



PATRIZIO GONNELLA*

ESSERE PADRI IN CARCERE. LA SENTENZA N. 219 DELLA CORTE COSTITUZIONALE SALVA LA DIFFERENZA DI TRATTAMENTO PER LE MADRI **

Abstract [It]: La Corte costituzionale ha ritenuto che la differenziazione di trattamento prevista nell'ordinamento penitenziario tra padri detenuti e madri detenute, per ciò che riguarda l'assistenza extramuraria ai figli piccoli, non sia illegittima. La Corte ha inteso sorvolare sul tema della discriminazione del padre rispetto alla madre nell'accesso alla detenzione domiciliare. Si è soffermata invece sulla non automatica prevalenza del diritto del minore alla bigenitorialità rispetto alla necessità di dare piena esecuzione alla condanna penale. Sono presenti, nella sentenza, argomenti di politica criminale e penitenziaria.

Abstract [En]: The Constitutional Court held that the differentiation in treatment provided for in the Prison Law between men and women prisoners, with regard to external care for young children, is not illegitimate. The Court did not examine issue of discrimination of the father against the mother in access to home detention. It was concerned to emphasize how the child's right to bigenitorial care does not automatically trump the need to fully enforce the criminal conviction. Criminal and prison policy arguments are present in the ruling.

Parole chiave: Detenuti, misure alternative alla detenzione, genitorialità, interesse del minore.

Keywords: Prisoners, Alternative Measures to Detention, Parenting, Best Interest of the Child.

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 219 del 2023 e le norme sulla detenzione domiciliare per padri e madri di figli piccoli. – 2. Una legislazione frammentata frutto del cosiddetto effetto fisarmonica. – 3. Il punto di vista del padre e la parola indicibile: discriminazione. – 4. Il punto di vista del minore e il diritto negato alla bigenitorialità. – 5. Essere padre e detenuto.

* Ricercatore di Filosofia del diritto – Università degli Studi «Roma Tre».

** Contributo sottoposto a peer review.

1. La sentenza n. 219 del 2023 e le norme sulla detenzione domiciliare per padri e madri di figli piccoli.

La Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà). Esso prevede che «la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette, quando trattasi di: a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole». Il Magistrato di sorveglianza di Cosenza aveva sollevato questione di costituzionalità rispetto agli articoli 3 e 31, secondo comma, della Carta. In particolare veniva evidenziata dal giudice rimettente, da un lato l'irragionevole differenza di trattamento per le madri e i padri di figli piccoli, laddove ai secondi si conferisce la possibilità di accesso a tale misura solo ed esclusivamente quando la madre sia morta o risulti altrimenti del tutto impossibilitata a dare assistenza alla prole, dall'altro il mancato riconoscimento ai figli del diritto alla bigenitorialità. La Corte ha rigettato la questione di legittimità affermando che la differenziazione di trattamento per le madri detenute non è tutto sommato incoerente con il sistema di norme penitenziarie nazionali e sovranazionali in vigore e che l'interesse superiore del minore è comunque garantito, in quanto è assicurato al bambino il rapporto continuativo con almeno uno dei genitori.

La Corte non si è soffermata significativamente intorno alla discriminazione in base al sesso subita dal padre, in quanto ha ritenuto non fosse stata evidenziata in modo esplicito e diretto nelle argomentazioni poste dal giudice di sorveglianza di Cosenza. Si è limitata a non leggere uno stridore delle norme penitenziarie con le norme internazionali sul tema¹. Attenzione è, invece, stata rivolta prioritariamente alla questione attinente «all'interesse del minore a una relazione continuativa con entrambi i genitori». E sulla base di considerazioni articolate, non tutte collocabili sullo stesso piano, la Corte è arrivata ad affermare «che il principio in parola impone sì una considerazione particolarmente attenta degli interessi del minore in ogni decisione – giudiziaria, amministrativa e legislativa – che lo riguarda, ma non ne assicura l'automatica prevalenza su ogni altro interesse, individuale o collettivo»². Gli

¹ I riferimenti sono alle European Prison Rules (Raccomandazione n.2 del 2006, più volte in seguito modificata) e alle United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules del 2015).

² La Corte richiama alcune proprie sentenze, anche recenti, dove è ribadito che l'interesse superiore del minore non esclude la necessità di provvedere a un bilanciamento, caso per caso, con le esigenze di tipo processuale e punitivo. Va detto che tra le sentenze richiamate vi è la n. 30 del 2022 nella quale, seppur si argomenta al proprio interno che «la necessità imposta dall'art. 31 Cost. di garantire che la detenzione domiciliare nell'interesse del minore sia valutata con «bilanciamenti caso per caso, refrattari a qualsiasi preclusione e automatismo (così richiamando la precedente decisione n.173 del 2021)», si giunge comunque a censurare l'art. 47-quinquies, commi 1, 3 e 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione

spazi di riflessione sono molteplici e corrispondono ai tanti punti di vista sul tema: quello del padre, del figlio, dell'apparato pubblico di sicurezza.

2. Una legislazione frammentata frutto del cosiddetto effetto fisarmonica.

Non c'è legislazione frammentata come quella penitenziaria, esito di provvedimenti legislativi di segno opposto che si sono stratificati nel tempo. Una legislazione che, a partire dal 1975, quando fu approvata la prima legge organica penitenziaria (la n.354), ha visto le proprie maglie allargarsi e restringersi più volte a seconda delle presunte emergenze. Si configura quello che potremmo definire sociologicamente 'effetto fisarmonica', il quale non ha aiutato il sistema penitenziario a godere di razionalità, omogeneità, capacità di adeguamento alle innovazioni date dalla tecnologia. Anche nel campo ristretto della questione dei rapporti genitori-figli, della maternità e della genitorialità c'è un dedalo di norme e sentenze che si sono sovrapposte nel tempo. Nello specifico tema della detenzione domiciliare ordinaria, l'articolo 47-ter dell'ordinamento penitenziario è stato introdotto con la legge 663 del 1986 (cosiddetta legge Gozzini) con l'obiettivo di ampliare le forme della esecuzione penale esterna. A seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 215 del 1990³, il Parlamento con la legge n.165 del 1998 (cosiddetta legge Simeone-Saraceni) ha modificato l'articolo 47-ter, comma 1, lettere a e b, così giungendo alla formulazione attuale. Nel frattempo l'impianto intorno a questa singola disposizione, anche nelle parti che hanno a che fare con la questione sollevata dal magistrato di sorveglianza cosentino, ha subito tante modifiche da renderlo non del tutto coerente e logico.

Modifiche che non paiono fermarsi. Dopo anni nei quali si è molto discusso intorno alla costruzione di una normativa che mettesse autenticamente al centro i bisogni dei bambini figli di detenute o detenuti, il legislatore ha di recente virato in un'altra direzione. È in discussione alla Camera dei deputati il disegno di legge governativo n. 1660, trasmesso alle Camere il 22 gennaio del 2024. L'articolo 12 del disegno di legge riguarda le donne autrici di reato. Oggi, l'articolo 146 del codice penale prevede il rinvio obbligatorio della pena detentiva nel caso di donna incinta o madre di un bambino di età inferiore a un anno. Il miglior interesse di un bambino così piccolo non può che essere ovviamente quello di vivere fuori dal carcere e non dovrebbe necessaria una valutazione individuale per stabilirlo. L'articolo 12 del disegno di legge n.1660, qualora approvato, eliminerebbe il rinvio obbligatorio della pena. Eppure la regola 64 delle cosiddette Regole di Bangkok del 2010

del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare può essere proposta al magistrato di sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura, nel qual caso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 47, comma 4, della medesima legge. Dunque, nella sentenza n. 30 del 2022, comunque l'argomento viene proposto in un inciso e non spinge la Corte a rigettare l'istanza di illegittimità.

³ La sentenza aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47-ter, comma 1, numero 1), dell'ordinamento penitenziario, nella versione allora vigente, nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare, alla quale era all'epoca ammessa la madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, potesse essere concessa, nelle stesse condizioni, anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

(Regole delle Nazioni Unite relative al Trattamento delle Donne Detenute e alle Misure non Detentive per le Donne autrici di reato) afferma chiaramente che: «Le pene non detentive per le donne incinte e per le donne con figli piccoli a carico devono essere preferite laddove possibili e appropriate, prendendo in considerazione le pene detentive solo nei casi in cui il reato è grave o violento o la donna rappresenta un pericolo continuo, e dopo aver preso in considerazione l'interesse superiore del bambino o dei bambini, assicurando nel contempo che siano state prese adeguate disposizioni per la cura di tali bambini»⁴.

Il disegno di legge n. 1660 evidenzia plasticamente come si sono sovrapposte nel tempo norme di segno culturale e sociale opposto, dirette a stringere le maglie della esecuzione penale esterna o ad aprirle a seconda di intenzioni riferite a motivazioni diverse, di tipo strettamente custodialistico oppure semplicemente deflattivo. È mancata una visione unitaria resistente nel tempo, anche quando il tema della detenzione extra-carceraria riguardava le donne detenute, tendenzialmente poche e con una minore intensità criminale. A maggior ragione quando al centro della riflessione normativa ci sono stati gli uomini, tanti e con una dimensione criminale ben più significativa.

Pertanto, la Corte ha dovuto districarsi all'interno di un quadro legislativo disomogeneo dove non è chiaro se, come e quanto prevalga l'interesse superiore del bambino, finanche nei casi in cui è molto piccolo e ad essere coinvolta è la mamma, rispetto alla quale la legislazione si è da sempre presentata più benevola rispetto al papà. E nel districarsi ha deciso di salvare la differenziazione di trattamento tra madre e padre, ribadendo che non può esservi alcun automatismo nella possibilità di usufruire di misure alternative alla detenzione, anche laddove vi sono dei bambini che necessitano di cura e protezione familiare.

⁴ Nella Relazione alle Regole di Bangkok si legge il seguente commento che avalla tesi dirette a residualizzare ogni ipotesi di carcerazione per le donne con figli piccoli «Prisons are not designed for pregnant women and women with small children. Every effort needs to be made to keep such women out of prison, where possible and appropriate, while taking into account the gravity of the offence committed and the risk posed by the offender to the public. Recognizing this reality, the Eighth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders determined that “the use of imprisonment for certain categories of offenders, such as pregnant women or mothers with infants or small children, should be restricted and a special effort made to avoid the extended use of imprisonment as a sanction for these categories.” The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1999, Article 30: Children of Imprisoned Mothers, provides that States Parties to the Charter “should undertake to provide special treatment to expectant mothers and to mothers of infants and young children who have been accused or found guilty of infringing the penal law and should in particular: (a) ensure that a non-custodial sentence will always be first considered when sentencing such mothers; (b) establish and promote measures alternative to institutional confinement for the treatment of such mothers. The Council of Europe, Parliamentary Assembly Recommendation 1469 (2000), on Mothers and babies in prison, adopted on 30 June 2000, also recommended the development and use of community-based penalties for mothers of young children and the avoidance of the use of prison custody. Most recently, in its Resolution 10/2, dated 25 March 2009, entitled “Human rights in the administration of justice, in particular juvenile justice”, the Human Rights Council emphasized that, when sentencing or deciding on pretrial measures for a pregnant woman or a child’s sole or primary carer, priority should be given to non-custodial measures, bearing in mind the gravity of the offence and after taking into account the best interest of the child. Taking into account the provisions of the Tokyo Rules 3.3, which provide that “[d]iscretion by the judicial or other competent independent authority shall be exercised at all stages of the proceedings by ensuring full accountability and only in accordance with the rule of law”, Member States are urged to take legislative measures to implement the measures referred to in this rule, as necessary».

3. Il punto di vista del padre e la parola indicibile: discriminazione

La Corte ha affrontato il tema dal punto di vista del minore e del suo interesse superiore e non di quello del padre potenzialmente discriminato. La Corte non ha ritenuto di mettere in discussione l'impianto legislativo vigente usando la lente delle possibili discriminazioni alle quali sarebbe soggetto il detenuto-padre rispetto alla detenuta-madre. Si è limitata ad affermare che: «L'estensione delle medesime regole vigenti oggi per le detenute madri anche ai detenuti padri potrebbe certamente essere valutata dal legislatore, nel quadro di un complessivo bilanciamento tra tutti gli interessi individuali e collettivi coinvolti; ma non può, a giudizio di questa Corte, essere allo stato ritenuta costituzionalmente necessaria dal punto di vista, che in questo giudizio unicamente rileva, della tutela degli interessi del bambino, la quale richiede soltanto che – di regola – sia assicurato al bambino stesso un rapporto continuativo con almeno uno dei due genitori. Ciò che la disciplina censurata indubitabilmente assicura».

La Corte non ha rilevato, dunque, una così netta discriminazione basata sul genere subita dal padre al punto da stigmatizzare le scelte normative. Ha rinviato al legislatore, che come detto è sul tema ondivago, la scelta di bilanciare in modo adeguato gli interessi individuali e collettivi e per farlo si è affidata anche ad argomenti di politica criminale e a valutazioni ispirate a un neutro pragmatismo: «D'altra parte, nel decidere di introdurre forme di esecuzione extra-muraria in favore delle donne madri di figli in tenera età che non presentino una spiccata pericolosità sociale, indipendentemente dalla prova dell'indisponibilità del padre a prendersi cura del bambino, è verosimile che il legislatore abbia altresì tenuto conto dell'impatto complessivamente contenuto di simili misure sui poc'anzi menzionati interessi sottesi all'esecuzione delle pene detentive, in ragione se non altro della ridotta proporzione di donne nell'ambito della complessiva popolazione carceraria femminile».

La Corte ha ricordato come le donne sono poco più del 4% della popolazione carceraria. Numeri così bassi, fa capire la Corte, da tenere adeguatamente in considerazione per comprendere la scelta del legislatore di consentire alle donne di uscire dal carcere per la cura dei figli piccoli. Essendo relativamente poche non rappresenterebbero un problema per la sicurezza⁵. Seppure una percentuale significativa delle donne detenute richiedesse l'applicazione di una misura alternativa al carcere in considerazione dell'essere madre di prole con età inferiore ai dieci anni, i numeri non sarebbero tali da destare preoccupazione e le forze di Polizia avrebbero modo di controllarle adeguatamente sul territorio o agli arresti domiciliari. Può, però, mai essere questo un argomento, chiaramente empirico e potenzialmente dinamico nel tempo, sul quale basare la ragionevolezza di una legislazione che prevede una differenziazione di trattamento?

⁵ Per un'analisi accurata della condizione femminile in carcere, dei tassi di detenzione delle donne, delle cause del loro più basso indice di devianza, della composizione socio-anagrafica della popolazione detenuta femminile, delle discriminazioni da loro subite nel trattamento penitenziario, si rinvia al primo Rapporto curato dall'associazione Antigone sulle donne detenute in Italia dal titolo "Dalla parte di Antigone" pubblicato nel marzo del 2023. <https://www.rapportoantigone.it/primo-rapporto-sulle-donne-detenute-in-italia/>

Nelle argomentazioni della Corte si intravede una decisione che non ha voluto rompere gli equilibri presenti all'interno dell'ordinamento penitenziario e della vita carceraria. Una decisione che ha voluto tenere conto del problema della sicurezza collettiva e degli effetti operativi sul sistema penitenziario.

Non è la prima volta che la Corte, in ambito penitenziario, si pone il tema della gestione in concreto della vita carceraria. Anche di recente nella sentenza in materia di diritto all'affettività – la numero 10 del 2024 – la Corte non si è limitata ad affermare l'illegittimità dell'articolo 18 della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui prevede controlli a vista dei colloqui dei detenuti, ma ha indicato anche le modalità operative attraverso cui l'amministrazione penitenziaria dovrebbe in concreto assicurare il diritto alla sessualità⁶. C'è un filo rosso che lega le due sentenze. Nella sentenza n. 219 viene salvata la disciplina normativa sulla base di valutazioni che in qualche modo hanno a che fare anche con la loro dimensione pratica e operativa. Nella sentenza n. 10 del 2024 la Corte introduce nell'ordinamento il diritto alla sessualità indicando a chi dovrà dare seguito alla decisione anche le modalità attraverso cui garantire il diritto, ossia si pone il problema della implementazione della sentenza. In entrambi i casi, dunque, la Corte ha sentito il peso della dimensione criminale e carceraria, non limitandosi a prendere decisioni solo sulla base di principi generali.

La Corte, nel citare i numeri bassi delle presenze carcerarie delle donne detenute, ha inteso evidenziare come i numeri altissimi degli uomini reclusi⁷ nelle quasi duecento carceri italiane costituirebbe la ragione della mancata estensione normativa agli uomini delle possibilità previste per le donne alla lettera a) dell'articolo 47-ter dell'ordinamento penitenziario. I detenuti maschi, secondo le statistiche del ministero della Giustizia⁸, sono circa 58mila e oltre 27mila di loro ha almeno un figlio. Il fenomeno è socialmente e quantitativamente rilevante e riguarda poco meno della metà della popolazione reclusa.

Proviamo però ad andare oltre gli argomenti di politica criminale per dare una risposta alla domanda seguente, che non può rimanere inelusa. Esiste una differenza di trattamento tra padre e madre detenuti tale da far ritenere che vi sia una discriminazione basata sul sesso, rispetto a ciò che riguarda l'assistenza e la cura dei figli? La risposta è affermativa, così come in altre parti dell'Ordinamento Penitenziario si consumano altre forme di discriminazione nei confronti della donna detenuta che non ha considerazione autonoma da parte del legislatore, nonostante i suoi bisogni specifici.

L'articolo 1 dell'ordinamento penitenziario⁹ afferma che il trattamento penitenziario «è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di

⁶ Ecco un estratto della sentenza n.10 del 2024: «Può ipotizzarsi che le visite a tutela dell'affettività si svolgano in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico. È comunque necessario che sia assicurata la riservatezza del locale di svolgimento dell'incontro, il quale, per consentire una piena manifestazione dell'affettività, deve essere sottratto non solo all'osservazione interna da parte del personale di custodia (che dunque vigilerà solo all'esterno), ma anche allo sguardo degli altri detenuti e di chi con loro colloquia».

⁷ Secondo le più recenti rilevazioni statistiche del ministero della Giustizia al 29 febbraio 2024 i detenuti maschi erano 58.213 contro le 2.611 donne.

⁸ I dati statistici sono presenti nella pagina strumenti del sito www.giustizia.it

⁹ Norma modificata dall' art. 11, comma 1, lett. a), D.Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose». La norma riguarda le modalità di esecuzione della pena ed è chiaramente pensata a protezione delle categorie più vulnerabili e delle minoranze penitenziarie (stranieri, omosessuali, transgender, dissidenti politici, donne). È una norma di principio che non trova nelle parti successive della legge o nelle norme del Regolamento di esecuzione dell'Ordinamento penitenziario n. 230 del 2000 dei corollari applicativi capaci effettivamente di contrastare le discriminazioni possibili a cui una parte della popolazione detenuta è potenzialmente suscettibile¹⁰. Il sistema penitenziario, in tutte le sue forme, dalle figure professionali selezionate per il lavoro penitenziario fino all'organizzazione amministrativa centrale e periferica, è pensato per un detenuto tipo che è maschio e italiano. Manca una norma che tratti olisticamente e integralmente la condizione e i diritti delle donne detenute, a differenza di quanto accade nelle Regole Penitenziarie Europee del 2006 così come modificate nel 2020¹¹. Non vi è nel Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria un ufficio che si occupi di detenzione femminile, che potrebbe essere auspicabilmente diretto da esperti in politiche di genere. Non sono previste norme pensate per rimuovere gli ostacoli che le donne incontrano nell'accesso al lavoro, all'istruzione, alla formazione professionale. Non vi sono indicazioni precise intorno alla necessità che le camere di pernottamento delle detenute debbano disporre di tutto ciò che è necessario per soddisfare le esigenze igieniche e sanitarie specifiche delle donne, compresi gli assorbenti igienici forniti gratuitamente. Nelle carceri dove sono recluse donne manca uno staff adeguatamente formato e specializzato sulla violenza di genere. Ugualmente, guardando all'insieme delle misure alternative alla detenzione, non si può dire che esse siano pensate per chi ha una storia di maggiore vulnerabilità. La centralità, tra le misure alternative al carcere, assegnata alla detenzione domiciliare favorisce i già garantiti. La donna, solo però in quanto madre, dispone di una chiave privilegiata di accesso alla realtà esterna. È ciò retaggio di un modello sociale e penitenziario incapace di guardare ai bisogni e ai diritti delle donne.

Dal trattamento ineguale nei confronti delle donne si giunge a quello dei detenuti padri, ai quali, con considerazioni legate alla dimensione criminale degli stessi, si negano gli stessi diritti invece riconosciuti alla genitorialità delle madri. Dunque, se volessimo modificare l'ordinamento penitenziario attraverso la lente di tutte le discriminazioni esistenti a livello legislativo, bisognerebbe sicuramente mettere mano all'articolo 47-ter, lettere a) e b), in

¹⁰ Vedi i contenuti presenti nel capitolo primo del volume P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giappichelli editore, 2019

¹¹ European prison Rules. 34.1 Specific gender-sensitive policies shall be developed and positive measures shall be taken to meet the distinctive needs of women prisoners in the application of these rules. 34.2 In addition to the specific provisions in these rules dealing with women prisoners, the authorities shall pay particular attention to the requirements of women, such as their physical, vocational, social and psychological needs, as well as caregiving responsibilities, when making decisions that affect any aspect of their detention. 34.3 Particular efforts shall be made to protect women prisoners from physical, mental or sexual abuse and give access to specialised services for women prisoners who have needs as referred to in Rule 25.4, including being informed of their right to seek recourse from judicial authorities, legal assistance, psychological support or counselling, and appropriate medical advice. 34.4 Arrangements shall always be made for prisoners to give birth outside prison. Where, nevertheless, a child is born in prison, the authorities shall provide all necessary support and facilities, including special accommodation.

quanto la differenza di trattamento è ingiustificabile dal punto di vista normativo e trova spiegazione in argomenti extra-giuridici e di sostenibilità politica, ma allo stesso tempo andrebbero modificate le tante altre disposizioni presenti nell'ordinamento penitenziario evidentemente mirate al trattamento del detenuto tipo, maschio e italiano. Senza considerare come nella pratica le persone appartenenti alla comunità LGBT+ vivano in condizioni di effettiva discriminazione nelle opportunità di risocializzazione e di garanzia dei diritti fondamentali.

In considerazione di ciò sarebbe compito del legislatore restituire armonia¹² ed equilibrio a una legislazione frammentata e disorganica, oltre che non al passo coi tempi. Nello specifico della norma contestata davanti alla Consulta sarebbe quanto meno opportuno affermare che il giudice possa disporre la detenzione domiciliare di padre di figli con meno dieci anni ogniqualvolta ciò corrisponda all'interesse superiore del minore. Nulla di imperativo, ma una previsione di più larga concessione, la cui applicazione sia lasciata alla discrezionalità giudiziaria e non sia subordinata alla sola impossibilità assoluta della madre o alla sua morte.

4. Il punto di vista del minore e il diritto negato alla bigenitorialità

Con la sentenza in esame la Corte si è limitata ad affermare che l'interesse superiore del minore non arriva al punto di poter evocare un diritto a un rapporto continuativo con entrambi i genitori che vada a prevalere rispetto all'esigenza pubblica di dare seguito alla pena comminata in sede giudiziaria. Il diritto alla bigenitorialità presenta caratteristiche del tutto particolari nel caso in cui si tratta di figli di persone detenute. Si tratta di bambini e bambine che soffrono già di una condizione molto particolare e convivono con enormi problemi che andranno sicuramente a provocare danni e disturbi nella loro crescita. Non è detto che per loro la convivenza con entrambe le figure genitoriali o con il solo padre sia la soluzione alle loro esistenze fragili. Anzi, potrebbe essere addirittura pregiudizievole. Sarebbe sempre auspicabile che sia il giudice in concreto a doverlo valutare. Non deve esservi mai una soluzione drastica e perentoria che arrivi fino alla perdita della potestà genitoriale sulla base di automatismi punitivi e anti-pedagogici. Non di rado nel dibattito pubblico echeggiano addirittura proposte dirette a sottrarre i figli ai genitori quando questi sono condannati a pene superiori a un certo limite edittale.

In alcuni casi, però, e sarà il giudice di sorveglianza a doverlo valutare, meglio ancora se affidandosi anche alle considerazioni dei giudici minorili, è interesse superiore del minore, seppur per periodi limitati, vivere pienamente la sua condizione di figlio o di figlia all'interno di una famiglia che funzioni come tale. Potrebbe essere la via attraverso cui costruire un futuro adulto responsabile e non stigmatizzato. Si tratta di dare al giudice l'opportunità di

¹² I tentativi fatti nel tempo sono andati persi. Si pensi agli Stati Generali sull'esecuzione penale voluti nel 2017 dal ministro della Giustizia Andrea Orlando o alla Commissione sull'innovazione e la modernizzazione del sistema penitenziario voluta dalla ministra della Giustizia Marta Cartabia nel 2021 e presieduta dal prof. Marco Ruotolo.

decidere caso per caso e non di affidarsi al manicheismo normativo che definisce il padre quale genitore numero due, secondo una tradizionale composizione gerarchica che non è detto corrisponda ai bisogni più profondi del minore.

È chiaro che non può essere il superiore interesse del minore la via per scardinare il principio della effettività della risposta punitiva o che spinga verso automatismi che portino al superamento della risposta carceraria per chi è padre (o madre). Può però essere il punto di partenza per decostruire stereotipi che portino a ritenere sempre meglio che il padre, se detenuto e quindi per deduzione socialmente pericoloso, stia lontano dalla famiglia e dai suoi figli. Si può essere buoni padri e allo stesso tempo condannati per un qualche reato commesso. Non poche potrebbero essere le testimonianze dirette di figli, oramai cresciuti, che potrebbero raccontare come diversa e migliore (anche dal punto di vista della prevenzione dei rischi di devianza) sarebbe stata la loro esperienza di vita se avessero avuto l'opportunità di non essere forzatamente distaccati da uno dei genitori.

È una materia che richiederebbe la capacità di tutti gli attori del sistema – giudici, assistenti sociali, operatori penitenziari, educatori, psicologi – di guardare ai bisogni psico-socio-educativi del bambino o della bambina, senza essere costretti nelle maglie di una legislazione troppo rigida o comunque manichea. Come su tanti altri temi ci vorrebbe un legislatore che apra alle possibilità e non le chiuda, che si affidi alla migliore decisione sul caso in esame, senza predeterminazioni di giudizio che alla fine mal si addicono ai bisogni individuali.

5. Essere padre e detenuto

Il carcere non è un luogo dove coltivare gli affetti. Ci sono norme che rendono molto difficili i contatti con l'esterno e con i propri cari. La legislazione in vigore, nonostante ambisca anche aulicamente ad affermare che vadano preservati i rapporti con le famiglie e dunque con i figli¹³, poi non è conseguente nell'assicurare tale opportunità. Limiti enormi, ingiustificabili che allontanano i padri e le madri dalla prole. Sono stringenti le norme in materia di corrispondenza telefonica. L'articolo 39 del Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario (Dpr n.230 del 2000) prevede che il detenuto comune possa telefonare una volta a settimana alle persone autorizzate. L'art. 2 quinquies d.l. n. 28 del 2020, introdotto in epoca COVID, ha abrogato il comma 3 dell'articolo 39 Regolamento di Esecuzione, allargando la possibilità di corrispondenza telefonica, nel caso di figli minori o portatori di disabilità gravi, fino a renderla potenzialmente quotidiana. Così come la precedente normativa regolamentare, anche la nuova disciplina non riconosce un diritto alla corrispondenza telefonica straordinaria e lascia la decisione nelle mani dell'autorità giurisdizionale o dirigente. Nella prassi penitenziaria, finita l'emergenza COVID, tutto è però tornato come prima e i detenuti tendenzialmente possono telefonare una volta a

¹³ L'articolo 28 della legge 26 luglio 1975, n. 354 stabilisce che «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare, o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie».

settimana alle persone care. Il successivo comma 6 dell'articolo 39 del Regolamento del 2000 prevede che la durata massima della telefonata, questa volta senza eccezioni, sia pari a dieci minuti. Dunque, il legislatore riconosce la rilevanza del rapporto tra il genitore (tendenzialmente padre vista la preponderanza della presenza di uomini in carcere) e il figlio o figli piccoli ma non tanto da aumentarne il tempo di durata. In dieci minuti la conversazione con un bambino piccolo non ha il tempo di decollare o consolidarsi e comunque passa sempre attraverso un altro adulto presente alla telefonata. I colloqui visivi sono anch'essi segnati da limiti numerici e temporali (sei al mese nella ordinarietà dalla durata unitaria di un'ora)¹⁴ così come le video-chiamate (introdotte dopo che è scoppiata l'epidemia Covid-19) che sono considerate alternative ai colloqui dal vivo.¹⁵ In alcuni istituti penitenziari sono previste aree verdi all'aperto o sale a dimensione di bambino dove accogliere i piccoli in visita al genitore. Non sempre sono adeguatamente attrezzate e non sempre vengono usate nella pratica, nonostante vi siano circolari a riguardo stratificatesi nel tempo. Si può affermare che le condizioni di padre detenuto e di figlio o figlia di padre detenuto non sono adeguatamente prese in considerazione dal legislatore e neanche dall'amministrazione penitenziaria. O quanto meno non al punto da evitare fratture nei rapporti familiari.

In conclusione il detenuto, non solo nella norma non censurata dalla Corte, ma in tutto l'impianto legislativo e amministrativo, non è aiutato a svolgere adeguatamente e positivamente il proprio ruolo di padre.

Affermare infine, come ha effettuato la Corte, che il diritto alla bigenitorialità vada temperato con le esigenze date dalla irrinunciabilità alla sanzione (seppur ragionevole per evitare sacche di impunità) non tiene in adeguato conto il suo legame stretto con la finalità della pena e con il limite alla stessa dato dal riferimento alla 'umanità' presente all'articolo 27. Ciò non riguarda solo la questione della detenzione domiciliare, bensì investe un impianto normativo e regolamentare, come detto frammentato e incoerente, pensato per soddisfare prioritariamente le cosiddette esigenze di sicurezza rispetto a quelle costituzionali di cui all'articolo 27.

¹⁴ Limiti normati all'articolo 37 del Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario n.230 del 2000.

¹⁵ Colloqui e videochiamate sono regolamentate dalla circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria n.3696/6146 del 26 settembre del 2022.