



Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"
Catania 7-8 giugno 2013
"La famiglia davanti ai suoi giudici"

SILVIA TALINI
FAMIGLIA E CARCERE

SOMMARIO: 1. La tutela delle relazioni familiari nella normativa penitenziaria e il ruolo "guida" assunto dalla giurisprudenza - 2. Un diritto sommerso: la questione dell'affettività-sessualità intramuraria - 3. Il mantenimento dei rapporti con i figli e la tutela dell'infanzia - 4. Le modifiche alla disciplina delle misure cautelari e le nuove "strutture alternative al carcere"- 5. Le modifiche all'ordinamento penitenziario: misure alternative e visite al minore infermo - 6. Prevenzione sociale e diritto all'infanzia nella giurisprudenza costituzionale e in una recente sentenza del Giudice di legittimità - 7. Brevi riflessioni conclusive. Un diritto di natura giurisprudenziale: l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita

1. LA TUTELA DELLE RELAZIONI FAMILIARI NELLA NORMATIVA PENITENZIARIA E IL RUOLO "GUIDA" ASSUNTO DALLA GIURISPRUDENZA

Affermare che le relazioni affettive costituiscono un'imprescindibile modalità di espressione della vita di ciascun individuo, è frase piuttosto scontata e - apparentemente - di scarsa rilevanza giuridica.

In effetti, non teme smentite l'affermazione secondo cui la sfera familiare, e le relazioni che si istaurano al suo interno, assumono - nella maggior parte dei casi - la funzione di "rifugio" nel quale l'individuo cerca conforto e protezione.

Meno scontato, invece, è chiedersi quali siano le conseguenze di un distacco forzato da questi legami e, ai fini dell'indagine, in che misura tale allontanamento possa influire sulla personalità del soggetto e sui suoi rapporti con la società civile. Tali quesiti sono funzionalmente legati all'indagine sulla dimensione affettiva in carcere, dimensione che assume particolare importanza anche in riferimento alla portata "bilaterale" della pena: gli effetti dell'esecuzione penale non si riversano esclusivamente sul soggetto condannato, ma colpiscono indirettamente anche i familiari, "vittime dimenticate" la cui sfera affettiva inevitabilmente si comprime per effetto della sentenza di condanna¹.

In effetti, l'ingresso in carcere determina non solo una privazione della libertà personale, intesa come obbligo di costrizione fisica ma - soprattutto - una forte compressione dei diritti soggettivi

¹ In questo senso, v. J. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983.

facenti capo all'individuo, in ragione di esigenze di ordine e sicurezza talvolta "nebulose". Tali restrizioni, connaturate allo stato di detenzione, assumono profili assai delicati comportando una parziale inversione del potere decisionale dall'individuo allo Stato; sarà quest'ultimo, attraverso la legge, a condizionare le scelte individuali del soggetto nel corso dell'esecuzione penale. Tale diminuzione del potere decisionale è tanto più rilevante se si pone l'accento sulla dimensione affettiva; l'impossibilità di modellare autonomamente le relazioni interpersonali porta con sé il rischio di trasformare i rapporti intimi da "rifugio" a privazione affettiva: il detenuto non è libero, è la legge a determinare quali legami siano meritevoli di tutela e, in relazione a tale scelta, tempi e modalità di godimento.

Quanto premesso conduce a una prima considerazione: l'inversione del potere decisionale - dall'individuo allo Stato - anche nelle scelte più intime impone un'analisi giuridica che ponga l'accento su un delicato, quanto difficile, bilanciamento di valori tra esigenze punitive e tutela dei diritti inviolabili costituzionalmente previsti.

La ricerca di questo punto di equilibrio è ben visibile nel quadro normativo di riferimento.

Sia l'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975) sia il regolamento di esecuzione (D.P.R. n. 230/2000), rispondono a un preciso obbligo di adempimento rispetto alle norme costituzionali in tema di esecuzione: da un lato, sono espressione di un movimento che ha condotto alla trasformazione della struttura sociale e del modo di concepire l'individuo ristretto in relazione allo Stato; dall'altro, in modo più specifico, le singole disposizioni risultano imprescindibilmente legate da un rapporto di discendenza rispetto ai principi di umanizzazione e rieducazione sanciti dall'art. 27, co. 3 Cost.

In questo complesso quadro giuridico il mantenimento di un legame con la dimensione familiare assume duplice valenza: per un verso è parametro su cui modellare il processo di individualizzazione, per l'altro si erge a elemento positivo del trattamento che prescinde da ogni valutazione di tipo premiale. Si abbandona così l'antica logica della depersonalizzazione², e si punta alla valorizzazione degli elementi della personalità del detenuto ai fini del suo reinserimento sociale³. Dunque, il principio secondo cui il recupero del condannato non può prescindere dalla permanenza e dal mantenimento della vita affettiva, rappresenta - almeno sotto il profilo formale - uno dei punti più innovativi dell'attuale normativa penitenziaria⁴.

² Ci si riferisce al Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena, adottato con R.D. n. 787/1931.

³ In tal senso G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRACA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 4.

⁴ Espressione di tale spinta garantista sono soprattutto gli articoli 1, co. 6, 15 e 28 ord. penit. e 37 e 61 del regolamento di esecuzione. Tali principi, lungi dal rappresentare mere enunciazioni formali, fungono da basi normative per altre previsioni riconducibili al tema del mantenimento dei rapporti familiari: si pensi all'art. 57 ord. penit. che legittima i prossimi congiunti a richiedere i benefici previsti dalla normativa; al diritto del detenuto di poter informare immediatamente i familiari dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 ord. penit.); all'attenzione rivolta all'assistenza economica alle famiglie (artt. 23 e 45 ord. penit.).



Tuttavia le peculiarità che connotano la realtà carceraria e le esigenze di sicurezza più volte invocate a sostegno dalle restrizioni ai diritti soggettivi dei reclusi non sempre hanno condotto a scelte normative costituzionalmente inattaccabili.

In questo complesso dialogo il processo di bilanciamento è stato spesso guidato dall'opera della giurisprudenza, che ha più volte orientato le scelte del legislatore nazionale verso soluzioni rispettose della dignità umana. Alla base di tali pronunce risiede la convinzione che la dignità c.d. "innata"⁵ - essendo principio supremo dell'ordinamento - non possa entrare nel gioco del bilanciamento di valori. Ciò conduce a una naturale conseguenza: le esigenze di prevenzione possono sì giustificare una limitazione dei diritti soggettivi dei ristretti ma non una loro totale compressione, e questo perchè «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁶.

2. UN DIRITTO SOMMERSO: LA QUESTIONE DELL'AFFETTIVITÀ-SESSUALITÀ INTRAMURARIA

Nelle considerazioni di apertura si è messo in luce come scopo precipuo dell'intervento riformatore del '75 fosse la creazione di un apparato normativo in cui le relazioni familiari potessero continuare a incidere sulle condizioni psicofisiche del detenuto e sulle sue prospettive di vita futura. Tuttavia, esaminando una a una le eterogenee disposizioni poste a tutela dei legami affettivi è difficile non accorgersi di un preoccupante silenzio legislativo: l'assenza di norme a tutela dell'espressione anche fisica dell'affettività, che di fatto conduce a un'astinenza sessuale coatta per quei detenuti che non possano accedere ai permessi *ex art. 30 ter* ord. penit.⁷

Il paradosso normativo è evidente: se, per un verso, il mantenimento della sfera affettiva del condannato è elemento funzionalmente volto alla realizzazione dei principi costituzionali, per l'altro, il silenzio delle legge impedisce l'emersione del diritto alla sessualità intramuraria, consacrando il fenomeno dei "matrimoni bianchi" in carcere che vedono la celebrazione dell'atto non seguita dalla consumazione dello stesso.

La negazione assoluta del diritto, lungi dall'essere risultato di una mera svista normativa, appare frutto di una precisa scelta del legislatore tesa a privilegiare, nel processo di bilanciamento di valori,

⁵ Per un'attenta disamina sul concetto di dignità in relazione allo stato di detenzione si veda M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011, p. 19 ss.

⁶ Corte Cost. sent. n. 349/1993.

⁷ Si tratta dei permessi all'esterno, che riportano la sessualità in una dimensione di "normalità". Occorre tuttavia sottolineare il carattere residuale degli stessi, dovuto all'inapplicabilità nei confronti dei soggetti in attesa di giudizio e alle scelte normative del legislatore tese a ridurre drasticamente la concessione di misure premiali. A questo proposito si veda la l. n. 251/2005 e, in particolare, l'art. 7 che modifica la legge penitenziaria in relazione ai permessi premio, alle misure alternative della semilibertà e della detenzione domiciliare.



le esigenze di sicurezza che assumono - almeno in questo contesto - una posizione di preminenza tale da negare *tout court* il riconoscimento del diritto⁸.

A questo proposito, va ricordato che nello schema originario del regolamento di esecuzione era stata proposta l'introduzione nell'art. 61 ("Rapporti con la famiglia e progressione nel trattamento") di una particolare forma di permesso volto a consentire alle persone ristrette di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore continuative in apposite unità abitative all'interno dell'istituto di detenzione⁹.

L'elemento più innovativo della proposta consisteva senz'altro nell'esclusione del controllo visivo del personale penitenziario all'interno di tali unità, consentito solo ove motivato da situazioni di comprovata emergenza. La proposta, seppur apprezzabile sul piano del pieno riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità in ambiente penitenziario, era tuttavia destinata a scontrarsi con un'insormontabile "questione gerarchica", dovuta all'inconciliabilità del suo disposto con la previsione dell'obbligatorietà del controllo a vista sui colloqui del sovraordinato art. 18, ord. penit.

Il dibattito ha recentemente ripreso vigore in seguito all'ordinanza di rimessione n. 132 del 2012 con cui il Tribunale di sorveglianza di Firenze ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 18, co. 2, ord. penit. nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei colloqui impedisca l'effettuazione, nel quadro del pieno riconoscimento dei rapporti affettivi con i familiari, di rapporti intimi con il *partner* (legato da un rapporto coniugale o di stabile convivenza). In altri termini l'attuale normativa penitenziaria, imponendo l'obbligatorio controllo visivo sui colloqui, di fatto impedirebbe la piena esplicazione del diritto all'affettività di cui la sfera sessuale costituisce un'imprescindibile modalità di espressione.

La scelta normativa si porrebbe in contrasto con diversi parametri costituzionali - primi fra i quali il principio supremo della libertà-dignità¹⁰ consacrato dagli articoli 2 e 3 Cost. - e con l'applicazione di una pena umana, rieducativa e risocializzante imposta dall'art. 27, co. 3 Cost. La scelta negazionista sarebbe, inoltre, difficilmente conciliabile con il ruolo propulsivo assunto dallo Stato nel favorire, proteggere e agevolare la famiglia e la maternità (artt. 29, co. 1 e 31 Cost.), nonché con la tutela costituzionale accordata al diritto alla salute dall'art. 32 Cost.

Inoltre, il riconoscimento dell'espressione anche fisica dell'affettività quale specifica declinazione di un diritto fondamentale della persona detenuta, sarebbe costituzionalmente auspicabile anche in relazione alla "tendenza normativa del regime europeo"¹¹ e alla giurisprudenza

⁸ La volontà negativa è ulteriormente confermata dalla mancata approvazione di numerosi disegni di legge in tema di sessualità intramuraria, tutti caduti nel dimenticatoio parlamentare per il mancato raggiungimento di un punto d'incontro tra le diverse forze politiche in gioco. Si vedano a questo proposito le più recenti proposte di legge: n. 3420, d'iniziativa dei sen. Della Seta e Ferrante, presentata il 24/07/2012; n. 3801, d'iniziativa dei deputati Schirru e altri, presentata il 21/10/2010.

⁹ Tale soluzione è stata adottata in diversi Paesi dell'area europea, fra cui Spagna, Norvegia, Danimarca e Svezia.

¹⁰ Così A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990, p. 20; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 107.

¹¹ Ci si riferisce gli artt. 3 e 8, co. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e alle due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1340/1997, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, e alla regola n.



della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare i giudici di Strasburgo, pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati Parte di riconoscere un diritto alla sessualità intramuraria discendente dagli artt. 8 e 12 CEDU (“Diritto al rispetto della vita privata e familiare” e “Diritto al matrimonio”), hanno più volte manifestato il proprio favore per gli interventi nazionali rivolti in tal senso¹² equiparando, sotto il profilo soggettivo, il convivente stabile al coniuge nel godimento del diritto alla sessualità intramuraria.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 301 del 2012 ha dichiarato la questione inammissibile.

Al di là dei prevedibili motivi processuali che hanno condotto a tale decisione¹³, si deve plaudire alla scelta del rimettente di portare all'attenzione del mondo del diritto la delicata questione della legittimità di norme che comprimono la sfera intima delle persone detenute. Risultando preclusa ogni possibilità di intrattenere rapporti sessuali all'interno degli istituti, è difficile negare come l'attuale normativa penitenziaria importi una condizione di astinenza sessuale coatta che assume, di fatto, la qualifica di conseguenza accessoria della pena il cui protrarsi nel tempo può comportare gravi disagi emotivi e comportamentali¹⁴.

La sentenza in commento rappresenta, quindi, un'importante occasione di riflessione.

Occorre prima di tutto interrogarsi sui profili soggettivi di un eventuale diritto alla sessualità intramuraria. Come messo in risalto dalla Consulta il riconoscimento di tale diritto esclusivamente a coloro che siano legati da un rapporto di coniugio o convivenza stabile sarebbe difficilmente conciliabile con diversi parametri costituzionali, imponendo di fatto l'astinenza sessuale a coloro che non siano legati da tali rapporti.

Anche sotto questo profilo l'*empasse* potrebbe essere superato attraverso un attento bilanciamento di valori. Se l'obbligatorietà del controllo a vista - come confermato dalla Corte -

24.4 sulle regole penitenziarie europee del 2006. A conferma di tale “tendenza” l'art. 1 lett. c) della Raccomandazione del parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004, annovera tra i diritti da riconoscere ai detenuti quello ad avere «una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi».

Tale tendenza appare altresì confermata in vari paesi anche al di fuori dell'area comunitaria.

¹² A questo proposito si vedano: Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04; Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro contro Regno Unito*, ricorsi n. 32094/96 e 32568/96; Commissione EDU, 10 luglio 1980. Sull'equiparazione del convivente stabile al coniuge si veda Corte EDU, 22 maggio 2008, *Petrov contro Bulgaria*, ricorso n. 15197/02.

Occorre inoltre precisare che, al contrario, la giurisprudenza di legittimità italiana è tesa ad avallare la mancata previsione del diritto alla sessualità intramuraria in ragione di preminenti esigenze di sicurezza (Cass., Sez. 1, sent. n. 48165/2008; Cass., Sez. 1, sent. n. 1553/1992; Cass., Sez. 1, Ord. n. 1524/1992).

¹³ L'assoluta mancanza di una descrizione adeguata della fattispecie concreta e delle ragioni che hanno condotto il rimettente a ritenere applicabile la norma al caso di specie impedisce una pronuncia nel merito, stante il principio di autosufficienza dell'ordinanza di rimessione (Corte Cost. sent. n. 338/2011 e ord. n. 93 e 127 del 2012 e n. 260/2011). Secondo motivo di inammissibilità risiede nell'impossibilità per la Consulta di operare interventi additivi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore (Corte Cost. sentt. n. 134/2012 e n. 271/2010).

¹⁴ In questo senso numerosi sociologi, v. F. CERAUDO, *La sessualità in carcere: aspetti ambientali, psicologici e comportamentali*, in A. SOFRI, F. CERAUDO, *Ferri battuti*, Pisa, 1999; M. GRESHAM, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Princeton, 1958; D. CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1941.



trova la sua ragion d'essere nella necessità di apprestare adeguata tutela all'ordine e alla sicurezza negli istituti, un'eventuale limitazione dei profili soggettivi del diritto potrebbe trovare una sua legittimazione proprio nella necessità di apprestare adeguata tutela a tali esigenze. Difficile, in effetti, ipotizzare una portata generale degli incontri intimi nell'attuale quadro penitenziario: un quadro che ha più volte manifestato la propria diffidenza verso l'emersione del diritto, stante il timore di una sua strumentalizzazione per fini illeciti¹⁵.

Occorre in secondo luogo interrogarsi sulla permanenza nell'ordinamento del controllo a vista sui colloqui. Se da un lato la rimozione dell'automatismo di cui all'art. 18 ord. penit. non sarebbe di per se sufficiente a far emergere il diritto alla sessualità intramuraria, richiedendosi un preciso intervento parlamentare in tal senso, dall'altro non è difficile intuire come la costante presenza dell'agente di custodia pregiudichi significativamente la libertà nelle manifestazioni intime, rendendo di fatto improbabile un'espressione naturale dell'affettività.

Naturale conseguenza di tali riflessioni è un difficile dialogo con i principi ispiratori della riforma del '75: un ordinamento penitenziario che assume su di sé il compito di mantenere, ristabilire o migliorare le relazioni familiari, è un ordinamento che mal dovrebbe tollerare, in termini di coerenza di sistema, un obbligo inderogabile come quello previsto dall'art. 18, co. 2 ord. penit.

Se così è, la modifica auspicata potrebbe tradursi in un passo costituzionalmente necessitato.

L'obiettivo sarebbe duplice: consentire una più completa espressione del diritto all'affettività, che è invece sicuramente influenzato, in termini di soggezione, dalla costante presenza di un agente di custodia e, in secondo luogo, stabilire le premesse per un successivo intervento - anche di tipo regolamentare - che definisca luoghi, modi e tempi per l'esplicazione del diritto.

Occorre, infine, dare risalto alla valenza anche monitoria dell'intervento della Corte. La giurisprudenza costituzionale sembra chiedere - seppur in controtendenza - l'inserimento nell'agenda parlamentare di un intervento teso a riconoscere la possibilità di intrattenere rapporti intimi con il *partner* anche per coloro che non possono godere dei permessi all'esterno: se la rieducazione è parte del contenuto ontologico della pena¹⁶, difficilmente essa potrà prescindere dall'espressione anche fisica dell'affettività, quale connotato dell'identità individuale da tutelare pure nei confronti di ingerenze dell'autorità statale.

La questione meriterebbe di essere rivista al fine di un più generale ripensamento degli spazi carcerari volto a garantire l'operatività dei principi costituzionali. Non è così oggi: ne è prova la recentissima sentenza della Corte EDU (*Torreggiani e a. c. Italia*)¹⁷, che ha nuovamente condannato lo Stato italiano per le condizioni inumane sofferte da diversi detenuti in istituti

¹⁵ Inoltre la stessa Corte ha, in taluni casi, giustificato una differenziazione della disciplina anche in riferimento al convivente stabile, sull'assunto che la tutela accordata dell'art. 29 Cost. attiene, ancora oggi, alla famiglia fondata sul matrimonio (Corte Cost. sentt. n. 138/2010 e n. 352/2000).

¹⁶ Così la Consulta nella nota sent. n. 313/1990.

¹⁷ Adottata l'8 gennaio 2013, ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.



sovraffollati¹⁸. La pronuncia assume un'importanza particolare per il tema che qui interessa: scegliendo di adottare una c.d. sentenza pilota¹⁹ la Corte di Strasburgo mette in mora lo Stato italiano fissando in un anno il termine entro il quale dovrà provvedere a ridisegnare gli spazi del carcere, spazi che, in conformità al dettato costituzionale, dovranno garantire l'espiazione di una pena umana, rieducativa e risocializzante²⁰.

La giurisprudenza sovranazionale offre, quindi, un'importante occasione al legislatore: ripensare un ambiente carcerario in grado di apprestare adeguata tutela sia ai diritti positivamente riconosciuti - ma sostanzialmente negati -, sia a quelli che ancora vengono ignorati dalla legge, pur essendo diretta espressione del dettato costituzionale.

3. LA RICERCA DI UN DIFFICILE PUNTO DI EQUILIBRIO TRA ESIGENZE DI PREVENZIONE SOCIALE E TUTELA DELL'INFANZIA

Nelle riflessioni che precedono si è rilevato come diverse siano le disposizioni che la normativa penitenziaria dedica ai legami familiari all'interno del carcere, affinché questi continuino a incidere sul soggetto ristretto in vista di un suo reinserimento nel consorzio sociale. A questo proposito, particolare rilevanza è attribuita alla tutela dei rapporti con i figli.

Oltre ai ricordati istituti di carattere generale (colloqui, visite, permessi) la legge penitenziaria dedica numerose disposizioni alla tutela della genitorialità; la più discussa è contenuta nell' art. 11, co. 9 ord. penit: «Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido»²¹. Non è difficile immaginare come l'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario, le rigide regole degli istituti e il contatto forzato con soggetti esterni al nucleo familiare creino una situazione di forte tensione che, ripercuotendosi sullo sviluppo psicofisico del minore, risulta difficilmente compatibile con il quadro costituzionale e internazionale in materia²². Il problema, dunque, è quello di calibrare l'intensità della pretesa punitiva tenendo conto dei diversi bisogni dei vari periodi dell'infanzia e del ruolo che, all'interno di questi, gioca il rapporto con le figure genitoriali di riferimento. A tal proposito, non

¹⁸ L'endemico problema del sovraffollamento carcerario in Italia è stato oggetto di numerose condanne da parte dei giudici di Strasburgo: v., per tutte, la sentenza 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03.

¹⁹ Tali pronunce sono previste dall'art. 46 CEDU, co. 1 e dall'art. 61 del Regolamento della CEDU, introdotto il 21/02/2011.

²⁰ Nel suo complesso tornante argomentativo la Corte sottolinea il carattere sistematico delle violazioni dell'art. 3 CEDU, quale diretta conseguenza del fenomeno del sovraffollamento carcerario. Si invita, dunque, il legislatore nazionale ad adottare le misure in grado di porvi rimedio, in conformità al principio di sussidiarietà.

²¹ Fortunatamente il numero dei bambini in carcere è relativamente esiguo: nel corso degli anni ha oscillato tra le 40 e le 75 unità. I dati sono pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

²² Particolarmente significative in tal senso: la Convenzione Internazionale Onu sui Diritti dell'Infanzia del 1989, approvata e la più recente Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 su una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori (2007/2093(INI)).



sono mancati interventi normativi e giurisprudenziali che hanno cercato di spostare il punto di bilanciamento in una posizione sempre più favorevole alle esigenze di sviluppo dei minori²³.

Espressione di una volontà in tal senso è la nota sentenza n. 215 del 1990 con la quale il Giudice delle Leggi ha posto le basi per l'affermazione del principio di parificazione genitoriale nella concessione dei benefici penitenziari. In particolare, la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, co. 1, n. 1, ord. penit, nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare potesse essere concessa, nelle stesse condizioni previste per la madre, anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Tale pronuncia si inserisce in un quadro normativo che si è gradualmente evoluto, passando del divieto di legami tra la madre autrice di reati e il figlio a soluzioni opposte, anche in favore del padre detenuto²⁴.

Normativamente la progressiva preminenza assunta dagli interessi del minore rispetto alle esigenze punitive dello Stato è ben espressa, seppur con diverse ombre, nella recente legge di riforma n. 62 del 2011²⁵ nata dall'intento, esplicitato nei lavori preparatori, di superare i limiti applicativi emersi dall'esperienza precedente.

Una corretta comprensione dell'attuale normativa in materia non può prescindere, quindi, dall'analisi delle modifiche introdotte dal legislatore del 2011 e degli interventi giurisprudenziali a esso connessi.

4. LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELLE MISURE CAUTELARI E LE NUOVE “STRUTTURE ALTERNATIVE AL CARCERE”

La legge interviene sul codice di rito agendo su due piani: introduzione di nuovi istituti e modifica del regime cautelare.

Sotto quest'ultimo punto di vista l'intervento è duplice: da un lato, si innalza l'età della prole per cui è applicabile - salvo esigenze cautelari di eccezionale rilevanza - il divieto della custodia in

²³ Così F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivistaaic.it*, n. 4, 2012.

²⁴ Tra i principali interventi di riforma in materia si ricordano: la l. n. 663 del 1986 (c.d. “Gozzini”); la l. n. 165 del 1998 (c.d. “Simeone”) e, infine, la l. n. 40 del 2001 (c.d. “Finocchiaro”).

Sull'evoluzione storica della condizione delle donne detenute e per affrontare il tema in una prospettiva di genere, si veda A. ROSCIOLI, *La condizione della donna detenuta*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, Bologna, 2007, n. 3, p. 459-466.

²⁵ Titolata “Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori”.



carcere²⁶; dall'altro, a tale modifica è legata l'introduzione delle nuove strutture previste dalla legge: gli istituti a custodia attenuata (di seguito Icam) e le case famiglia protette.

Ma è opportuno procedere con ordine.

Per quanto concerne la modifica dell'art. 275, co. 4 c.p.p, occorre precisare come tale norma sia stata recentemente oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Catanzaro nella parte in cui non prevede che la custodia in carcere non possa essere disposta quando sia imputata la madre di un figlio minore totalmente invalido, con lei convivente, che necessiti della sua costante presenza.

Tuttavia, con l'ordinanza n. 239 del 2011 la Consulta ha restituito gli atti al giudice *a quo* affinché proceda a una nuova valutazione della rilevanza della questione, alla luce dei principi affermati in materia di obbligatorietà della custodia cautelare nella sopravvenuta sentenza n. 231 del 2011²⁷.

Prescindendo dai numerosi dubbi che questa scelta solleva - soprattutto in ordine all'allungamento dei tempi processuali per la tutela del diritto alla salute del minore invalido²⁸ -, sarebbe ragionevole presagire, alla luce di uno specifico precedente giurisprudenziale, che una futura decisione nel merito possa essere nel senso della incostituzionalità.

Ci si riferisce alla nota sentenza n. 350 del 2003 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter* ord. penit. nella parte in cui non prevede che, in determinate condizioni, la detenzione domiciliare possa essere concessa, oltre che alla donna incinta o alla madre con prole di età inferiore a dieci anni con lei convivente, anche nei confronti della madre condannata convivente con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante²⁹.

Tale decisione rappresenta, senz'altro, un precedente significativo, che mal si concilia con la decisione del Giudice delle Leggi di restituzione degli atti al giudice *a quo*. Vi è di più: ponendo l'accento sulla natura dei diritti costituzionalmente tutelati - la libertà personale e la tutela del minore - occorre chiedersi se la garanzia offerta da una potenziale interpretazione adeguatrice sia sufficiente o se, al contrario, non sia necessaria una tutela più incisiva. Affidare la modulazione interpretativa di una norma indissolubilmente legata ai diritti inviolabili della persona all'opera di interpretazione del giudice comune è situazione ben diversa dal dichiarare, una volta per tutte e con

²⁶ L'art 275, 4 co, c.p.p. aumenta l'età della prole da tre a sei anni. Tale innalzamento è da valutarsi in termini positivi anche perchè coincide, in genere, con i primi obblighi di scolarizzazione. Va inoltre rilevato come, sulla scia della ricordata sentenza della Corte Cost. n. 215 del 1990, la stessa norma si applica ai padri, se la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata.

²⁷ Con tale pronuncia, infatti, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p nella parte in cui prevede una presunzione assoluta, anziché relativa dell'adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per i delitti di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti.

²⁸ Per un'analisi approfondita della pronuncia, soprattutto in relazioni ai profili critici della restituzione degli atti al giudice rimettente, si veda D. CHINNI, *Un eccesso di concretezza in un caso di restituzione degli atti al giudice a quo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, p. 2249 ss.

²⁹ Per un approfondimento su tale pronuncia si veda F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, p. 2240 ss.



valenza *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale della norma in questione. In altri termini, sembra quantomeno doveroso chiedersi se l'interpretazione costituzionalmente orientata, seppur basata su una sentenza costituzionale, sia sufficiente o se, al contrario, sia necessaria la produzione di quegli effetti che solo una pronuncia di accoglimento può produrre³⁰.

Per quanto riguarda il secondo profilo - introduzione di nuove strutture - il legislatore del 2011 ha agito in un duplice senso: da un lato, si prevede che, ove sussistano "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza" il giudice possa disporre la custodia cautelare presso un Icam; dall'altro, attraverso una modifica dell'art. 284, co. 1 c.p.p, si aggiunge ai luoghi in cui è possibile scontare la detenzione domiciliare la figura della casa famiglia protetta, ove istituita.

È questa una delle novità più rilevanti introdotte dalla riforma del 2011: si tratta di istituti nati nel tentativo di evitare che i minori soffrano l'esperienza della carcerazione forzata, attraverso la predisposizione di luoghi alternativi al carcere nei quali sia possibile tutelare il rapporto con la madre che si trovi in stato di privazione della libertà personale³¹.

5. LE MODIFICHE ALL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO: MISURE ALTERNATIVE E VISITE AL MINORE INFERMO

L'intervento del 2011 ha inciso in maniera significativa anche sulla normativa penitenziaria, modificando l'impianto delle misure alternative e introducendo il regime delle visite al minore infermo.

Sotto il primo profilo è stato previsto che nei confronti di donna incinta, o madre di prole di età inferiore ai dieci anni con lei convivente, la detenzione domiciliare possa svolgersi, in assenza di altri luoghi idonei, anche presso le case famiglia protette. In secondo luogo, il legislatore ha agito, in un'ottica di decarcerizzazione, sulla detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* ord. penit.): a norma del nuovo regime l'espiazione di almeno un terzo della pena (ovvero di almeno quindici anni nel caso di ergastolo) necessari per ottenere la detenzione domiciliare speciale, può

³⁰ In questo senso sia consentito rinviare a S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte Costituzionale e giudici*, in *Giurisprudenza Italiana*, in corso di pubblicazione, 2013.

³¹ In estrema sintesi può dirsi che, nel silenzio della legge, i futuri Icam dovrebbero avere le caratteristiche dell'unico istituto già attivo, che opera come sezione distaccata del carcere di San Vittore: strutture arredate in modo familiare, dotate dei necessari sistemi di sicurezza ma prive dei tratti caratteristici dell'edilizia carceraria (es. sbarre; celle chiuse); numero ristretto di posti; spazi tendenzialmente aperti con libertà di circolazione; presenza di operatori specializzati in grado di sostenere le detenute nella cura dei figli; agenti di Polizia Penitenziaria in borghese e possibilità per i bambini di frequentare il nido di zona così favorendo relazioni diversificate.

Il decreto del Ministero della Giustizia dello scorso 8 marzo ha, invece, definito le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette: strutture tali da consentire una vita quotidiana ispirata a modelli comunitari, tenuto conto del prevalente interesse del minore; un massimo di sei nuclei familiari per istituto; predisposizione di spazi da destinare al gioco e agli incontri al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi.



avvenire - sia per la madre sia per il padre, se essa è deceduta o impossibilitata - in luoghi diversi dagli istituti ordinari: negli Icam e, se non vi è pericolo di recidiva o di fuga, presso il proprio domicilio o presso le case famiglia protette^{32 33}. Tuttavia, tale disciplina non è applicabile ai soggetti condannati per uno dei c.d. reati ostativi, elencati dall'art. 4-*bis* ord. penit. con la conseguenza che in questo caso tornerà a essere applicabile l'esecuzione in istituto a norma dell'art. 11, co. 9 ord. penit.

É infine da valutarsi in termini positivi il nuovo regime delle visite al minore infermo previsto dall'art. 21-*ter* ord. penit: in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, la madre e il padre sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo. La previsione riguarda, quindi, tutti i figli minorenni senza distinzioni di età e, in considerazione della gravità della situazione, consente la presenza di entrambi i genitori sottoposti a misure restrittive.

Diversa la disposizione del secondo comma, che consente alla madre³⁴ di assistere il minore durante le visite specialistiche relative a gravi condizioni di salute, solo per bambini di età inferiore ai dieci anni e purché l'autorizzazione sia concessa dal giudice competente.

6. PREVENZIONE SOCIALE E DIRITTO ALL'INFANZIA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E IN UNA RECENTE SENTENZA DEL GIUDICE DI LEGITTIMITÀ

Dalle riflessioni sin qui condotte emerge chiaramente come la legge n. 62 abbia notevolmente inciso sul fenomeno dei c.d. "bambini detenuti". Difficile tuttavia lasciarsi andare all'entusiasmo: nonostante il numero esiguo di minori ristretti con le loro madri, è assai difficile che si realizzi l'obiettivo di totale eliminazione del fenomeno posto alla base dell'intervento parlamentare. In effetti, alla costruzione delle nuove strutture non farà seguito il venir meno delle sezioni nido attualmente presenti negli istituti ordinari; qui resteranno tutte le madri, e tutti i bambini che, per diversi motivi, non rientrano nell'ambito di applicazione della nuova disciplina.

Ne deriva che, almeno in questo caso, il legislatore non ha attribuito alla tutela del diritto all'infanzia una posizione di assoluta preminenza; il bilanciamento di valori sarà affidato al giudice che dovrà, di volta in volta, valutare in che relazione si ponga la tutela della maternità e del minore con le esigenze di prevenzione sociale.

³³ Infine, l'ultimo comma dell'articolo in commento, mette in relazione la detenzione domiciliare speciale con due istituti preposti della normativa penitenziaria al mantenimento delle relazioni affettive, prevedendo che il Tribunale di sorveglianza, al compimento del decimo anno di età, possa prorogare il beneficio se vi sono i requisiti per la semilibertà ovvero disporre l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'articolo 21-*bis* ord. penit.

³⁴ Anche in questo caso, il padre potrà usufruire della misura nel caso in cui la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata.



La ricerca di questo incerto punto di equilibrio ben emerge in una pronuncia della Corte costituzionale avente ancora una volta a oggetto la detenzione domiciliare. Gli interventi normativi in materia - afferma la Consulta - rispondono ad una logica “unitaria e indivisibile, che, accanto ad una maggiore comprensione per le esigenze che nascono dai rapporti tra madre e figli in tenera età, pone una maggiore cautela nel richiedere, prima della concessione del beneficio, la formulazione di una prognosi di inesistenza del concreto pericolo che la condannata commetta altri delitti. Il bilanciamento tra le diverse e contrastanti esigenze si ricomponde pertanto ad un altro livello, in cui si pongono in equilibrio da una parte una maggiore tutela della sicurezza e dall'altra una più adeguata considerazione dei bisogni dei minori e delle attività delle madri destinate a soddisfarli”. Dunque, prosegue la Corte, gli interventi in questo settore devono essere preceduti da una “previa valutazione dell'inesistenza del rischio concreto che il soggetto ammesso alla misura possa commettere altri delitti”³⁵.

A questo proposito occorre rilevare come, se le recenti scelte normative non hanno saputo attribuire all'interesse del minore una posizione di preminenza, tale superiorità è stata recentemente affermata in una nota pronuncia del Giudice di legittimità chiamato a pronunciarsi su una questione piuttosto delicata. Si trattava, in particolare, di valutare se per la madre condannata in secondo grado per il reato di traffico di sostanze stupefacenti (con aggravante mafiosa) fosse applicabile la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere prevista dall'art. 275 c.p.p. o se, al contrario, in considerazione dell'età dei figli fosse preferibile una soluzione differente.

La Corte, con un'importante dichiarazione di principio, risolve il bilanciamento in senso favorevole al minore facendo prevalere la statuizione *in bonam partem* di cui al comma 4 dell'art. 275 c.p.p. In particolare i giudici di legittimità sottolineano come “più che di presunzioni che si contrappongono, la prevalenza della disciplina dettata dal comma 4 trova fondamento nel giudizio di valore operato dal legislatore, nel senso che sulla esigenza processuale e sociale della coercizione intramuraria debba prevalere la tutela di altri interessi, considerati poziori in quanto correlati ai fondamentali diritti della persona umana”^{36 37}.

7. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE. UN DIRITTO DI NATURA GIURISPRUDENZIALE: L'ACCESSO ALLE TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

³⁵ Corte Cost. sent. n. 177/2009.

³⁶ Corte Cass, seconda sez. pen., n. 541/2012.

³⁷ Per ulteriori approfondimenti, soprattutto in reazione alle criticità della l. n. 62/2011, si veda F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari*, op. cit., p. 5 ss. Nelle riflessioni conclusive l'Autore mette chiaramente in luce come uno degli aspetti più problematici della riforma sia quello relativo al finanziamento delle nuove strutture: in effetti, sia la legge che il decreto dispongono esplicitamente che la costruzione di quest'ultime dovrà avvenire senza oneri per l'amministrazione penitenziaria, sia sotto il profilo della realizzazione sia sotto il profilo della gestione. Inoltre, l'esiguo numero di istituti che - si presume - verranno realizzati, si pone in un difficile rapporto di coerenza con il principio di territorialità della pena.



Le considerazioni fin qui esposte consentono alcune riflessioni conclusive.

Da un'analisi di insieme, emerge un quadro normativo non sempre coerente: se per un verso il mantenimento dei legami familiari è elemento funzionalmente volto alla realizzazione dei principi costituzionali, dall'altro la posizione di preminenza spesso attribuita alle esigenze di prevenzione non ha sempre condotto a scelte normative costituzionalmente orientate. In effetti, il difficile bilanciamento di valori è stato spesso operato dalla giurisprudenza che - il più delle volte - ha saputo guidare il legislatore verso soluzioni maggiormente rispettose della dignità umana.

È allora imprescindibile ripercorrere, seppur in estrema sintesi, l'*iter* giurisprudenziale che ha condotto al riconoscimento del diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA) anche per i soggetti sottoposti a regime detentivo speciale³⁸.

Ancor prima della legge n. 40/2004, un'autorizzazione all'accesso era stata concessa nel 2001 dal Ministero della Giustizia a un noto esponente della camorra, dopo una battaglia legale iniziata nel 1983. La figlia nacque nel 2007 scatenando numerose polemiche soprattutto per la circostanza che le cause impeditive della procreazione erano dovute non a situazioni di sterilità o infertilità - come la legge vorrebbe - bensì al "fine pena mai" del boss.

Tuttavia, solo con la storica sentenza della Corte di Cassazione n. 7791 del 2008 si affermò - in via giurisprudenziale - il diritto di accesso alla PMA per i detenuti in regime di carcere duro³⁹. Prendendo le mosse da una nota pronuncia della Corte Costituzionale⁴⁰, il Giudice di legittimità ribadì che «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona»; nelle situazioni in cui occorre bilanciare sicurezza e garanzia di un diritto «il principio da applicare [...] non può che essere quello di contemperare interesse personale e detenzione [...] ed il giudizio relativo non può che ispirarsi al criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona». Da ciò discende una naturale conseguenza: «il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto»; ciò perchè «non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette di rispetto della dignità e dell'umanità della persona»⁴¹.

Il detenuto, dunque, può accedere alle tecniche di PMA: lo stato detentivo non costituisce - e non può costituire - una causa ostativa al godimento di un diritto riconosciuto dalla legge senza distinzione tra soggetti liberi e ristretti.

³⁸ Attualmente disciplinate dalla l. n. 40 del 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita). In via estremamente esemplificativa può dirsi che tale normativa riserva l'accesso alla fecondazione in vitro alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità.

³⁹ Nel caso di specie il ricorso era stato promosso da un detenuto al quale il Magistrato di sorveglianza aveva negato la possibilità di accedere alla fecondazione in vitro, nonostante la sterilità della moglie.

⁴⁰ Ci si riferisce alla sent. n. 26 del 1999.

⁴¹ La Corte non si è invece espressa sul tema dei diritti del nascituro e sulla necessità del minore di essere seguito ed educato attivamente dal padre; diritti invocati dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria per giustificare la mancata autorizzazione al prelievo.



Ultima tappa del lungo *iter* giurisprudenziale è rappresentata dalla sentenza n. 11259/2009 con cui la prima sezione penale della Cassazione ha definitivamente aperto la strada alla procreazione medicalmente assistita anche per detenuti affetti da malattie virali con elevato rischio di trasmissione al *partner* o al feto⁴².

Tale cammino, seppur ripercorso nelle sue linee essenziali, esprime limpidamente il ruolo assunto dalla giurisprudenza nel processo di emersione di “nuovi” diritti per quanti si trovino privati della libertà personale. Alla base di tali pronunce - è bene ribadirlo - risiede il principio per cui in corso di esecuzione penale vanno riconosciuti tutti i diritti inviolabili costituzionalmente previsti, la cui compressione può avvenire esclusivamente in ragione di accertate esigenze di sicurezza⁴³. Si è fuori, altrimenti, dalla logica del bilanciamento che permette sì di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco, ma mai oltre il punto di estrema tensione che produca il totale sacrificio di uno di essi, che pregiudichi la sua ineliminabile ragion d’essere⁴⁴.

Muovere in questa direzione permetterebbe, dunque, di adempiere a un obbligo costituzionalmente imposto: questo poiché, come messo in luce dalla Consulta, «la dignità della persona [...] anche in questo caso anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»⁴⁵.

⁴² Nel caso di specie, il ricorso era stato promosso da un detenuto in regime di carcere duro affetto da epatopatia HCV, al quale era stata negata l’autorizzazione all’accesso per l’impossibilità di applicare le “linee guida” del decreto del Ministero della Salute dell’aprile 2008 che permette la PMA anche alle coppie in cui l’uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili al *partner* e al feto.

⁴³ Per un’attenta disamina sul tema dei diritti fondamentali in relazione allo stato di detenzione si veda: M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

⁴⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 81.

⁴⁵ Così la Consulta nella citata sentenza n. 26/1999.

