



AURORA VESTO*

MADRI DETENUTE E FIGLI MINORI: IL RUOLO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE TRA AFFETTIVITÀ E TUTELA DEI DIRITTI UMANI

SOMMARIO: 1. La condizione delle madri detenute nel quadro della tutela dei diritti umani: il difficile punto di equilibrio tra esercizio della potestà punitiva dello Stato e il (fondamentale) rispetto per la maternità. – 2. Una lettura “normativamente complessa”: analisi della disciplina positiva sulla detenzione carceraria delle donne con prole. – 3. Un interrogativo nascosto: la responsabilità genitoriale resiste alle intemperie del circuito carcerario? – 4. Una prospettiva conclusiva delle rispettive posizioni soggettive e delle *chances* per la scelta dei luoghi ove tutelare l’affettività.

1. *La condizione delle madri detenute nel quadro della tutela dei diritti umani: il difficile punto di equilibrio tra esercizio della potestà punitiva dello Stato e il (fondamentale) rispetto per la maternità*

Il legame tra la madre e i propri figli risulta essere il rapporto più importante per la crescita dell’uomo e, in tal senso, assume preminenza l’elemento ambientale, cioè il luogo in cui emerge e si consolida la relazione madre-figlio.

L’ambiente ottimale è quello della casa familiare, ricostruita da sempre come luogo di protezione e sviluppo del minore, dal cui interesse superiore deve muovere qualsiasi decisione che lo coinvolga.

Purtroppo, ogni giorno, si apprende dalla cronaca la triste condizione in cui si trovano a crescere alcuni minori, figli di madri detenute che, di fatto, diventano tragicamente “bambini detenuti”¹.

La questione sociale e individuale è troppo seria, né si può pensare che sia stata banalizzata nella rappresentazione scenica del film “Ieri, oggi, domani” con Sofia Loren e Marcello Mastroianni del 1963. La realtà riportata sullo schermo dal regista Vittorio De Sica nella forma della “commedia all’italiana” rendeva in quel caso l’idea di una tragedia

* Ricercatrice (RTD-B) di Diritto privato, Università per Stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria.

¹ In chiave ricostruttiva cfr. F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista Aic*, 2012, fasc. 4, p. 3 ss.; e, in ordine ai profili sociologici, D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano, 1999, p. 41 ss.

familiare filtrata e alleggerita da aspetti comici, ma è tuttora attuale e grave il fenomeno della carcerazione di madri di bambini in tenera età.

Si tratta di situazioni che, data la loro complessità, non possono essere osservate con uno sguardo sterilmente miope o troppo presbite, ma con una delicata attenzione alla vulnerabilità intrinseca che la situazione di restrizione presenta, con particolare riferimento alle esigenze delle madri detenute che hanno figli a carico.

La nostra Costituzione², nel concepire una funzione rieducativa della pena (art. 27, comma III), prevede che la “Repubblica protegge la maternità, l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo” (art. 31, comma II), affinché si possa sia garantire il diritto del minore ad essere accudito dalla madre (*ex* art. 31, comma I), sia tutelarne la salute (art. 32) preservandone l’integrità psico-fisica, al fine di evitare che lo stesso sia, a sua volta, spinto a delinquere (e, dunque, a “ripetere” i comportamenti tenuti dai propri genitori).

Tuttavia, il rapporto madre-figlio – indubbiamente il più significativo del genere umano, portatore di due importanti interessi, quello del minore e quello della madre – in caso di lunghe pene detentive rischia di venire sacrificato, non potendo, di fatto, all’interno del circuito carcerario, trovare piena attuazione la funzione propria della figura genitoriale.

Il principio del fine rieducativo della pena ha assunto una sempre più pregnante dimensione sovranazionale tanto da potersi considerare, oramai, quale parte integrante del comune patrimonio della cultura giuridica europea; esso si declina primariamente nella sua connotazione teleologica collegata al “recupero sociale” del condannato.

Tra l’altro, il principio della c.d. “umanizzazione” della pena viene dapprima esaltato nell’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea³ secondo cui «nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; per poi essere ribadito nella Raccomandazione adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa dell’11 gennaio 2006, dove, nella parte I, si precisa che «tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell’uomo [...] e] conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge con la loro condanna».

A tutto ciò fa eco la Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti dell’Infanzia e dell’Adolescenza del 1989⁴ secondo la quale (art. 3, comma I) «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Inoltre, gli articoli 64 e 65 delle Regole penitenziarie europee - adottate con Raccomandazione (2006) del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa dell’11 gennaio 2006 - prevedono espressamente che si ponga in essere «ogni sforzo [...] per assicurarsi che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da: [...] mantenere e rafforzare i legami dei detenuti con i membri della famiglia e con la comunità esterna al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie».

² Per una prima disamina dei rapporti esistenti tra la norma costituzionale sul finalismo rieducativo della pena (art. 27, comma III, Cost.) e i restanti meta-principi posti a garanzia dei cc.dd. diritti inviolabili dell’uomo, cfr. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista Aic*, 2016, fasc. 3, p. 7 ss.

³ La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, nota anche come Carta di Nizza, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1 dicembre 2009, ha assunto lo stesso valore giuridico dei trattati e, dunque, carattere giuridicamente vincolante all’interno dell’ordinamento dell’Unione.

⁴ Approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall’Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* dell’11 giugno 1991, n. 35.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute invita gli Stati a «creare condizioni di vita adatte alle esigenze» dei figli che vivono con il genitore detenuto.

D'altro canto, la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 sull'educazione degli adulti esprime in via simmetrica la necessità di adottare una strategia comune dell'Unione europea sui diritti dei minori⁵.

Nel rapporto sulla violenza contro le donne presentato all'Assemblea Generale dell'ONU, nel giugno 2012, si raccomanda, con specifico riferimento al nostro Paese, di «promuovere l'utilizzo delle esistenti misure cautelari alternative alla detenzione, degli arresti domiciliari e di carceri a bassa sicurezza per le donne con figli minori, tenuto conto che la maggior parte di esse si trovano detenute per reati che non sono di violenza nei confronti della persona e tenuto conto dell'interesse preminente del minore».

Del resto, privare un bambino della figura genitoriale sol perché detenuta, costituirebbe sicuramente una “violenza” in quanto integrerebbe gli estremi del c.d. comportamento illegittimo ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo.

Dello stesso tenore è l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato “Diritti dei minori”, il quale, al comma II, dispone che «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente», e, al comma III, che «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

Merita di essere segnalata la circostanza secondo la quale già la Risoluzione 45/111 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 14 dicembre 1990 (cc.dd. *Tokio Rules*), tra i principi di base per il trattamento dei detenuti prevedeva, al punto 5, che «fatta eccezione per quelle limitazioni che sono palesemente rese necessarie dal fatto di carcerazione, tutti i

⁵ La protezione internazionale dei minori è, notoriamente, uno dei temi più significativi nell'ambito della teoria del diritto internazionale generale, in quanto direttamente funzionale a caratterizzare il minore quale soggetto direttamente titolare di diritti e di obblighi da parte dell'ordinamento giuridico. Uno dei documenti più significativi è la celeberrima Convenzione per i diritti del fanciullo, entrata in vigore nel 1990 e ratificata dal maggior numero di Stati membri dell'ONU. Il sistema convenzionale si appoggia ad una costante attività di monitoraggio, affidata ad un apposito Comitato, istituito nell'ambito del Comitato economico e sociale e composto da 10 membri “di alta statura morale e competenza riconosciuta” nello specifico settore della Convenzione; tali membri operano a titolo personale e hanno il compito di verificare la concreta applicazione del testo all'interno di tutti gli Stati contraenti (art. 43). Il testo della Convenzione è stato poi completato da un primo Protocollo facoltativo relativo alla vendita ed alla prostituzione dei fanciulli ed alla pornografia minorile, in vigore dal 2002; nonché da un secondo Protocollo sul coinvolgimento dei fanciulli nei conflitti armati, anch'esso in vigore dal medesimo anno. E, infine, da un terzo Protocollo facoltativo relativo alle procedure di audizione del Comitato, entrato in vigore nel 2014. Sul fronte eurounitario occorre menzionare la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996, nonché la Convenzione contro lo sfruttamento sessuale dei minori del 25 ottobre 2007. Esiste poi una Carta africana dei diritti dei bambini, in vigore dal 1999, nonché una Convenzione contro il traffico illecito dei minori dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), in vigore dal 18 agosto 1997. Con riferimento al tema del lavoro minorile si segnalano: la Convenzione sul lavoro minorile del 1978; le Convenzioni relative al lavoro notturno di carattere non industriale del 1919 e del 1946 e quella sul lavoro notturno industriale del 1948; le Convenzioni per il controllo sanitario su minori occupati in lavori di natura industriale e non industriale, entrambe del 1946; la Convenzione per il controllo sanitario su minori occupati in miniera del 1965 e, da ultimo, la Convenzione concernente le peggiori forme di lavoro minorile, in vigore dal 2000. Tutto ciò conferma, là dove ve ne fosse ulteriore bisogno, l'importanza del tema qui in rassegna e la particolare delicatezza di ogni vicenda che riguarda i minori in condizione di debolezza fisica o psichica.

prigionieri devono mantenere i diritti umani e le libertà fondamentali enunciati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo».

Predomina, dunque, non solo all'interno della normativa nazionale, ma anche nelle disposizioni sovranazionali, l'interesse "preminente e superiore" del minore, che funge da criterio di bilanciamento, rispettivamente per il legislatore e per il giudice, al fine di orientare le rispettive scelte verso un equo temperamento tra le esigenze della madre (vera o presunta) colpevole e quelle del bambino (per definizione) innocente.

La complessità e l'integrazione delle dinamiche che coinvolgono questo delicato rapporto – il cui minimo comune denominatore è dato dal mantenimento dei diritti fondamentali della genitorialità e dell'affettività nella diade madre-bambino⁶ – si attua all'interno della dialettica esistente tra la norma penale, la misura cautelare, la condanna definitiva e l'esecuzione della pena.

Con specifico riferimento al trattamento delle donne in carcere⁷ sorge spontaneo chiedersi quanto le restrizioni sui diritti umani fondamentali siano "necessarie" allorché si costringa un bambino a crescere, seppur fino a 6 anni, in un circuito detentivo che comunque lo obbliga ad un "regime di vita ristretto"⁸.

Nell'intento di dar vita ad un sistema carcerario che non mortifichi le più basilari esigenze di tutela dei bambini che vivono insieme alle madri detenute, si collocano tanto le dichiarazioni contenute nella menzionata Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 che le, anch'esse citate, Regole penitenziarie europee del 2006; nonché, da ultimo, le c.d. "Regole di Bangkok" del 2010, ossia quel complesso di norme, promosso

⁶ In argomento cfr. S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, fasc. 2, p. 14 ss.

⁷ Ovviamente il trattamento delle donne in carcere deve porsi in continuità con gli strumenti applicabili per la protezione dei diritti umani delle donne in senso lato. In particolare, un primo riferimento normativo è rappresentato dalla Convenzione sui diritti politici delle donne in vigore dal 7 luglio 1954, cui segue la Convenzione sulla nazionalità delle donne coniugate, in vigore dall'11 agosto 1958. Spunti interessanti - per una ricostruzione di più ampio respiro - possono trarsi anche dalla Convenzione in merito al consenso matrimoniale, all'età minima per il matrimonio e alla registrazione dei matrimoni, in vigore dal 9 dicembre 1964. A queste prime fondamentali iniziative seguirono la Dichiarazione sulla eliminazione della discriminazione contro le donne, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 7 novembre 1967 e la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione della donna, in vigore dal 1981. Nel quadro della Convenzione si è, poi, istituzionalizzato un apposito meccanismo di sorveglianza e di monitoraggio affidato al CEDAW (Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne). Ugualmente significativa l'adozione di un Protocollo facoltativo relativo al diritto di petizione per le donne presentato alla Conferenza di Vienna sui Diritti Umani del 1993 e poi adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Sicuramente da menzionare la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica, entrata in vigore il 1 agosto 2014; con tale Convenzione si dà vita ad un sistema giuridico uniforme volto alla protezione delle donne contro qualsiasi forma di violenza sanzionando gli atti di violenza domestica e assicurando adeguata protezione alle vittime. Vi è poi la c.d. Convenzione di *Belém do Pará* (ossia la Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne) adottata il 9 giugno 1994 e rivolta specificamente alla tutela del diritto delle donne a non subire violenza, con riferimento sia alla loro dimensione privata che pubblica. Sul versante parallelo dell'intervento di settore - con specifico riferimento al tema della carcerazione - si segnalano, infine, le "Standard Minimum Rules for the treatment of prisoners" adottate durante il Primo Congresso delle Nazioni Unite per la Prevenzione del Delitto e per il Trattamento dei Delinquenti, tenuto a Ginevra nel 1955 e le già citate "Standard Minimum Rules for Non custodial Measures" (anche conosciute come *Tokyo Rules*) adottate dall'Assemblea Generale con risoluzione 45/111 del 14 Dicembre 1990.

⁸ Sul concetto di restrizione forzata cfr. R. BARTOLI, *Nella colonia di Franz Kafka: Dann ist das gericht zu ende*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2014, fasc. 3, p. 1598 ss.

dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, in ordine alla disciplina del trattamento delle donne detenute ed all'applicazione di misure non detentive per le donne autrici di reato⁹.

Strettamente connesse con quest'ultime, devono poi segnalarsi le cc.dd. *Mandela Rules*¹⁰, relative all'adozione di misure minime di livello *standard* per il trattamento penitenziario, il cui art. 2, punto 2, prevede che «affinché il principio di non discriminazione¹¹ venga messo in pratica, le carceri e l'Amministrazione penitenziaria devono tener conto delle esigenze individuali dei detenuti, in particolare delle categorie più vulnerabili negli ambienti carcerari».

Questa previsione conferma l'importanza di suddividere le persone sottoposte a sanzione penale non in base alla loro appartenenza ad un genere individuabile in astratto, rinvenibile cioè in macro categorie, ma in base alla loro irripetibile individualità che non può non tener conto, in aderenza al principio costituzionale di uguaglianza sostanziale e al principio sovranazionale di non discriminazione, della loro peculiare condizione di madri, benché detenute.

Impedire alle donne detenute di vivere la propria condizione materna al di fuori degli istituti penitenziari costituirebbe, per un verso, un ostacolo alla riabilitazione della donna e, per altro verso, una detenzione forzata per i bambini.

In questa direzione si colloca l'intervento dell'ordinamento per mezzo di leggi ideate al solo scopo di tutelare il minore "confinato" in un ambiente chiuso, cercando di evitare

⁹ Cfr., al riguardo, le disposizioni delle seguenti *rules*: «Regola 2: 1.- È necessario conferire la dovuta attenzione alle procedure di ingresso in istituto delle donne e dei bambini, particolarmente vulnerabili in questa fase. Le detenute nuove giunte devono avere accesso a mezzi che permettano loro di contattare i familiari ed i loro consulenti legali, devono essere informate circa il regolamento interno del carcere, il regolamento penitenziario e circa le modalità per ottenere aiuto, in caso di bisogno, in una lingua che esse comprendono, e, nel caso di persone straniere, devono avere accesso anche alle loro rappresentanze consolari. 2. - Prima o al momento dell'ingresso in carcere, le donne che hanno la custodia dei figli devono essere autorizzate ad assumere decisioni nei loro riguardi, compresa la possibilità di ottenere una ragionevole sospensione della detenzione, tenendo conto dell'interesse superiore del bambino. Regola 3: 1.- Il numero e i dati personali dei figli delle donne che fanno ingresso in carcere devono essere registrati al momento dell'ingresso in carcere. Devono essere inseriti nel fascicolo personale, senza compromettere i diritti della madre, almeno il nome e l'età dei figli, e, se non accompagnano la madre, l'indirizzo presso il quale si trovano e le informazioni relative alla loro custodia o tutela; 2.- Tutte le indicazioni sull'identità dei bambini devono rimanere confidenziali ed essere utilizzate soltanto con l'obbligo di tener conto dell'interesse superiore dei bambini. Regola 4: Le donne devono essere assegnate, se possibile, ad un istituto penitenziario situato nelle vicinanze del loro domicilio, o del luogo di reinserimento, tenendo conto delle responsabilità parentali, nonché delle loro preferenze personali e dell'offerta di programmi e servizi appropriati».

¹⁰ Cfr., *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules)*, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 19 dicembre 2015. È evidente l'importanza di questo documento creato dopo che la Commissione delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e giustizia penale ha adottato, il 22 maggio 2015, gli standard minimi di tutela in materia di trattamento penitenziario dei detenuti; Le *Mandela Rules* (dal nome dell'ex Presidente del Sud Africa, Nelson Mandela) recepiscono, in una dimensione di non discriminazione e di uguaglianza sostanziale, gli *standard* minimi di tutela in ambito penitenziario già adottati dal Primo Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Delitto ed il Trattamento dei Delinquenti, svoltosi a Ginevra nel 1955, e approvate dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite con le risoluzioni 663C (XXIV) del 31 luglio 1957 e 2076 (LXII) del 13 maggio 1977.

¹¹ Sul principio di "non discriminazione" si rimanda a E. SPATAFORA, *Il principio di non discriminazione: eguaglianza e parità di trattamento negli strumenti internazionali*, in L. PANELLA (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2013, pp. 161-189.

così che la detenzione possa “trasformarsi in una sorta di catalizzatore delle vulnerabilità”¹², stante l’inadeguata risposta alle drammatiche condizioni esistenti.

Una chiave di lettura virtuosa deve concepire questa relazione nella sua diversità, intesa in senso positivo e pluralistico, in aderenza ai principi fondamentali che ispirano il nostro ordinamento giuridico.

2. Una lettura “normativamente complessa”: analisi della disciplina positiva sulla detenzione carceraria delle donne con prole

Il trattamento penitenziario – senza discriminazioni di nazionalità, razza, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose – deve assicurare il rispetto della dignità della persona sottoposta a misure di sicurezza.

A tutela dei diritti umani del condannato, il trattamento dell’internato deve essere volto ad agevolare (e non ad escludere) opportuni contatti con il mondo esterno e, soprattutto, i rapporti diretti con la famiglia. Il concetto di umanizzazione della pena, infatti, si rinviene nella legge di riforma dell’ordinamento penitenziario, del 26 luglio 1975, n. 354, *Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà*¹³, la quale, sostituendo il precedente Regolamento carcerario fascista del 1931, segna una svolta nella concezione dei rapporti tra detenuto e società esterna.

Diversamente si presentava il r.d. del 18 giugno 1931, n. 787, il quale, con un armamentario di regole coattive e punizioni, violava le basilari regole del rispetto della dignità della persona. Viceversa, la legge sull’ordinamento penitenziario del 1975 si colloca nel binario della Costituzione, attuandone i principi, nel solco della concezione della funzione rieducativa della pena, finalizzata al reinserimento sociale del detenuto (ex art. 27 Cost.).

Tra gli elementi innovativi, la legge introduce, nei confronti di ciascun condannato, indicazioni in merito al trattamento rieducativo da effettuare, in modo tale che la privazione della libertà diventi un mezzo finalizzato al recupero sociale del detenuto mediante un trattamento (non seriale, generico ma) individualizzato (cioè, specifico e concreto) che tenga conto delle peculiari condizioni dei detenuti, senza pregiudicarne i diritti fondamentali¹⁴.

¹² L’espressione utilizzata è di M. PALMA, *Il pendolo della pena detentiva*, in *Diritto penale e processo*, 2018, fasc. 9, p. 1124. L’A., Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, nell’osservare che «il carcere non interroga soltanto su sé stesso, su come sia in grado o meno di adempiere a una funzione riconducibile a una qualche utilità sociale e individuale» ma «interroga sulla capacità di tenere assieme il diritto-dovere della collettività e dello Stato di sanzionare i reati, esercitare un ruolo di prevenzione della loro commissione e ricomporre la lacerazione che il reato determina nel tessuto sociale - poiché qualsiasi reato non è mai questione binaria tra autore e vittima bensì questione policentrica che coinvolge l’ulteriore polarità data dalla comunità sociale» (cit., p. 1118), pone in rilievo la «simmetria di due situazioni - la *vulnerabilità* e la *specialità* - che si presentano nel contesto dell’universo chiuso del carcere e che finiscono per essere due descrittori della sua complessità e in fondo della sua sostanziale inefficienza» (cit., p. 1124). Questi due concetti, conclude l’A., «parlano del carcere come amplificatore delle difficoltà che attraversano la società esterna» (cit.).

¹³ La legge 1975, n. 354 (di seguito, ord. penit.) è stata pubblicata in G.U. 09.08.1975, n. 212 - Suppl. Ordinario, ed è entrata in vigore il 24.08.1975.

¹⁴ Sulla direzione verso la quale si dirigono questi diritti v. A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, in *federalismi.it*, 2013, pp. 1-26.

Tuttavia, la rigidità del r.d. n. 787/1931 non era assoluta, giacché consentiva alle detenute madri di tenere con sé i bambini fino ai due anni di età.

Del resto, anche il codice penale del 1930, nel bilanciamento tra esigenze repressive dello Stato e tutela del rapporto madre-figli – pur considerando preminente, per esigenze di prevenzione generale, l'irrogazione della pena detentiva – non ha negato un generale trattamento di favore per tutte quelle donne che erano incinte o con prole in tenera età (artt. 146 e 147 c.p.).

La legge sull'ordinamento penitenziario del 26 luglio 1975, n. 354, ha subito una importante evoluzione¹⁵ soprattutto a seguito della legge n. 62 del 2011, modificativa delle disposizioni che attengono al rapporto tra madri-detenute e figli a loro carico; ulteriormente novellata ad opera dei decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 123 e n. 124.

Il tessuto normativo di riferimento si articola differentemente a seconda della fase in cui si inseriscono le relative disposizioni che, in aderenza al sistema del c.d. doppio binario, possono presentarsi sotto forma di pena o di misura di sicurezza e, principalmente, nella prospettiva di tradurre in atto il principio costituzionale del finalismo rieducativo, attraverso l'adozione di misure alternative alla pena detentiva.

Si appalesa, dunque, la distinzione tra la normativa rinvenibile nella legge sull'ordinamento penitenziario che, nella sua forma speciale, si applica alle detenute madri che hanno già ricevuto una condanna (e che in conseguenza del loro “*status*”¹⁶ vengono considerate categorie vulnerabili); e la normativa che, invece, modifica la disciplina generale di cui agli articoli del codice di procedura penale, il cui ambito operativo è collocato *ante* giudizio, in quanto direttamente rivolto al potere giurisdizionale nell'applicazione delle misure di prevenzione personale, con la conseguenza che il giudice, in attesa del giudizio e per la tutela dei figli a carico, dovrà prediligere nei riguardi della donna strumenti alternativi alla detenzione in carcere, la quale può essere disposta soltanto come *extrema ratio*, allorché tutte le altre misure coercitive o interdittive risultino, in concreto, inadeguate.

Nel primo caso, infatti, alla detenuta madre è consentito di «tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni» (art. 14, comma VII, ord. penit.)¹⁷, essendoci già stato un giudizio di imputazione, e, nel caso in cui la pena della reclusione (anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto) sia non superiore a quattro anni, essa può essere espiata nell'abitazione della madre detenuta o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, o in case famiglie protette quando la donna è «incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci» (art. 47-ter, punto 1, lett. a), ord. penit.); nel secondo caso, invece, essendo ancora in attesa del relativo giudizio, al giudice verrà inibito, nella fase della scelta su quale tipologia di misura cautelare applicare, di disporre la custodia cautelare in carcere (salvo che sussistano esigenze cautelari di

¹⁵ Inizialmente è stata modificata dalla legge 10.10.1986, n. 663 (legge “Gozzini”), poi dalle leggi 27.05.1998, n. 165 (legge “Simeone-Saraceni”) e 12.07.1999, n. 231.

¹⁶ Per una disamina sull'evoluzione del concetto si rimanda a C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, vol. I, *Famiglia - Successioni - Contratto - Patrimoni separati*, Torino, 2011, pp. 41-74.

¹⁷ Nella previsione originaria, la legge sull'ordinamento penitenziario prevedeva all'art. 11, comma IX, che «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». Questa disposizione, a seguito delle modifiche effettuate dall'art. 11, comma I, lett. e), n. 3), d.lgs. 2.10.2018, n. 123, viene fedelmente riprodotta nell'art. 14, comma VII, ord. penit.

eccezionale rilevanza¹⁸) nei confronti di una donna imputata incinta o madre di prole di età non superiore ai sei anni (art. 275, comma IV, c.p.p.).

In buona sostanza, ciò dimostra¹⁹ che tra i diritti fondamentali la legge sull'ordinamento penitenziario appresta significativa tutela alla maternità, poiché prevede che in ogni istituto penitenziario per donne siano in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere (art. 11, comma VIII). Questa tutela si esplica soprattutto nella individualizzazione di un trattamento differenziato nei confronti delle detenute madri rispetto a tutte le altre detenute²⁰. Del resto ciò si evince dalla lettura di diverse disposizioni della legge penitenziaria: si pensi all'art. 13 che attribuisce fondamentale rilievo all'individualizzazione del trattamento penitenziario, prevedendo che «[esso] deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale», senza pregiudicare i rapporti fondamentali per lo sviluppo della personalità; o, ancora, all'art. 28, rubricato “Rapporti con la famiglia” con il quale si dispone che «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie».

Rilevanti sono stati gli interventi legislativi del 2001 e del 2011, giacché con la legge 8 marzo 2001, n. 40²¹, c.d. legge Finocchiaro, alle detenute madri, con figli a carico, vengono concesse delle specifiche misure cautelari alternative: la “detenzione domiciliare speciale”

¹⁸ Le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, idonee a paralizzare la cogenza del divieto di disporre o mantenere la custodia cautelare in carcere, devono presentare una rilevanza straordinaria, non rinvenibile nei pericoli di cui all'art. 274 c.p.p.

¹⁹ In dottrina, infatti, c'è chi sottolinea la evidente disomogeneità dell'età della prole, nei cui confronti il rapporto genitoriale risulta tutelato, tra la disciplina della fase cautelare e quella della fase esecutiva, poiché nella prima fase l'età è ristretta ai sei anni, nella seconda, invece, viene dilatata fino ai dieci anni: «la disomogeneità in parola che, nella tutela del rapporto genitoriale nei confronti della carcerazione, vede incongruamente stabilita una minore età della prole tutelata nella fase cautelare rispetto alla fase esecutiva, appare, addirittura, aberrante. Basti appena pensare, infatti, che nella detta fase cautelare - a differenza di quella esecutiva - non figura ancora accertata la penale responsabilità dell'imputato-genitore, e, dunque, il *favor libertatis* - ovvero, per dirla in modo tendenzialmente speculare, la *repulsio carceris* - dovrebbero di certo, al contrario di quanto invece oggi risulta sancito, essere di gran lunga maggiori rispetto alla fase esecutiva» (G. BELLANTONI, *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giur. it.*, 2014, fasc. 7, p. 1766).

²⁰ In linea generale, per una trattazione del rapporto tra magistratura di sorveglianza e tutela dei detenuti si rimanda al contributo di A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, fasc. 1, pp. 129-135.

²¹ La legge 8 marzo 2001, n. 40, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori* (oltre che in G.U. 8 marzo 2001, n. 56), si può consultare in *Diritto penale e processo*, 2001, fasc. 7, pp. 805-807, con commento di P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, pp. 807-815.

La legge ha, soprattutto, ampliato l'operatività degli artt. 146 e 147 c.p., prevedendo, rispettivamente, che: nel caso di “*Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena*” (art. 146 c.p.), l'esecuzione di una pena, non pecuniaria, venga differita se deve aver luogo nei confronti di donna incinta, oppure se deve aver luogo nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno (art. 146, comma I, n. 1 e n. 2, c.p.); nel caso di “*Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*” (art. 147 c.p.), l'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale può essere differita qualora debba essere eseguita nei confronti di una madre di prole di età inferiore ad anni tre (art. 147, comma I, n. 3, c.p.). Quest'ultimo provvedimento sarà, tuttavia, revocato «qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale» (art. 147, comma III, c.p., a seguito delle modifiche *ex art.* 93 d.lgs. 28.12.2013, n. 154).

(artt. 47-*quinquies* e 47-*sexies* ord. penit.)²² e “l’assistenza all’esterno per i figli minori”(art. 21-*bis* ord. penit.)²³.

L’obiettivo primario che la legge si prefiggeva di raggiungere era rivolto alla eliminazione della c.d. “carcerizzazione” degli infanti, evitando che le modalità della coercizione segregante potessero influire negativamente sul rapporto madre-figlio, condizionandolo in maniera irreparabile, soprattutto riguardo allo sviluppo del minore in quella delicata fase della crescita che attiene all’infanzia e alla fase preadolescenziale.

Tuttavia, sia la “detenzione domiciliare speciale” che “l’assistenza all’esterno dei figli minori”, nella previsione della legge, si presentavano temporalmente definite: difatti, la legge consentiva il rinvio dell’esecuzione della pena fino ai tre anni di età del bambino (soglia massima consentita per la permanenza in carcere con la madre detenuta), e assicurava, in modo continuativo e in un ambiente “esterno” al carcere, un’assistenza materna alla prole delle donne condannate, almeno fino al compimento del decimo anno di età. Con questo strumento applicativo, dunque, la legge ha dimostrato di voler tutelare, poiché meritevole di tutela, l’infanzia e la fase preadolescenziale, garantendo, in un ambiente familiare, ai figli delle donne detenute un’assistenza materna continuativa, fino al compimento del decimo anno di età. Tuttavia, anche dopo la legge Finocchiaro, è elevato il numero di bambini di età inferiore ai tre anni presenti nelle carceri²⁴, costretti a vivere in condizioni precarie che ne compromettono la salute e lo sviluppo psico-fisico.

²² L’art. 3 della l. n. 40/2001, dopo l’articolo 47-*quater* ord. penit. ha inserito l’art. 47-*quinquies* (*Detenzione domiciliare speciale*), secondo il quale «quando non ricorrono le condizioni di cui all’art. 47-*ter*, le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, possono essere ammesse ad espriare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l’espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l’espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all’ergastolo». Inoltre, a garanzia della tutela del minore a non essere privato del legame genitoriale, deve leggersi il comma VII, dell’art. 47-*quinquies*, il quale assicura che «la detenzione domiciliare speciale può essere concessa, alle stesse condizioni previste per la madre, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre». Il comma VIII, infine, prevede che «al compimento del decimo anno di età del figlio, su domanda del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare speciale, il tribunale di sorveglianza può:

-a) disporre la proroga del beneficio, se ricorrono i requisiti per l’applicazione della semilibertà di cui all’articolo 50, commi 2, 3 e 5;

-b) disporre l’ammissione all’assistenza all’esterno dei figli minori di cui all’articolo 21-*bis*, tenuto conto del comportamento dell’interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal servizio sociale, ai sensi del comma 5, nonché della durata della misura e dell’entità della pena residua».

L’art. 47-*sexies*, invece, attiene alla revoca del beneficio.

²³ L’art. 5 della legge n. n. 40/2001, rubricato “*Assistenza all’esterno dei figli minori?*”, prevede che dopo l’articolo 21 ord. penit. è inserito il seguente «Art. 21-*bis* (*Assistenza all’esterno dei figli minori*) - 1. Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all’assistenza all’esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall’articolo 21 (...). 3. La misura dell’assistenza all’esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre». Questa previsione è stata pensata per assicurare la continuità della funzione genitoriale a tutte le madri detenute che non possedessero i requisiti per accedere alla detenzione domiciliare. Siffatta previsione attribuisce ai compiti di cura e di assistenza dei figli, di età non superiore agli anni dieci, la stessa potenzialità risocializzante che l’ordinamento attribuisce all’attività lavorativa svolta dal condannato in carcere.

²⁴ Secondo i dati del Ministero della Giustizia (v. Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria in www.giustizia.it), aggiornati al 30 giugno 2018, gli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale ospitano in totale 58 detenute madri con 68 figli al seguito delle quali 26 detenute di nazionalità italiana a fronte delle restanti 32 straniere per, rispettivamente, 32 figli per le italiane e 36 per le straniere.

Importanti sviluppi applicativi (nell'itinerario avviato da queste formulazioni dispositive e promosso al fine di garantire un rapporto genitoriale quanto più possibile aderente alla normalità) si rinvengono con la legge 21 aprile 2011, n. 62²⁵, che nell'art. 1 prevede la sostituzione del comma IV dell'art. 275 c.p.p.²⁶ con la seguente formulazione: «quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta²⁷ la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza».

La disposizione, che estende il beneficio, ma solo in forma suppletiva, anche al padre qualora la madre non possa assolutamente prendersi cura del minore, rende effettiva la tutela della salute, sia del minore che della madre, latamente intesa come diritto fondamentale dell'uomo, costituzionalmente garantito (art. 32 Cost.), capace di tutelare sia il mantenimento dell'affettività in capo al minore e sia la rieducazione della donna-detenuta, tenendo in stretta considerazione il suo *status* di madre, con la presunzione di non colpevolezza, sino alla condanna definitiva.

A completamento di ciò, la legge n. 62/2011, con l'art. 1, comma III, inserisce l'art. 285-bis c.p.p. (*Custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri*)²⁸, il quale dispone che nelle ipotesi di cui all'articolo 275, comma IV, c.p.p. «se la persona da

²⁵ La legge 21 aprile 2011, n. 62, *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*, pubblicata in G.U. del 05 maggio 2011, n. 103, Serie Generale, è entrata in vigore il 20 maggio 2011. Proprio la necessità di porre rimedio ad alcune criticità emerse durante l'applicazione della legge n. 40 del 2001, ha indotto il legislatore ad intervenire: in tal senso si registrano le opinioni della dottrina.

Cfr. P. CORVI, *La n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri*, in *Corr. mer.*, 2011, fasc. n. 8-9, pp. 838-843: l'A. osserva come «l'intento lodevole del legislatore rimane però al momento sulla carta. Sebbene l'art. 4 legge 21 aprile 2011, n. 62, impegni il Ministro della giustizia ad adottare d'intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della legge, un decreto che determini "le caratteristiche tipologiche delle case famiglie protette previste dall'art. 284 del codice di procedura penale", la legge non individua alcun requisito a connotato distintivo di questa struttura che rimane assolutamente indeterminata nel se, nel quando, nel come.

Lo stesso art. 284 c.p.p. laddove prevede tra i luoghi di custodia domiciliare la casa famiglia "laddove istituita", sembra ammettere la difficoltà di assicurare sull'intero territorio questa nuova modalità di esecuzione degli arresti domiciliari. Meglio avrebbe fatto il legislatore, per dare concretezza alla modifica, a prevedere i requisiti necessari a rendere idonee tali strutture ad ospitare i bambini delle detenute e a favorire il loro sviluppo e la loro relazione con la madre» (cit. p. 839). In tal senso, v. anche C. FIORIO, *Madri detenute e figli minori*, in *Diritto penale e processo*, 2011, fasc. n. 8, pp. 932-936, secondo il quale la l. n. 62/2011 delude le aspettative espresse dai progetti d'iniziativa parlamentare. Tuttavia, seppur siano comprensibili queste posizioni, è pur vero che «a fronte dell'immobilismo, anche legislativo, il meglio può essere ben accolto, anche se non rappresenta ancora la soluzione ottimale» (P. PITTARO, *La nuova normativa sulle detenute madri*, in *Fam. dir.*, 2011, fasc. 10, p. 875).

²⁶ Questa disposizione, del resto, già prima di questo intervento legislativo, seppur con differenti limitazioni temporali, escludeva l'applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati donne incinte o madri di bambini di età inferiore a tre anni.

²⁷ Con una estensione di operatività della norma oggi, dunque, si prevede non solo che la custodia cautelare in carcere, in siffatte condizioni, non possa essere disposta ma, soprattutto, che "non possa essere mantenuta", cioè, nei confronti di quelle detenute madri verso cui è stata, in precedenza, legittimamente adottata la custodia in carcere ma, qualora, successivamente, venga accertata la sussistenza di una delle condizioni che ne escludano l'operatività.

²⁸ C'è, tuttavia, chi in dottrina teme che questa previsione possa di fatto rappresentare un peggioramento rispetto alla situazione attuale, poiché la creazione di istituti a custodia attenuata, nella scelta, può indurre il giudice «a prognosi sfavorevoli in ordine alla concessione degli arresti in casa, con inevitabile pregiudizio per il bambino, suo malgrado, detenuto» (C. FIORIO, *Madri detenute e figli minori*, cit., p. 935).

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».

Così strutturata, dunque, la legge n. 62/2011, interviene sulla disciplina dell'applicazione delle misure cautelari personali e dell'esecuzione della pena detentiva, introducendo una collocazione alternativa al carcere per le mamme e i loro bambini, favorendo così una detenzione domiciliare presso case famiglia e ICAM (Istituti a custodia attenuata per le detenute madri), al fine di ampliare i diritti riconosciuti ai minori.

L'art. 3, comma II, della legge 2011, ha effettuato delle modifiche alla "detenzione domiciliare speciale", introducendo il nuovo comma 1-*bis*, all'art. 47-*quinquies* ord. penit.

Attraverso questo nuovo comma, la legge ha precisato che le detenute madri possono espiare il terzo della pena o i quindici anni in caso di ergastolo in luoghi diversi dal carcere, cioè presso un ICAM o, se non sussistono concreti pericoli di recidiva o di fuga, presso una propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza; inoltre se sussiste «impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglie protette, ove istituite» (comma 1-*bis*, art. 47-*quinquies*).

Gli ICAM, rappresentativi di un nuovo modello di detenzione femminile²⁹, seppur non rappresentino proprio una novità, sono delle strutture più simili agli asili che agli istituti penitenziari, che consentono ai bambini di vivere i primi anni di vita insieme alle loro mamme, ma in un ambiente quanto più simile a quello familiare, con lo scopo di ridurre il rischio d'insorgenza di problemi legati allo sviluppo della sfera relazionale ed emotiva dei bambini durante la crescita.

Tuttavia, in Italia l'assenza di strutture alternative al carcere idonee ad ospitare le detenute madri con i loro bambini ha determinato la sostanziale non attuazione della normativa in esame; difatti, il numero degli ICAM, dopo la nascita della prima struttura (l'ICAM di Milano San Vittore), è sostanzialmente irrisorio, tant'è che può dirsi che esse siano ancora ad uno stato embrionale come del pari lo sono le case-famiglia protette³⁰.

Ciò è la conferma di come la l. n. 62/2011 abbia, solo in teoria, consacrato la creazione di un apposito circuito penitenziario a custodia attenuata rivolto alle madri detenute (e, in via residuale, anche ai padri) con figli a carico, ma sia, in pratica, rimasta quasi del tutto inattuata a causa della carenza di risorse finanziarie appositamente destinate alla c.d. esternalizzazione della detenzione.

3. Un interrogativo nascosto: la responsabilità genitoriale resiste alle intemperie del circuito carcerario?

²⁹ Sull'esperienza degli ICAM, la cui sperimentazione è stata avviata dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, si rimanda al contributo di G. DI ROSA, *La detenzione delle donne con figli minori e l'Istituto a custodia attenuata per madri (I.C.A.M.) di Milano*, in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 12, pp. 4899-4909.

³⁰ In merito alle "Case-famiglia protette" si ricorda il disegno di legge n. 1059 (in *senato.it*), *Misure per la creazione di «case-famiglia» per detenute con figli minori*, comunicato alla presidenza il 29 settembre 2008 ma ritirato dal presentatore, che, per un verso, prevedeva la realizzazione di case-famiglia protette (anche in convenzione), per assicurare e garantire un sano sviluppo del bambino e, per altro verso, al fine di ricongiungere e assicurare continuità nella formazione del bambino, predisponendo la concessione di un apposito permesso di soggiorno per i figli stranieri di detenute in Italia, estendendo così la disciplina anche alle madri straniere.

Con l'approvazione della l. 10 dicembre 2012, n. 219³¹, recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, e del successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, recante “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione”, il legislatore ha traghettato il ruolo del genitore dal traluzio istituto della potestà, espressivo di una concezione autoritaria ereditata dal diritto romano, a quello più congeniale di “responsabilità genitoriale”. Questa diversa formulazione linguistica finisce per allontanare il rapporto genitori-figli da pericolose derive autoritarie, superando la visione paternalistica o “adultocentrica” con una prospettiva “puerocentrica”, ideata per logiche coerenti al principio di uguaglianza.

La sottoposizione ad una misura restrittiva nei confronti di una donna, che sia allo stesso tempo una madre, incrina l'equilibrio della famiglia, gettandola in una situazione di vulnerabilità esistenziale, in cui la “responsabilità” genitoriale (la quale prevede una funzione educativa e una funzione di mantenimento, orientate per promuovere le potenzialità del figlio) trova difficile attuazione.

La fattispecie criminosa che ha determinato l'imputazione in capo alla donna coinvolge inevitabilmente anche gli altri componenti della famiglia, soprattutto i minori ed i nati.

In alcuni casi, la gravità del reato commesso determina una decisione giudiziale che predispone la decadenza dalla responsabilità genitoriale, al fine di allontanare il minore da un ambiente reputato, di per sé, potenzialmente criminogeno; tuttavia, questi casi rappresentano ipotesi estreme, dettate dalla peculiare gravità del reato perfezionato, al punto da considerare recessivo il profilo dell'affettività.

In questo contesto si inquadrano i recenti provvedimenti molto drastici della magistratura minorile di Napoli e di Reggio Calabria³², che hanno sanzionato la condotta dei genitori o del solo padre, comminando la decadenza dalla funzione genitoriale paterna e/o materna.

Diventa necessario, dunque, predisporre un bilanciamento assiologico tra valori contrastanti per individuarne quello preminente.

In particolare, il bilanciamento si pone tra la potestà punitiva dello Stato (dettata da ragioni di giustizia e di sicurezza pubblica) diretta ad allontanare il soggetto debole – il

³¹ Per un approfondimento, senza spirito di esaustività, si rinvia a: F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento “pubblico”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, fasc. 12, pp. 717-727; A. SASSI, *Diritti successori e parentela nella riforma della filiazione*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, fasc. 3, pp. 737-760; M. DOSSETTI - M. MORETTI - C. MORETTI, *La riforma della filiazione, Aspetti personali, successori e processuali, l. 10 dicembre 2012, n. 219*, Zanichelli, Bologna, 2013; G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, fasc. 4, pp. 1475-1487.

³² Paradigmatico è stato l'impegno nella lotta alla mafia del Presidente del Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, che dal 2012 ha, in diversi casi, - con un orientamento che è diventato consolidato ed ha fatto da apripista (tra i decreti del Trib. Min. di Reggio Calabria, si ricordano i seguenti: 19.07.12; 07.09.2012; 22.01.13; 19.06.13; 23.09.14; 31.03.2015; 8.11.2016) - fatto ricorso al provvedimento di decadenza della responsabilità genitoriale nei riguardi di appartenenti ad associazioni mafiose di stampo ‘ndranghetistico, sulla considerazione che il comportamento criminale del genitore si traduca in un danno al sereno e armonico sviluppo del figlio minore. Il dato culturale che promana dal contesto familiare mafioso, infatti, determina in capo al minore l'acquisizione di stereotipi comportamentali tipicamente connotati da un atteggiamento di violenza e di repulsione per le regole dello Stato di diritto, che aderisce ai canoni della criminalità organizzata. In questa prospettiva, dunque, assume rilevanza la perdita del legame di sangue che recide in maniera netta il vincolo della derivazione biologica. La giustificazione di tale comportamento è intuibile su un piano sociologico o morale ma deve essere, soprattutto, anche il frutto di una adeguata ricostruzione tecnico-giuridica.

minore – sradicandolo da un ambiente offensivo, e l'affettività³³ che coinvolge i familiari del reo. Vi è dunque da chiedersi se, e in quale misura, quest'ultima possa vantare una autonoma “forza di resistenza passiva” rispetto al magistero punitivo dell'autorità statale.

Il fondamento di questa peculiare forma di “resistenza” si può far risalire alla concezione statale del matrimonio, collocato nella dimensione giuridica della famiglia, capace di escludere la rilevanza dell'autonomia delle persone ivi coinvolte, e considerato appartenente «non al diritto dei privati, ma a quello pubblico, con una lunga persistenza di questo punto di vista nelle norme e nella cultura giuridica italiana. Stretta sorveglianza dello Stato, dunque, che si faceva anche tramite e custode della morale corrente, che diveniva così etica di Stato»³⁴.

Fatta eccezione per quelle ipotesi eccezionali in cui è lo Stato a predisporre la decadenza dalla responsabilità genitoriale³⁵, in tutte le altre ipotesi, quando la madre viene condannata, è necessario verificare in “concreto”, caso per caso, se la gravità della fattispecie criminosa e, dunque, la capacità a delinquere, sia tale da “dipingere” come immeritevole la genitorialità materna e, dunque, predisporre un affidamento esclusivo del minore in capo all'altro genitore o, in alternativa, ai genitori della donna detenuta, ovvero propendere, *in extremis*, per un percorso di affidamento familiare.

Com'è noto, reato è ogni fatto umano, contrario a norme imperative, alla cui realizzazione la legge riconnette conseguenze di natura penale, ossia pene in senso stretto o misure di sicurezza. Il diritto penale presenta un carattere “sussidiario”³⁶, giustificando il ricorso alla pena statale solo quando ciò appare necessario (non potendo, cioè, utilizzare gli altri strumenti, di natura civile o amministrativa, che si mostrano insufficienti) e conforme allo scopo.

Tuttavia, si registra nelle carceri un'altissima percentuale di persone che hanno commesso reati minori e che sono stati indotti a delinquere a causa della loro debolezza sociale.

Difatti, un conto è se la propensione a delinquere della donna sia scaturita dalla sua peculiare condizione di debolezza sociale all'interno del contesto socio-culturale di riferimento che l'ha indotta a perpetrare reati per mera necessità dalla circostanza, assolutamente differente, della donna che decida di commettere il reato a causa di una sua personale (e spiccata) attitudine delinquenziale.

In tale ultimo caso, infatti, il reato è, già di per sé, una giustificazione eloquente per avallare la scelta di una limitazione della responsabilità genitoriale in capo alla madre detenuta.

³³ Si pone con fervente attualità l'interrogativo del giurista S. RODOTÀ, il quale in uno dei suoi ultimi saggi, si chiedeva se «sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore?» (*Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, p. 3). Osserva l'A., infatti, che «il diritto è stato pesantemente usato come strumento di neutralizzazione dell'amore, quasi che, lasciato a sé stesso, l'amore rischiasse di dissolvere l'ordine sociale».

³⁴ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., pp. 25-26. L'A., in particolare, osserva che «se il diritto di famiglia assume visibili caratteri pubblicistici, la volontà delle persone e la logica degli affetti possono avere un ruolo circoscritto, poiché altri sono i criteri di riferimento, come l'ordine pubblico e il buon costume, dai quali non ci si può discostare. Questo porta a sancire una sorta di irrilevanza dell'amore, poiché altre sono le ragioni che legittimano il matrimonio: la stabilità sociale, la procreazione, la prosecuzione della specie, l'educazione dei figli» (p. 26).

³⁵ L'art. 330, comma I, c.c., prevede che il giudice pronunzi la decadenza dalla responsabilità genitoriale «quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri, con grave pregiudizio del figlio».

³⁶ Per una ricostruzione cfr., G.P. DEMURO, “Ultima ratio”: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 4, pp. 1654-1694.

Le fonti giuridiche nazionali, comunitarie ed internazionali, tuttavia, considerano preminente, rispetto alle esigenze punitive statali, l'interesse del bambino ad avere e/o consolidare nei primi anni di vita quel rapporto "unico" che si ha con la propria madre. Ma questo particolare interesse, che giustifica la sottrazione della donna al carcere, si affievolisce con il compimento da parte del figlio del decimo anno di età, che segna il periodo entro il quale ancora sussistono la detenzione domiciliare - *ex artt. 47-ter e 47-quinquies ord. penit.* - e l'assistenza all'esterno dei figli minori - *ex art. 21-bis ord. penit.*³⁷.

Allo scoccare dell'undicesimo anno di età, perciò, il rapporto cambia i suoi vettori, relegando il ruolo genitoriale della detenuta madre entro contatti periodici od occasionali, come colloqui, visite e permessi che non presentano più quella continuità pregressa, o contatti determinati da sopravvenienze, come imminente pericolo di vita o gravi condizioni di salute del minore; oppure come nel caso in cui il figlio affetto da handicap versi in una situazione di gravità tale da far sì che il magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, il direttore dell'istituto, autorizzino la madre (ovvero il padre, nel caso di impossibilità della prima) a recarsi a visitare il figlio infermo o affetto da handicap grave (art. 21-ter, comma I, ord. penit.).

La disciplina legislativa nazionale e sovranazionale, predisponendo una tutela rafforzata dei bambini, ha orientato anche la giurisprudenza costituzionale che, in diverse pronunce, ha osservato l'importanza che la punizione inflitta al genitore non si risolva in un provvedimento punitivo per il minore, il quale deve essere protetto nello sviluppo della sua personalità anche in rapporto alla figura della madre.

Ecco, dunque, che provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, emanati con finalità punitiva nei confronti della detenuta, finirebbero per vanificare la tutela che l'ordinamento predispone a favore dell'interesse (concreto) del minore, oltre che violare la dignità della persona che «è il "punto archimedeo" di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri»³⁸; e che non è possibile ricostruire *a priori*, poiché «la dignità non può consistere nella contemplazione statica di un principio ma, proprio perché tale, è motore di un processo nel quale la persona vede riconosciuti nel concreto i propri diritti»³⁹.

Il rapporto bipolare figlio-genitrice e potere-autorità si rafforza a favore del primo, fino a quando il minore compie i sei anni e, comunque, con una estensione della garanzia del bisogno filiale fino al decimo anno di età della prole; ovvero, a favore del secondo, allorquando, superando questo scaglione temporale, il potere statale assume preminenza in funzione della protezione di superiori interessi di ordine pubblico. Questa inflessibile

³⁷ La Corte costituzionale, con sent. 4-23 luglio 2018, n. 174 (*Gazz. Uff.* 25 luglio 2018, n. 30 – Prima serie speciale), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21, con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, della presente legge, non consente l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci oppure lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-ter della presente legge.

³⁸ Così definisce la dignità della persona G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, p. 1. L'A. specifica come nella dignità umana "libertà ed uguaglianza si fondono", che lo Stato non possa mai chiedere il sacrificio della dignità. Anzi «da posizione suprema della dignità in un ordinamento costituzionale pluralista, in cui non è possibile stabilire una gerarchia tra i diritti fondamentali – tra i quali occorre sempre ricercare un bilanciamento (sentenza n. 85 del 2013) – conduce alla conseguenza che essa non è suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento, in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di tutti i diritti, oltre che, naturalmente, di tutte le forme di esercizio dell'autorità» (cit.).

³⁹ Osserva ciò S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 210.

predeterminazione *ex lege*, di un compleanno che segni il varco oltre il quale non sia più possibile accedere ai benefici penitenziari a favore della prole, determina uno spartiacque della idoneità genitoriale nella dinamica carceraria.

In verità, anche quando il bambino viene lasciato, fino ai tre anni (art. 14, comma VII, ord. penit.), a coabitare insieme alla madre detenuta in carcere, sussiste una preminenza dell'autorità statale che, di fatto, cagiona (sebbene indirettamente) una violenza aberrante sul bambino, catapultato in un contesto punitivo scevro di stimoli appropriati per la sua età, il quale, dunque, potrà subire delle ripercussioni su più fronti: uno sviluppo fisico e psicomotorio limitato, giacché la sua libertà di movimento (se così si può definire) è circoscritta ai pochi metri quadrati della cella in cui dimora insieme alla madre: la limitazione dello spazio fisico messo a disposizione del minore finisce, presumibilmente, per creare nella sua mente un identico spazio psicologico, alterato e circoscritto come quello carcerario; avrà uno sviluppo del linguaggio contenuto, poiché difficilmente egli riuscirà a sviluppare formulazioni linguistiche differenti dal lessico penitenziario e da formule verbali che determinati ambienti presentano, senza trascurare che il carcere rappresenta un'istituzione maschile, con regole rigide che possono ostacolare il profilo emozionale di un bambino.

Viceversa, nel caso in cui alla donna vengano concessi strumenti alternativi alla detenzione carceraria ovvero idonee forme di espiazione extracarceraria delle pene e delle misure cautelari coercitive, ciò consentirà al bambino di vivere una infanzia quanto più normale possibile. Non va poi trascurata la circostanza che nell'attuale sistema il minore, dopo sei anni di iper-accudimento materno, si troverà a dover ricominciare a vivere senza la figura materna divenuta, ad un tratto, "invisibile".

La dottrina, nell'osservare come ciò pregiudichi la sostenibilità della tutela dei minori, rileva che la «costrizione, entro una fascia d'età rigidamente predeterminata, della tutela offerta alla fruibilità di cure materne prestate con costanza oltre le mura del carcere ha recentemente superato il vaglio della Corte costituzionale, sebbene nel contesto di un giudizio vertente sulla disciplina delle misure cautelari»⁴⁰; anzi, a parer di codesta dottrina, l'interesse del minore dovrebbe condurre a «presunzioni ostative alla sottrazione della madre al carcere»⁴¹. Ecco che, dunque, si mostra necessario valutare l'interesse del minore in concreto, caso per caso, senza rimanere compressi in un "confine anagrafico invalicabile"⁴² che, inevitabilmente disinnesci il ragionevole bilanciamento che si presume l'ordinamento debba garantire a sostegno del minore. In questa prospettiva, dunque, appare limitativo il riferimento all'«handicap totalmente invalidante» come unica ipotesi capace di estendere la continuità del ruolo genitoriale, poiché anche altre circostanze possono rivendicare una costante posizione della genitrice nel rapporto con il minore, in un adeguato ambiente esterno al carcere.

⁴⁰ G. MANTOVANI, *La de-carcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. 1, pp. 234-235, ove l'Autrice rileva come «il limite considerato dalla sentenza» della Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 17, «è infatti quello che circoscrive la categoria dei figli protetti contro la carcerazione materna *ante iudicium* ai soli bambini "di età non superiore ai sei anni"».

⁴¹ *Op. ult. cit.*, p. 247. Sulla funzione dell'interesse del minore si rinvia a: F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 1, pp. 159-164; E. QUADRI, *La rilevanza dell'interesse e della volontà del minore nel diritto di famiglia*, in *Foro nap.*, 2000, fasc. 2, pp. 95-108; ID., *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, fasc. 1, pp. 80-96.

⁴² L'espressione è di G. MANTOVANI, *La de-carcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni*, cit., p. 236.

In questa dialettica drammatica, alla ricerca del bilanciamento dei due valori costituzionali protetti - da un lato, la tutela della famiglia e del rapporto tra detenute madri e i propri figli, e, dall'altro lato, l'interesse dello Stato ad esercitare la potestà punitiva - la Corte costituzionale è più volte intervenuta, su diversi profili.

Assai significativa, in tal senso, la pronuncia che il Giudice delle Leggi ha emesso nel 2017⁴³, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*⁴⁴, ord. penit., limitatamente alla parole «salvo che nei confronti delle madri condannate per talune dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*», ovvero nella parte in cui si impediva alle detenute madri di spiare la parte iniziale della pena ai domiciliari, sulla considerazione che queste donne, pur avendo commesso delitti ad “alto grado di offensività”, non dovevano essere private della possibilità di accesso alle modalità agevolate di esecuzione della pena.

Difatti, la Corte costituzionale ha concluso che una simile preclusione si poneva in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., in quanto ispirata dalla volontà di far prevalere la pretesa punitiva statale rispetto alle esigenze di tutela della maternità e del minore.

Nel solco di una giurisprudenza che appare oramai consolidata, la Corte costituzionale con la sentenza n. 174/2018⁴⁵ pone «un ulteriore tassello nella definizione di un'esecuzione penale dal volto *child-sensitive*»⁴⁶. Con ordinanza del 22 maggio 2017, il giudice *a quo* ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* ord. penit., nella parte in cui tale disposizione, facendo rinvio all'art. 21 della medesima legge, esclude dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci il detenuto condannato «per reato ostativo» che non abbia ancora spiato almeno un terzo della pena. Nel caso di specie, la condannata, in quanto madre di tre figli (due gemelli di cinque anni e un figlio di tre anni), aveva chiesto all'amministrazione penitenziaria di essere ammessa all'assistenza all'esterno dei figli minori, ai sensi dell'art. 21-*bis* ord. penit.; tuttavia, tale istanza è stata rigettata in quanto la donna (condannata ad spiare una pena di quattro anni e dieci mesi di reclusione, per essersi resa responsabile di reati in relazione ai quali opera il divieto di concessione dei benefici penitenziari di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.) non aveva ancora spiato un terzo della

⁴³ Corte cost., sent. 8 marzo 2017 (dep. 12 aprile 2017), n. 76, Pres. P. Grossi, in *giurcost.it*. Per un commento si rimanda a G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fasc. 5, pp. 321-329.

⁴⁴ L'articolo, infatti, testualmente recita: «salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di spiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere spiata nelle case famiglia protette, ove istituite».

⁴⁵ Corte cost. 23 luglio 2018, n. 174, in *cortecostituzionale.it*. Per un commento si rimanda a D.M. SCHIRÒ, *L'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile “normale” con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. 11, pp. 105-124.

⁴⁶ Così G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore: giustizia penale e tutela della prole*, in *Diritto penale e processo*, 2018, fasc. 10, p. 1347. L'Autrice osserva che «il volto *child-sensitive* dell'esecuzione penitenziaria italiana è fuor di dubbio: l'impatto della carcerazione di un genitore sui figli è tra i fattori rilevanti nel processo di definizione delle modalità di attuazione della pena detentiva inflitta. Il legislatore ha riconosciuto la genitorialità - soprattutto la maternità - come elemento differenziale idoneo a distinguere i condannati sotto il profilo delle *chances* di accesso a forme più o meno marcate di de-carcerazione, dando vita ad un articolato sistema di benefici *ad hoc* per i genitori» (p. 1348). L'approccio *child-sensitive* è stato seguito dalla Corte costituzionale (v. *op. cit.*, pp. 1350-1351), la quale ha privilegiato la tutela del “superiore” interesse del minore rispetto all'ineluttabilità della pena accessoria.

pena, come espressamente richiesto dall'art. 21 ord. penit. (al quale fa espresso rinvio l'art. 21-bis ord. penit.)⁴⁷.

4. Una prospettiva conclusiva delle rispettive posizioni soggettive e delle chances per la scelta dei luoghi ove tutelare l'affettività

La disomogeneità che la normativa prevede tra la disciplina della fase cautelare e quella della fase esecutiva, con riferimento all'età della prole, nei cui confronti il rapporto genitoriale viene tutelato, porta il giurista alla riflessione sulle posizioni giuridiche correlate. I benefici che vengono concessi alla donna in ragione del proprio *status*, sono espressivi, pur nella loro unitarietà, della contrapposizione della posizione del figlio rispetto a quella materna, sebbene questa dimensione "duale" venga concepita in una prospettiva unitaria di continua ricerca della sintesi.

È fuor di dubbio che la posizione del minore inerisca ad una situazione giuridica tutelata come "diritto soggettivo" sia dalla Costituzione che dalla CEDU, che gli riconoscono prerogative di salvaguardia e di tutela a protezione dei suoi diritti (*ex art. 8 CEDU*). Viceversa, in capo alla madre-detenuta la situazione giuridica soggettiva non è di facile qualificazione.

Essa si presenta sdoppiata nella prospettiva del rapporto giuridico madre-bambino, connotato da un profilo funzionale della responsabilità genitoriale, rispetto alla quale il minore vanta un interesse legittimo di diritto privato⁴⁸. Ma, per altro verso, nel rapporto tra il minore e l'ordinamento, esso sembra costituire un'autentica (e non affievolita) posizione di diritto assoluto. Questa qualificazione resiste anche in tutte quelle ipotesi in cui l'autorità

⁴⁷ L'art. 21 ord. penit. va interpretato sistematicamente con l'art. 4-bis e con l'art. 58-ter, ord. penit., il quale prevede che per le persone che collaborano con la giustizia non si applicano «i limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell'art. 21, del comma 4 dell'art. 30-ter e del comma 2 dell'art. 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4 -bis». Dunque, dalla lettura congiunta di queste tre disposizioni si evince che i condannati per uno dei delitti *ex art. 4 -bis*, comma 1-ter e 1-quater, ord. penit., possono accedere ai benefici *ex art. 21-bis* ord. penit. (assistenza all'esterno dei figli minori di anni dieci) dopo aver scontato la frazione di pena prevista dall'art. 21 ord. penit., oppure dopo aver collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit.

⁴⁸La tesi dell'interesse legittimo di diritto privato, scaturita a seguito del c.d. "caso Santhià" (cioè del licenziamento che ha coinvolto un lavoratore per ragioni politiche), è stata formulata per la prima volta da parte della Scuola Pisana, in particolare da L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. Infatti l'Autrice considera il diritto soggettivo «una tipica situazione attiva e di vantaggio, cioè attiva-attiva» (cit., p. 18), mentre l'interesse legittimo come una «situazione bensì di vantaggio, e in questo senso attiva, ma, per il resto, sostanzialmente inattiva» (cit., p. 19), perciò si tratta di una situazione "inattiva-attiva". L'inattività indica che manca un contenuto specifico di attività e, perciò, che la realizzazione dell'interesse è subordinata ad una condotta altrui.

Nel 1998, nei giorni 29-30 maggio, è stato organizzato a Pisa un Convegno di Studi dal titolo "Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo", in ricordo della prof.ssa Lina Bigliuzzi Geri, i cui contributi sono pubblicati in U. BRECCIA - L. BRUSCUGLIA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001. Attraverso questo scritto i colleghi e gli allievi pisani hanno adattato la figura dell'interesse legittimo di diritto privato a nuovi orizzonti, come il trattamento dei dati personali e la disciplina consumeristica. Anche la giurisprudenza ha mostrato delle aperture a questa teoria: v. Cass. Sez. Un., 2.11.1979, n. 5688 (in *DeJure*) e Trib. Trani, ord. 22.09.2011 (in *DeJure*).

giudiziaria concede alla madre i “benefici” previsti dalla legge a seguito dell’esercizio di una discrezionalità “tecnica”⁴⁹.

Secondo una ricostruzione legata all’impostazione tradizionale, in cui il potere statale è valutato in chiave di preminenza rispetto alla posizione individuale, sarebbe possibile intravedere i tratti salienti di una posizione di interesse legittimo, giacché se si trattasse di un diritto soggettivo pieno non sarebbe possibile, per il giudice, comprimerlo a vantaggio di non meglio qualificati interessi superiori (come la sicurezza pubblica).

Al contrario, è maturo il tempo di operare un ribaltamento della scala dei valori in una nuova prospettiva assiologica, che ha come fulcro il principio di affettività.

In capo alla madre si radica un diritto soggettivo, che rinviene la sua essenza nella teoria del fatto di sentimento⁵⁰: questa teoria, normalmente posta ai margini della società e del diritto, riesce in tal caso a spiegare plausibilmente la preminenza del rapporto sentimentale tra la madre detenuta e il proprio figlio rispetto a pur legittime istanze di punizione del crimine, ogni qual volta tale rapporto rischi drammaticamente di venir meno⁵¹, ribaltandosi così la logica “carcerocentrica” a vantaggio della “logica dell’affettività”.

Nel mantenimento del rapporto affettivo, un ruolo importante viene rivestito dalle strutture che consentono l’espiazione extracarceraria della pena e, in questa prospettiva, la penuria di istituti come gli ICAM induce a dover riconsiderare la costituzione delle formule abitative utilizzate per questi scopi al fine di evitare che l’attuale normativa finisca col ripiegarsi sterilmente su sé stessa senza riuscire a soddisfare adeguatamente i bisogni primari dei minori figli di madri detenute.

Si pensi, in questa prospettiva, all’aiuto che può derivare dal “diritto civile antimafia”⁵², la cui legislazione speciale ha superato il limite dell’episodicità per giungere a diventare elemento strutturale del sistema in una dimensione di “difesa sociale”, ove il bene

⁴⁹ Per es., in tal senso si può leggere l’art. 47-ter, n. 1, ord. penit., nella parte in cui utilizza il termine “possono” (e non “devono”) con riferimento alle modalità extracarcerarie di espiazione della pena di reclusione non superiore a quattro anni e della pena dell’arresto, subordinando il beneficio all’esercizio discrezionale da parte dell’autorità giudiziaria, che è chiamata all’esercizio delle proprie funzioni avendo come obiettivo il raggiungimento di interessi superiori, come la salute pubblica e la giustizia.

Si pensi, ancora, all’art. 47-quinquies ord. penit., laddove subordina la possibilità di espiazione extracarceraria della pena alla condizione che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e, comunque, sempre che esista la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli; o ancora al comma 1 -bis del suddetto articolo nella parte in cui («salvo che...») vieta la concessione del beneficio dell’espiazione (di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni) extracarceraria a tutte quelle madri detenute condannate per taluno dei delitti indicati nell’articolo 4-bis ord. penit.

⁵⁰ Una parte della dottrina ha vagliato la possibilità di attribuire rilevanza oggettiva a stati d’animo interiori. Sull’argomento si rinvia a: A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 437 ss.; S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, cit., ove l’attento giurista, nel coinvolgere il lettore sull’interrogativo se siano pronunciabili insieme le parole “diritto e amore”, giunge alla conclusione che «se il diritto vuole avvicinarsi all’amore, deve abbandonare non solo la pretesa d’impadronirsene, ma anche trasformare tecnicamente sé stesso in un discorso aperto, capace di cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità. Soprattutto, di fronte alla vita, il diritto deve essere pronto a lasciare il posto al non diritto» (p. 5).

⁵¹ Per es., in tal senso, opera l’art. 21-ter ord. penit., che consente alla madre-detenuta di poter visitare il minore infermo o il figlio affetto da handicap in situazione di gravità, in casi di assoluta urgenza, anche senza il provvedimento di autorizzazione da parte del magistrato di sorveglianza, con l’assenso da parte del direttore del carcere, che non può opporsi a tale richiesta.

⁵² Per una ricostruzione recente si rinvia a A. MARCHESI, *Soggetto e oggetto nel “diritto civile antimafia”*, Milano, 2017.

confiscato alla mafia può anche fungere da “bene comune”⁵³. In questa direzione si collocano formule abitative differenti, come l’esperienza romana della casa famiglia “Casa di Leda”, creata nel 2017 e realizzata in una villa confiscata alla criminalità organizzata.

Potrebbe anche essere utile estendere l’utilizzo, in capo alla madre, del c.d. braccialetto elettronico, previsto dall’art. 58-*quinquies* ord. penit., capace di fornire un adeguato controllo della madre detenuta che, per effetto della misura domestica, contribuisce al benessere della prole. Anzi sarebbe auspicabile, una volta superati gli steccati temporali predisposti dalla legge, una predisposizione intervallata di affidamenti temporali che consentirebbero il superamento dell’atrito esistente nell’attuale architettura normativa, che fino a sei anni garantisce il legame tra il figlio e la genitrice ma, subito dopo, ne recide il filo, distaccando il bambino dalla madre, senza quella gradualità necessaria per evitare che il bambino possa subirne ricadute psicologiche (e comportamentali) particolarmente gravose.

⁵³ Per una prospettiva ricostruttiva sul tema si rimanda a: S. RODOTÀ, *Verso i beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, fasc. 4, pp. 495-516; F. CAPRA - U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro (AR), 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012; A. LUCARELLI, *Alcune considerazioni in merito ai beni comuni tra sotto categorie giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos*, 2017, fasc. 2, pp.1-9; ID., *Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2007, fasc. 2, pp. 3-10; M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, fasc. 11, pp. 103-118.