudenziale e dottrinale⁶. Di tale nuova sensibilità ci si propone, nel prosieguo, di essere in qualche modo interpreti, seppur in prospettiva civilistica. Data l'esiguità di studi svolti in siffatta prospettiva, ci si concentrerà sull'analisi dei principali effetti giuridici prodotti dalla detenzione sui rapporti familiari e, particolarmente, sul legame tra genitori e figli.

2. Ai sensi dell'art. 3 della l. n. 898/70 (legge sul divorzio), la condanna all'ergastolo o ad una pena detentiva superiore a quindici anni, anche con più sentenze, per uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici e quelli commessi per motivi di particolare valore morale e sociale, legittima il coniuge a proporre direttamente la domanda di divorzio. Allo stesso modo,

5 La Corte costituzionale (cfr., in particolare, sent. n. 26/1999, in *giurcost.org*) ha più volte enunciato il principio alla cui stregua lo stato di detenzione non vale di per sé ad annullare la titolarità dei diritti della personalità del detenuto, sicché a quest'ultimo senz'altro spetta il diritto soggettivo all'affettività ed alla sessualità. In tal senso, in dottrina, C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone re-cluse*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3/2008, 107 ss., consultabile in *www.rassegnapenitenziaria.it*; V. IORI, *La genitorialità in carcere*, in *Minori-giustizia*, n. 3/2014, 76 ss. Per una analisi in prospettiva comparatistica, vedasi L. GALLETTI, A. PEDRINAZZI, *Il mantenimento della relazione tra genitori detenuti e figli: esperienza negli USA, in Europa e in Italia*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2/2004, 77 ss.

6 Una delle novità più significative introdotte dalla l. 26 aprile 1975, n. 354, cd. legge sull'Ordinamento penitenziario, è stato proprio il fatto di considerare il mantenimento dei rapporti con la famiglia come un elemento essenziale ad assicurare la funzione rieducativa della pena (C. BARGIACCHI, *Quadro normativo generale. Le relazioni familiari nella normativa penitenziaria*, in *ADIR – L'altro diritto*, 2002).

può proporre direttamente domanda di divorzio il coniuge di chi sia stato condannato ad una pena detentiva di qualsiasi entità per aver commesso i gravi delitti contro la libertà sessuale, la moralità e il buon costume previsti alla lett. b (incesto, violenza carnale, induzione, costrizione, sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione), ovvero per omicidio, tentato omicidio, lesioni personali aggravate, violazione degli obblighi di assistenza, maltrattamenti, e circonvenzione di incapace in danno del coniuge o dei figli. In questi ultimi casi, l'assoluzione per vizio totale di mente ovvero l'estinzione del reato non valgono a negare al coniuge la legittimazione a proporre direttamente la domanda di divorzio; così come l'assoluzione dal reato di incesto per mancanza di pubblico scandalo.

In tutti gli altri casi di condanna a pena detentiva, il coniuge del reo – se vuole sciogliere il vincolo – dovrà chiedere, prima, la separazione personale deducendo l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza; e successivamente, decorso il periodo di tempo prescritto dalla legge, potrà proporre domanda di divorzio.

Ad ogni modo, in tutte queste ipotesi, ed eccetto i casi in cui il detenuto sia dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c., ovvero sia incorso in condanne per le quali la legge dispone espressamente la decadenza o la sospensione dalla responsabilità genitoriale (cfr. artt. 32 e 34 c.p.), o si sia reso autore delle gravi condotte cui può conseguire la disposizione del suo allontanamento dalla residenza familiare (art. 333 c.c.), il giudice chiamato a pronunciarsi sulla separazione o sul divorzio dovrà decidere in ordine all'affidamento dei figli minori.

Lo stato di detenzione del genitore, quindi, non è di per sé idoneo a determinare l'automatica decadenza dalla suddetta responsabilità, ovvero l'affidamento *ipso iure* della prole al coniuge a piede libero. Infatti, se fossero previste in generale siffatte automatiche misure a carico dei detenuti, esse sarebbe palesemente contrarie ai principi di uguaglianza e ragionevolezza, oltre che al diritto del minore di conservare un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori⁷⁸.

7 Trib. Min. Caltanissetta, decr. 18 gennaio 2019, in *brocardi.it*.

8 La decadenza dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c. deve, in ogni caso, essere pronunciata quando tutti gli altri provvedimenti non appaiano adeguati al caso concreto; v., al riguardo, Cass., ord., 24 marzo 2022, n. 9691, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 867 ss., con nota di M. Di Masi, che, pur non riguardando un caso di genitore in stato di detenzione, ha osservato: «la violazione del diritto alla bigenitorialità da parte del genitore che ostacoli i rapporti del figlio con l'altro genitore (anche ponendo in essere condotte che integrino gravi forme di abuso psicologico) e la conseguente necessità di garantire l'attuazione di tale diritto, non impongono necessariamente la pronuncia di decadenza del genito-

Quanto all'affidamento dei figli minori ed alla responsabilità genitoriale, in seguito alle modifiche introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 54, gli artt. 316 e 317, co. 2, c.c., 337 *ter*, co. 3, c.c., sanciscono che la responsabilità genitoriale spetta ad entrambi i genitori pur in seguito alla separazione o al divorzio; mentre l'art. 337 *ter*, co. 2, c.c., impone al giudice, in caso di crisi della famiglia, di valutare «prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori», in modo da realizzare al meglio il diritto della prole a «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi». Al contempo, però, l'art. 317, co. 1, c.c., precisa che in caso di lontananza, incapacità o altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della responsabilità genitoriale, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro; e l'art. 337 *quater* c.c. aggiunge che, in caso di crisi della famiglia, il giudice può disporre, con provvedimento motivato, l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga l'affidamento congiunto non funzionale all'interesse del minore⁹.

Ne deriva che il sopravvenuto stato di detenzione, se non seguito da separazione o divorzio, determina la concentrazione in capo al coniuge a piede libero dell'esercizio – non della titolarità – della responsabilità genitoriale, con il conseguente suo obbligo – appena possibile – di condividere informazioni e decisioni con il coniuge detenuto, al quale comunque compete il diritto-dovere di vigilare sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio (art. 316, ult. co., c.c.). Invece, in caso di crisi della famiglia, lo stato di detenzione di uno dei coniugi, secondo consolidata giurisprudenza, può fondare la decisione giudiziale di disporre l'affidamento esclusivo della prole al genitore non recluso sia in sede di pronuncia

re malevolo dalla responsabilità genitoriale e l'allontanamento del minore dalla sua residenza, quali misure estreme che recidono ineluttabilmente ogni rapporto, giuridico, morale ed affettivo con il figlio, essendo necessaria la verifica, in applicazione del principio del superiore interesse del minore, della possibilità che tale rimedio incontri, nel caso concreto, un limite nell'esigenza di evitare un trauma, anche irreparabile, allo sviluppo fisico-cognitivo del figlio, in conseguenza del brusco e definitivo abbandono del genitore con il quale aveva sempre vissuto e della correlata lacerazione di ogni consuetudine di vita».

- 9 Al riguardo, più ampiamente, cfr. A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2022, e particolarmente i contributi di G. BALLARANI, *Le istituzioni a tutela dei minori* (63 ss.) e di C. IRTI, *Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia* (159 ss.); v. anche M. SESTA, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Milano, 2016.

di separazione o divorzio, sia in sede di revisione delle condizioni di separazione e divorzio originarie¹⁰.

Ovviamente, tutto ciò presuppone l'esistenza, l'idoneità e la disponibilità del genitore a piede libero, nonché la conformità all'interesse dei figli minori del loro affidamento esclusivo a costui. Di conseguenza, qualora tali presupposti manchino, il giudice sarà chiamato a valutare se disporre l'affido dei minori al genitore detenuto; se deciderne l'affidamento temporaneo a terzi *ex art. 2 ss. l. n. 184/83*, in attesa della liberazione del genitore detenuto o del recupero di quello non recluso (ad esempio, momentaneamente sottoposto a TSO per tossicodipendenza); se dichiararne lo stato di adottabilità (*art. 8 ss. l. n. 184/83*) o disporne l'adozione in casi speciali (*art. 44 ss., l. n. 184/83*).

L'affidamento della prole al genitore condannato è attualmente favorito da numerose misure introdotte nell'ordinamento italiano proprio al fine di preservare il legame tra figli e genitori detenuti, specie se madri, ed evitare ai minori, soprattutto molto piccoli, il trauma del distacco dalla figura materna. Di queste misure, per lo più imperniate sull'allontanamento del genitore dal circuito carcerario, ci si può avvalere sia quando il genitore non recluso non sia disponibile, sia quando lo sia ma l'esigenza di garantire la miglior tutela dell'interesse del minore faccia apparire preferibile, magari anche solo per un periodo determinato, il suo affidamento al genitore sottoposto a pena detentiva¹¹. Inoltre, la Corte Costituzionale

10 Cfr., da ultimo, Trib Bologna, 23 settembre 2022, in www.personaedanno.it, 28 marzo 2023. Peraltro, v. anche Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841, in www.altalex.com, secondo la quale alla regola generale dell'affidamento condiviso può derogarsi solo se la sua applicazione appaia «pregiudizievole per l'interesse del minore»; ciò anche quando uno dei genitori sia stato condannato con sentenza passata in giudicato.

11 Cfr. anzitutto gli artt. 146 e 147 c.p. che prevedono il differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena se la condannata sia una donna incinta o madre di un bambino di età inferiore ad un anno, nonché il differimento facoltativo se il figlio abbia una età inferiore ai 3 anni (queste previsioni non sono applicabili quando la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale); l'art. 284 c.p.p. alla cui stregua il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari può prevedere che lo stesso si sconti nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o assistenza ovvero in una «casa famiglia protetta» (al riguardo, l'art. 47 *ter* Ord. pen., in presenza di certi presupposti, favorisce l'accesso alla detenzione domiciliare, anche presso case famiglia protette, alle madri di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente o al padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole); inoltre, l'art. 47 *quinquies* Ord. pen., pur in assenza dei presupposti cui alla norma preceden-

nel 2020 è intervenuta a chiarire che la madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale – che è una delle misure cui si faceva riferimento in precedenza – quale che sia l'età del figlio svantaggiato¹².

L'affidamento temporaneo dei figli a terzi presuppone che l'ambiente familiare di appartenenza sia momentaneamente inidoneo ad accoglierli (art. 2, l. n. 184/83), e consente di preservare il legame con i genitori in difficoltà, con i quali i figli sono comunque destinati a tornare una volta terminati o ridimensionati i problemi. Non a caso, in queste ipotesi, l'affidatario è spesso prescelto tra i parenti, al fine di risparmiare ai minori il trauma dello sradicamento dal contesto familiare e sociale di origine¹³.

La dichiarazione dello stato di adottabilità, invece, presuppone che il minore sia del tutto privo di idonea assistenza morale e materiale da parte dei genitori e degli altri parenti tenuti a provvedervi (art. 8, l. n. 184/83), e costituisce il primo passo della procedura di adozione legittimante, che porta alla rescissione definitiva del legame tra minore e la famiglia di origine.

te, prevede che la misura della detenzione domiciliare speciale possa essere comunque applicata alle detenute madri quando ricorrano alcune condizioni; l'art. 285 *bis* c.p.p. alla cui stregua «se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano». Qualora non sia possibile accedere a nessuna delle misure alternative alla detenzione descritte in precedenza, la l. 26 luglio 1975, n. 354, come più volte modificata, consente alle madri detenute di tenere con sé i figli che non abbiano più di sei anni avvalendosi di strutture, istituite all'interno dell'istituto penitenziario, denominate asilo-nido nonché di figure professionali specializzate, in campo medico e psicologico, aventi lo scopo di tutelare la salute dei minori e delle loro genitrici.

In dottrina, sul punto v. S. MONETINI, *I bambini di età inferiore a tre anni ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute. Il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, n. 3/2012, 79 ss.; ma v. anche P. CORVI, *La n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri*, *Commento alla legge n. 62/2011*, in *Corr. merito*, 2011, 837 ss.; F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2616 ss.; ID., *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Guida al diritto*, 23, 46 ss.; P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 807 ss.; P. COMUCCI, *I benefici penitenziari a favore delle condannati madri*, in *Cass. penale*, 2009, 2163 ss.

12 Corte Cost., sent. 14 febbraio 2020, n. 18, in *Sistema penale*, 2018, fasc. 17 febbraio 2020, con nota di L. Guglielmo.

13 A. THIENE, *Gli affidamenti*, in *Diritto civile minorile*, cit., 299 ss.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha avuto occasione di precisare che la condizione di abbandono del minore ben può essere dimostrata dallo stato di detenzione al quale uno o entrambi i genitori siano temporaneamente assoggettati, «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. 184/83, art. 8, quale causa di giustificazione della mancata assistenza»¹⁴.

L'adozione in casi particolari, infine, pur prescindendo dal predetto presupposto posto a base della dichiarazione di adottabilità, può essere disposta solo ove ricorrano le specifiche ipotesi previste dall'art. 44 della l. n. 184/83¹⁵.

La miglior scelta tra i possibili provvedimenti cui si è appena fatto cenno è favorita dal fatto che essi vengono resi all'esito di procedimenti rimessi anche all'impulso del Pubblico Ministero e/o dei Servizi sociali i quali, insieme al giudice investito della questione, sono comunque tenuti ad attivarsi tutte le volte in cui vengano a conoscenza di situazioni come quelle in esame, ispirando la loro azione al principio sancito dall'art. 1 della l. 4 maggio 1983, n. 184, alla cui stregua il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia. Da siffatta prospettiva, l'adozione legittimante si palesa come la soluzione estrema, da scegliere solo quando tutte le possibili alternative appaiano impraticabili ovvero non conformi all'interesse del minore.

Infine, va ricordato che, ai sensi degli artt. 32 e 33 c.p., la condanna all'ergastolo o ad una pena detentiva non inferiore ai cinque anni per delitto non colposo comporta la pena accessoria dell'interdizione legale per tutta la durata della sanzione, con conseguente perdita della capacità di agire riguardo agli atti a contenuto patrimoniale¹⁶. Pertanto, fino alla completa espiazione della pena, il detenuto non potrà porre in essere atti di tal tipo, ma dovrà essere sostituito da un tutore, da nominarsi ad opera del Giudice tutelare all'esito dell'assunzione di informazioni sui possibili candidati e sul contesto di appartenenza del reo. Come per l'interdizione giudiziale, è preferibile che il tutore sia scelto tra i familiari e, quindi, anche tra i fi-

14 Cfr. Cass., ord. 10 gennaio 2020, n. 319, in www.osservatoriofamiglia.it; Cass., 19 gennaio 2018, n. 1431, in *Foro it.*, 2018, I, c. 815 ss., con nota di G. Casaburi; Cass., 9 novembre 2017, n. 26624, in www.lessicodeldirittodifamiglia.it.

15 In tema v., da ultimo, N. CIPRIANI, *Le adozioni*, in *Diritto civile minorile*, cit., 327 ss.

16 Al riguardo, da ultimo, F. SASSANO, *Riflessioni sulla differente natura dell'interdizione giudiziale e di quella legale*, in *Persona & danno*, 11 luglio 2022.

gli, purché maggiorenni e idonei a curare la gestione dei beni del recluso in modo utile e funzionale al suo reinserimento in società. Tuttavia, se il contesto familiare manifesta tendenze criminogene, il Giudice opterà per la nomina a tutore di un terzo imparziale, estraneo alla famiglia ed esperto in amministrazione e gestione patrimoniale.

3. Da quanto sin qui osservato emerge che, nel considerare il tema della genitorialità in carcere, ci si può trovare innanzi a due possibili situazioni: quella del genitore detenuto con figli in visita; quella del genitore detenuto con figli minori all'interno del luogo di reclusione.

Quanto alla prima ipotesi, la legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 aprile 1975, n. 354) ed il relativo regolamento attuativo (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) dispongono in modo molto puntuale in materia di permessi per i detenuti, nonché di colloqui e corrispondenza tra questi ed i familiari¹⁷. Inoltre, al fine di garantire la miglior assistenza esterna dei figli minori

17 In estrema sintesi, la legge sull'ordinamento penitenziario prevede che: delle esigenze familiari si deve tener conto in caso di trasferimento del detenuto da una sede penitenziaria all'altra; i colloqui coi familiari non possono essere limitati neppure nel periodo di applicazione del regime di sorveglianza particolare, e comunque i contatti con la famiglia devono subire il minimo pregiudizio possibile; i permessi premio vengono concessi anche per coltivare gli affetti; i familiari debbono essere aggiornati, dal detenuto o dall'Amministrazione penitenziaria, circa i più importanti eventi riguardanti il detenuto medesimo; al detenuto spettano gli assegni familiari, il diritto ad inviare somme di denaro ai congiunti e il diritto ad un trattamento che conservi o migliori i rapporti con i familiari. Inoltre, anche nel regolamento di esecuzione all'ordinamento penitenziario (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) è particolarmente tutelato il legame tra detenuto e famiglia: le limitazioni in materia di ricezione dei pacchi da parte del detenuto non si applicano ai pacchi, agli oggetti ed ai generi destinati alle detenute madri con prole in istituto per il fabbisogno dei bambini; particolari cautele vanno adottate per consentire i colloqui dei detenuti con prole di età inferiore a dieci anni; ulteriori colloqui visivi con i familiari, anche a distanza, all'aperto ed in compagnia della famiglia, oltre a speciali programmi di intervento per la cura dei rapporti dei detenuti e degli internati con le loro famiglie. Anche il limite settimanale stabilito per l'effettuazione delle telefonate ai familiari può essere derogato in senso favorevole al detenuto, qualora ricorrano motivi di urgenza e di particolare rilevanza, se il colloquio si svolge con figli di età inferiore a dieci anni. Infine, ai sensi dell'art. 61 del D.P.R. n. 230/2000 è possibile autorizzare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia. Il *favor familiae* cui è improntata la disciplina attualmente vigente emerge, altresì, dall'ammissione ai colloqui con il detenuto di tutti i congiunti, e non soltanto di quelli prossimi (come prevedeva l'art. 101 del regolamento del 1931), purché dotati di una «specchiata moralità».

gli artt. 21 e 21 *bis* della predetta legge ammettono le detenute alla cura e all'assistenza all'esterno di figli di età non superiore a dieci anni (lo stesso diritto spetta anche al padre quando la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri). In tal guisa, viene concessa ai figli minori la possibilità di stare con la madre quasi tutti i giorni ed al genitore recluso di incontrare gli altri familiari, senza dover attendere il momento dei colloqui in carcere¹⁸.

Infatti, i colloqui in carcere presentano molteplici profili di inadeguatezza rispetto al diritto del detenuto e della sua famiglia di continuare a vivere il loro legame: il tempo riservato ai colloqui è molto ridotto (di regola un'ora, talvolta due) e, comunque, tale da non consentire uno scambio affettivo adeguato tra il detenuto ed il familiare; i colloqui dei detenuti spesso avvengono in sale affollate, rumorose, ove non è garantita l'intimità; l'obbligatorietà del controllo visivo da parte del personale di custodia, espressamente sancito dall'art. 18 della legge sull'ordinamento penitenziario, preclude la possibilità di gesti affettuosi e di relazioni sessuali tra i partner¹⁹.

Quanto alla seconda ipotesi, ossia quella del genitore detenuto con figli minori all'interno del luogo di reclusione, la legge n. 62/2011 ha previsto l'innalzamento da 3 a 6 anni del limite di età dei bambini che possono vivere con le madri recluse, e ha disposto che la custodia in istituti ICAM (Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri) e Case Famiglia Protette sia considerata come alternativa possibile e preferibile rispetto a quella delle sezioni Nido delle carceri femminili²⁰. In particolare, è previsto che

Inoltre, l'art. 37 del D.P.R. n. 230/2000 riserva alle «persone conviventi» con il detenuto lo stesso trattamento, in materia di colloqui, previsto per i congiunti. Sul punto, in dottrina, cfr. C. BARGIACCHI, *Quadro normativo generale. Le relazioni familiari nella normativa penitenziaria*, cit..

- 18 A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in www.giustizia.it. Per giunta, la Corte Cost., sent. 23 luglio 2018, n. 174, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3685 ss., con nota di E. Aprile, ha affermato che sono incostituzionali le preclusioni 'automatiche' al riconoscimento alle detenute madri del beneficio dell'assistenza all'esterno di figli di età non superiore a dieci anni.
- 19 Al riguardo v. R. PREGIASCIO, E. VAGNOLI, *La ricerca sui minori in visita al carcere condotta dall'Istituto degli Innocenti di Firenze: uno studio sulle garanzie di tutela dei bambini e degli adolescenti figli di detenuti che si recano a colloquio negli istituti penitenziari*, in *Minori giustizia*, 2016, fasc. 4, 54 ss.
- 20 La l. 21 aprile 2011, n. 62, ha previsto la realizzazione di istituti a custodia attenuata (ICAM) e di case famiglia protette per evitare la presenza di minori nelle carceri italiane, realizzando modalità attenuate di carcerazione, fino alla forma più familiare di tipo comunitario della casa famiglia protetta. Il successivo Decreto

gli ICAM siano ubicati fuori dagli istituti penitenziari e strutturati in modo da non assomigliare ad un carcere. L'ambiente deve essere familiare, il personale di sorveglianza non deve vestire l'uniforme ed è necessaria la presenza di educatori specializzati con il compito di sostenere le madri nella cura dei propri figli. Inoltre, i bambini devono poter trascorrere del tempo fuori dall'istituto in compagnia di familiari o di volontari.

In aggiunta a tutto ciò, va ricordato che il più importante e recente risultato in ordine alla adeguata tutela dei diritti dei figli di genitori detenuti è stata la firma, il 16 dicembre 2021, di un Protocollo di intesa tra il Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, il Ministero della Giustizia e l'Associazione *Bambinisenzasbarre* Onlus, intitolato *Carta dei figli dei genitori detenuti*.

La Carta si compone di nove articoli che, recependo norme e principi proclamati a livello europeo, sanciscono importanti misure a presidio del rapporto tra genitori e figli sia nella fase della detenzione, sia in quella dell'arresto, del fermo o della custodia cautelare (art. 1, nn. 1 e 2). In particolare, l'art. 2, tra le altre cose, prevede che la scelta del luogo di detenzione debba essere fatta in modo da garantire il contatto costante e diretto del recluso con la sua famiglia; che i figli minori hanno diritto di far visita al loro genitore entro una settimana dall'arresto e, con regolarità, da quel momento in poi; che nella sala d'attesa, come nella sala colloqui, sia presente uno 'spazio bambini' dove i minori e le famiglie, essendo persone libere ed incolpevoli, si sentano accolte e riconosciute come tali; che le strutture siano accessibili ai minori disabili; che siano favorite anche forme di colloquio agile, come le videochiamate; che, ove possibile, siano costituiti gruppi di esperti a supporto dei minori e delle loro famiglie.

Un ruolo di importanza strategica è attribuito ai colloqui, considerati essenziali per garantire la continuità affettiva tra genitore detenuto e figli, per evitare che l'allontanamento da casa del genitore recluso assuma dimensioni traumatiche e per consentire al genitore medesimo di essere presente nei momenti importanti della vita dei figli. A tal fine l'art. 4 prevede che il personale dell'Amministrazione penitenziaria e della Giustizia minorile

del Ministro della Giustizia del 26 luglio 2012 ha specificato le caratteristiche delle case famiglia protette, affermando che tali strutture devono essere collocate nel tessuto urbano, in luoghi ove sia possibile l'accesso ai servizi socio-sanitari, dotate di spazi dedicati al gioco, anche all'aperto, un ambiente riservato per le visite mediche a donne in stato di gravidanza e un locale dove possano avvenire i colloqui con operatori, o i contatti con figli e familiari. In dottrina cfr. M. COLAMUSSI, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in *Processo penale e Giustizia*, 2020, fasc. 2, 22 ss.

debba ricevere una formazione specifica sull'impatto che la detenzione di un genitore e l'ambiente carcerario determinano sui minori. Infine, l'art. 8 prevede l'istituzione di un Tavolo permanente, composto da rappresentanti del Ministero della Giustizia, dell'Amministrazione penitenziaria, del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità, dell'Autorità Garante dell'Infanzia e l'Adolescenza, del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale e dell'associazione *Bambinisenzasbarre Onlus*, cui compete il monitoraggio sull'attuazione del Protocollo.

4. È possibile che il detenuto divenga genitore durante il tempo in cui è recluso in una struttura carceraria. Ciò può verificarsi grazie all'ausilio di tecniche di procreazione assistita e, a questa evenienza, è dedicato uno specifico contributo di questo volume al quale si fa rinvio. Ma la nascita di un figlio durante la detenzione può verificarsi anche perché l'inizio della pena detentiva del genitore si è verificata in costanza della gravidanza, o perché il concepimento ed il parto sono accaduti durante l'esecuzione della pena detentiva.

Delle due alternative appena considerate, la prima si verifica quasi sempre quando la reclusione sopravvenuta alla gravidanza riguarda il padre. Infatti, come detto in precedenza, nell'ordinamento italiano vi sono svariate disposizioni dalle quali emerge la chiara contrarietà del legislatore all'applicazione di pene e misure reclusive nei confronti di donne in stato interessante, ovvero di madri di bambini molto piccoli²¹. Diversamente, a coloro che divengano padri durante la detenzione è consentito chiedere permessi premio di visita alla famiglia, motivando la propria istanza proprio con l'esigenza di condividere con la famiglia momenti tanto importanti e delicati (art. 30 *ter* della legge sull'ordinamento penitenziario).

Il concepimento di un figlio durante l'esecuzione della pena detentiva è una possibilità strettamente dipendente dall'attuazione del diritto alla sessualità durante la reclusione. Allo stato, il più efficace strumento posto a presidio del diritto dei detenuti di continuare ad avere rapporti sessuali con il partner è costituito dai permessi premio previsti dall'art. 30 *ter* della legge sull'ordinamento penitenziario. Tuttavia, tali permes-

21 Riguardo ai provvedimenti restrittivi della libertà nei confronti di una donna incinta, gli artt. 146 e 147 c.p. prevedono diversi casi di rinvio, obbligatorio o facoltativo, dell'esecuzione della pena, mentre l'art. 275 c.p.p., sancisce che la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata e comunque, per le donne incinte, solo quanto sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

si possono essere concessi solo ai detenuti che si trovano nelle condizioni previste dal primo comma di quella disposizione, sicché per tutti gli altri reclusi, quando non sussistano le condizioni per beneficiare del permesso, il diritto alla sessualità dovrebbe potersi esplicare all'interno delle mura carcerarie. A quest'ultimo riguardo, molti sono gli atti sovranazionali che hanno riconosciuto espressamente tale diritto ai soggetti in stato di detenzione: l'art. 6 delle Regole penitenziarie europee del 1997 (Racc. 1340/1997) ha previsto la messa a disposizione dei detenuti di luoghi appartati di incontro con i familiari; l'art. 24, co. 4, delle Regole penitenziarie europee del 2006 (Racc. 2/2006), ha stabilito che «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»; la Raccomandazione R(98)7 del Consiglio dei Ministri europeo ha raccomandato agli Stati membri di permettere ai detenuti di incontrare il proprio partner senza sorveglianza visiva durante la visita; la Raccomandazione (97)1340 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha auspicato la messa a disposizione dei detenuti di spazi per coltivare i propri affetti.

In considerazione di ciò, e delle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, che ha preferito rimettere al legislatore la scelta degli strumenti più adatti ad attuare il diritto dei detenuti alla sessualità²², in Italia sono stati formulati diversi disegni di legge volti a riconoscere ai reclusi la possibilità di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro all'interno o all'esterno della struttura carceraria, come peraltro accade già in altri paesi del nord Europa. A tal fine è stata presa in considerazione anche l'idea di introdurre delle apposite celle per l'amore, in modo da consentire al detenuto di mantenere il legame di coppia preesistente senza incorrere nel «controllo a vista» del personale di custodia imposto dall'art. 18 della legge sull'ordinamento penitenziario per i colloqui con i detenuti. Nessuna di queste proposte, però, è divenuta legge, mentre il sovrappollamento e l'obsolescenza degli istituti carcerari finiscono per essere un

22 Cfr. Corte Cost., 19 dicembre 2012, n. 301, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 18, Ord.pen., nella parte in cui impone il controllo visivo del personale di custodia, ma ha anche rilevato che l'esigenza di garantire ai detenuti relazioni affettive e intime sia «reale e fortemente avvertita» e, pertanto, meritevole di «ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (...) e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento».

ostacolo insormontabile anche per eventuali iniziative sperimentali. Allo stato, quindi, la possibilità di intrattenere rapporti sessuali all'interno del carcere è, per i reclusi, un diritto affermato ma non attuato, poiché l'attuale normativa penitenziaria italiana importa, a mezzo dell'imposizione del controllo a vista, una condizione di astinenza sessuale che, di fatto, funge da pena accessoria alla quale spesso conseguono gravi scompensi emotivi e comportamentali²³.

5. Infine, v'è da considerare il caso in cui lo stato di detenzione riguardi il figlio.

Se questi è maggiorenne, ovviamente troveranno applicazione tutte le disposizioni e le cautele già esaminate, comprese quelle poste a presidio degli interessi affettivi e familiari del detenuto.

Diversamente, l'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni, nonché dei condannati infraventicinquenni per reati commessi mentre erano ancora minori di età, sono sottoposte ad una speciale disciplina, strettamente funzionale al recupero del giovane reo anche a mezzo dell'evitamento della reclusione o della riduzione dell'afflittività della detenzione (si pensi, per esempio, all'istituto del perdono giudiziale di cui all'art. 169 c.p. o alla sospensione della pena con messa in prova del minorenne ai sensi dell'art. 28 D.P.R. n. 448/1988).

La disciplina dell'esecuzione delle pene criminali avverso condannati minorenni è sancita dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, e dalle relative Linee di indirizzo, adottate dal Ministero della Giustizia, Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, il 15 gennaio 2020, intervenuti ad attuare la previsione contenuta nell'art. 79, l. 26 luglio 1975 n. 354, e, quindi, a dar vita ad autonomo ordinamento penitenziario minorile²⁴.

Queste norme si ispirano all'intento di responsabilizzare, rieducare e favorire il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne detenuto per prepararlo adeguatamente alla vita libera attraverso percorsi di inclusione sociale; di prevenire la commissione di ulteriori reati anche a mezzo di percorsi di istruzione e formazione professionale, di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile, di attività di utilità sociale, culturali, sportive e di

23 S. TALINI, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301 del 2012)*, in *Studium iuris*, 2013, 1089 ss., in part. 1094.

24 Al riguardo, v. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. pen. contemporaneo*, fasc. 16 novembre 2018.

tempo libero; di favorire l'esecuzione delle misure penali di comunità al fine di realizzare una forma di una giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato.

Nel quadro delle misure volte al raggiungimento di tali obiettivi, il mantenimento del legame con la famiglia e con gli affetti riveste un ruolo essenziale. Infatti, risultano rielaborate e potenziate le misure alternative alla detenzione come l'affidamento in prova al servizio sociale, l'affidamento in prova con detenzione domiciliare, la detenzione domiciliare, la semilibertà, casi particolari di affidamento in prova (art. 4-8); è sancito il diritto del detenuto di effettuare otto colloqui visivi mensili e da due a tre colloqui telefonici settimanali della durata di venti minuti ciascuno (art. 19); è consentita la possibilità di visite prolungate, fino a quattro al mese, ai congiunti o alle persone con cui sussiste un significativo legame affettivo, di una durata non inferiore alle quattro ore e non superiore alle sei ore, da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti (art. 19); è previsto che la pena sia eseguita in istituti prossimi alla residenza o alla abituale dimora del detenuto e delle famiglie, in modo da mantenere le relazioni personali e socio-familiari educativamente e socialmente significative (art. 22).

Assolutamente coerente con siffatta prospettiva è, poi, la sentenza della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2019, n. 263, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 121/2018, volto a subordinare la concessione, anche ai detenuti minorenni ed ai giovani adulti, delle misure penali di comunità e dei permessi premio al ricorrere dei requisiti imposti dalla legge sull'irrdinamento penitenziario per il riconoscimento dei benefici ai detenuti adulti. La Corte – richiamando alcune proprie precedenti pronunce sulla finalità rieducativa della pena e sulle sue implicazioni nei confronti dei minori – ha ritenuto la disposizione censurata illegittima in relazione agli articoli 27, co. 3, e 31, co. 2, Cost., poiché introduttiva di un automatismo legislativo basato su una sorta di presunzione assoluta di pericolosità fondata sul mero titolo di reato commesso e, quindi, idonea ad impedire alla magistratura di sorveglianza una valutazione individualizzata funzionale alle finalità di risocializzazione che devono presiedere all'esecuzione penale minorile.

6. Da quanto sin qui osservato, emerge che in Italia la giurisprudenza costituzionale e la legge sull'ordinamento penitenziario hanno dato a legislatore ed interpreti l'abbrivio per intraprendere un percorso di graduale valorizzazione del legame tra detenuti e famiglia, quale strumento essen-

ziale a garantire la dignità dei detenuti medesimi e la funzione rieducativa della pena.

Rimangono, evidentemente, ampi margini di miglioramento, soprattutto in ordine alle esigenze affettive dei reclusi adulti di sesso maschile, specie se rei di più gravi delitti²⁵. Tuttavia, attualmente, il miglioramento delle condizioni di vita dei detenuti è assai condizionato – più che dalla normativa vigente e dagli orientamenti degli interpreti, che hanno ormai raggiunto un sufficiente grado di consapevolezza circa i problemi sin qui esaminati – dall'inadeguatezza strutturale del patrimonio carcerario italiano e dal suo drammatico sovraffollamento, che costituiscono un importante ostacolo alla concreta attuazione di molte delle garanzie e delle cautele riconosciute ai detenuti.

Data la loro essenzialità alla tutela della dignità dei reclusi, gli interessi familiari colpiti da tali manchevolezze non possono considerarsi adeguatamente ristorati dal meccanismo risarcitorio introdotto in Italia dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (convertito con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 117) in attuazione della sentenza pilota dell'8 gennaio 2013 con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accertato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 3 CEDU, alla cui stregua la proibizione della tortura include anche il divieto di inflizione della pena in situazioni disumane o degradanti derivanti dal sovraffollamento carcerario²⁶.

Pertanto, per i detenuti che non rappresentano un grave pericolo per la società, l'adozione di pene alternative al carcere – come la detenzione domiciliare, i lavori socialmente utili o il braccialetto elettronico – appaiono fortemente raccomandati. Per tutti gli altri reclusi, invece, si impone la necessità di urgenti interventi strutturali sul contesto carcerario, volti a garantire il miglior bilanciamento tra l'esigenza di far scontare la pena ai rei ed il bisogno di preservare il legame tra costoro e la famiglia, con particolare riferimento al legame tra genitori e figli.

25 Cfr., per tutti, G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41 bis con i figli minori e tribunale per i minorenni: una competenza che (ad oggi) non c'è*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 721 ss. Sull'esigenza di parificare il trattamento di detenuti padri e detenute madri nel mantenimento della loro relazione con i figli minori cfr. Corte Cost., sent. 24 ottobre 2018, n. 211, in www.giurisprudenzacostituzionale.it.

26 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 gennaio 2013, Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Torreggiani e altri c. Italia, in giustizia.it.