



Dipartimento  
di Giurisprudenza

Cattedra Diritto dell'Esecuzione Penale

# Profili problematici di parità genitoriale nell'Ordinamento Penitenziario

Prof. Balducci Paola

---

RELATORE

Prof. Gianluz Mitja

---

CORRELATORE

Matr. 14523

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

## INDICE

|                   |   |
|-------------------|---|
| INTRODUZIONE..... | 1 |
|-------------------|---|

### CAPITOLO I

#### LA GENITORIALITÀ NEL NOSTRO ORDINAMENTO

|   |    |
|---|----|
| 1. Dalla riforma del diritto di famiglia al riconoscimento del preminente interesse del minore..... | 4  |
| 2. Il principio di parità genitoriale. ....   | 24 |
| 3. Perdita della responsabilità genitoriale.....  | 30 |
| 4. <i>The best interests of the child</i> nel diritto internazionale e comunitario (cenni).....     | 36 |

### CAPITOLO II

#### DIRITTI ASIMMETRICI NELLA LEGGE 354/1975

|   |    |
|---|----|
| 1. Le norme che limitano la tutela general-preventiva in favore del diritto alla genitorialità..... | 43 |
| 2. Evoluzione storica .....   | 51 |
| 3. L'intervento suppletivo della Corte Costituzionale.....  | 59 |
| 4. Articoli che tutelano la maternità.....  | 63 |
| 5. Paternità per impossibilità.....   | 80 |
| 6. Profili problematici di parità genitoriale.....  | 90 |

### CAPITOLO III

#### UNO SFORTUNATO EPILOGO

|  |     |
|--|-----|
| 1. Dalla non risolutiva ordinanza del Tribunale di Bari del 2009 agli Stati Generali dell'Esecuzione penale..... | 100 |
|--|-----|

## INTRODUZIONE

Il principio di bigenitorialità consiste nel diritto, tanto del padre quanto della madre, di partecipare alla formazione del proprio figlio. Lo strumento principale di cui entrambi i genitori dispongono per farlo consiste nella responsabilità genitoriale.

Nell'attuale contesto giuridico familiare questo principio è a pieno inquadro dagli art. 315 bis e 316 del Codice Civile che disciplinano il rapporto genitori-figli e i doveri che da questo scaturiscono.

Perché si giungesse a questo stato delle cose però è stato necessario un lungo percorso avviato dalle numerose riforme del diritto di famiglia che a partire dal 1975 hanno portato nel 2006, con la legge in materia di affidamento condiviso, all'affermazione del principio di parità genitoriale.

Il nuovo diritto di famiglia scaturito dalle novelle legislative trova il suo perno nella figura centrale del minore; il nucleo familiare e la responsabilità genitoriale sono così concepiti in base alle sue esigenze. Nello stesso senso in ambito internazionale e comunitario si parla di "interesse prevalente del minore".

Uno dei principali diritti che deriva dal "*best interest of the child*" è per l'appunto quello riconosciuto al bambino di vivere ed essere accudito da entrambi i genitori, salvo che ciò non sia contrario al suo interesse. Infatti, l'unica causa che può legittimare la decadenza o la sospensione dalla responsabilità genitoriale consiste nel pericolo che il genitore possa arrecare un danno allo sviluppo psicofisico del figlio.

L'esigenza di difendere i soggetti vulnerabili e di garantirgli il diritto alla genitorialità è stata avvertita dal legislatore anche in materia di esecuzione della pena detentiva.

Il legislatore nazionale, infatti, su impulso di numerose pronunce della Corte Costituzionale, ha modificato la Legge n. 354 del 1975 di ordinamento penitenziario al fine di dare piena e concreta applicazione alla pena nel suo significato costituzionalmente orientato e soprattutto di evitare che il peso di quest'ultima possa ricadere su soggetti terzi al reato e particolarmente vulnerabili, quali i figli minori del condannato.

In tale ottica si sono inserite le due principali leggi di riforma in materia: la Legge n. 40 del 2001 (la cosiddetta Legge Finocchiaro) e la Legge n. 62 del 2011. Le novelle sembrano però basarsi su una concezione arcaica della famiglia, il *favor* che concedono al rapporto tra la madre detenuta e i figli minori non trova infatti giustificazione alcuna nel nostro ordinamento attuale imperniato sul principio di bigenitorialità.

Alla luce di quanto disposto dagli art. 47 ter, 47 quinquies, 21 bis e 21 ter della Legge 354 del 1975, inoltre, quello materno è l'unico rapporto genitoriale degno di tutela.

Il padre, nel quadro delineato dalle disposizioni, costituisce una figura *a latere* che può esercitare le sue funzioni genitoriali esclusivamente in circostanze del tutto eccezionali, quali il decesso e l'assoluta impossibilità della madre ad assistere la prole.

In alcuni casi come in quello previsto dall'art. 47 quinquies o.p. vi è un'ulteriore limitazione della figura paterna subordinata non solo a quella materna ma altresì al possibile intervento di parenti e strutture pubbliche assistenziali.

Tale situazione problematica non è stata ridimensionata in alcun modo dall'intervento della giurisprudenza, che addirittura in un primo momento, attraverso un ragionamento esegetico, ha ulteriormente circoscritto la concessione delle misure alternative al padre, gravandolo per la loro applicazione di presupposti che comportano una verosimile *probatio diabolica*.

L'orientamento prevalente della Corte di Cassazione ha, infatti, aderito ad un'interpretazione a tal punto rigida per quanto concerne il presupposto di "assoluta impossibilità" della madre da non consentire l'accesso alle misure alternative neppure nei casi in cui l'impegno lavorativo materno rendesse nei fatti impossibile l'accudimento della prole.

Nel 2021 il Giudice di legittimità è finalmente giunto ad un'esegesi meno rigorosa del requisito e più attenta invece alle circostanze del caso concreto. Questo spiraglio sebbene abbia ampliato la possibilità per il padre di accedere alle misure alternative non ha sottratto la paternità al ruolo residuale delegatogli dall'Ordinamento Penitenziario.

Di conseguenza emergono ancora chiaramente dubbi di costituzionalità degli art. 47 ter, 47 quinquies, 21 bis e 21 ter dell'Ordinamento penitenziario per violazione di numerosi precetti costituzionali.

*In primis* rispetto al principio di uguaglianza dato che le disposizioni prevedono non solo una discriminazione fra i due genitori ma ostacolando il ruolo genitoriale del detenuto padre ne impediscono anche la sua piena realizzazione come persona prevista dal secondo comma dell'art. 3 Cost., "realizzazione" che tra l'altro costituisce il fine anche della rieducazione attuata dal trattamento penitenziario in accordo con il terzo capoverso dell'art. 27 Cost.

In più privando il bambino dell'assistenza e degli affetti paterni al di fuori delle mura carcerarie gli si arreca un *vulnus* che proprio gli articoli in questione mirano ad evitare.

Il danno inferto al bambino di conseguenza comporta una violazione anche degli art. 30 e 31 della Costituzione a tutela della famiglia e dell'infanzia.

Solo in un caso isolato del 2009 è stata sollevata questione di costituzionalità delle norme che nella Legge 354 del 1975 ammettono il genitore, in prevalenza la madre, a misure alternative alla detenzione.

Tuttavia il dubbio di costituzionalità non ha trovato alcuna risposta in concreto da parte della Consulta che nel caso di specie ha concluso la vicenda con un'ordinanza di manifesta inammissibilità dovuta alle lacune presenti nella descrizione della fattispecie sottoposta al vaglio giudiziale.

Nel tempo si sono poi susseguiti svariati tentativi di risoluzione del contrasto tra le disposizioni dell'Ordinamento penitenziario e i principi fondamentali, ciononostante non vi è stato alcun esito positivo.

I vari Protocolli d'intesa, intercorsi tra il Ministero della Giustizia, il Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza e l'Associazione Bambini senza sbarre ONLUS, il Documento definitivo redatto in seguito agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale e la Raccomandazione del Comitato dei Ministri hanno costituito esperimenti rimasti sulla carta.

Ne consegue, pertanto, ancora oggi, la necessità di un intervento del legislatore, forse preceduto da un'inevitabile sentenza di incostituzionalità da parte della Consulta.

## CAPITOLO I

### LA GENITORIALITÀ NEL NOSTRO ORDINAMENTO

#### 1. Dalla riforma del diritto di famiglia al riconoscimento del preminente interesse del minore.

La famiglia costituisce una delle formazioni sociali che la Costituzione italiana si impegna a tutelare perché rappresenta il mezzo con cui ogni individuo forma progressivamente la sua personalità.

Il nucleo familiare quale “stabile istituzione sovraindividuale”<sup>1</sup> oltre ad essere protetto in articoli ad hoc della nostra Carta costitutiva<sup>2</sup>, rientra implicitamente anche nell’art. 2 della stessa, laddove si afferma che: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.”<sup>3</sup>

Lo Stato infatti, protegge i cittadini non solo nella loro specificità “*uti-singuli*” ma anche nei corpi intermedi “*uti-socii*” che questi possono formare.<sup>4</sup>

Durante una delle sedute dell’Assemblea Costituente, Giorgio La Pira, uno dei padri fondatori, affermò che: “una Carta integrale dei diritti dell’uomo non può essere una carta dei diritti individuali, ma accanto ad essi deve porre questi diritti sociali, e quindi i diritti della comunità e della collettività. Di cui gli uomini fanno parte necessariamente per lo sviluppo della loro persona. Ecco, quindi, questa Carta costituzionale che vi appare come nuova, integrale, pluralista dei diritti”<sup>5</sup>.

La definizione di famiglia la si ritrova al primo comma dell’art. 29 della Costituzione<sup>6</sup> che recita: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”. Il concetto di famiglia, dunque, viene inteso come una società coniugale ristretta, che al suo interno comprende solo i genitori e i figli. In sostanza, una formazione volontaria per i coniugi e obbligatoria per i figli che vi si trovano senza il loro consenso.

---

<sup>1</sup> Sentenza della Corte Cost. 8/1996, consultabile presso: <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>2</sup> La famiglia è tutelata nella parte prima, Titolo II, art.29-31 della Costituzione Italiana, consultabile presso: <https://www.senato.it>.

<sup>3</sup> Articolo 2 c.1, Cost., *ivi*.

<sup>4</sup> CURRERI S., *Lezioni sui diritti fondamentali*, 2012, 229.

<sup>5</sup> On. LA PIRA, discussione generale del progetto di costituzione della Repubblica Italiana, 11.3.1947, seduta pomeridiana.

<sup>6</sup> L’art. 29 c.1 Cost. afferma che : “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.”; *ivi*.

Questa società naturale viene preservata perfino nei confronti del legislatore che non può ostacolarla in alcun modo.<sup>7</sup>

Proprio definendo la famiglia come “società naturale” la Carta dei diritti fondamentali ha inteso riconoscere la sua autonomia rispetto allo Stato<sup>8,9</sup>

La dottrina ritiene infatti che così facendo la Costituzione abbia sancito un punto di rottura con la politica fascista che assegnava alla famiglia un ruolo strumentale alla realizzazione della Nazione, secondo “un modello volto non a garantire la famiglia, bensì a porla sotto tutela, nel senso che la protezione dei componenti della famiglia non era rivolta ad affermare i loro diritti individuali, bensì a tutelare, ciascuno secondo il suo specifico *status*, i membri di una collettività considerata vitale per il mantenimento dello Stato stesso”.<sup>10</sup>

Anche i rapporti intercorrenti fra gli stessi componenti della famiglia sono tutelati dal Costituente. Costui in particolar modo dopo aver affermato l’uguaglianza giuridica e morale dei coniugi all’art. 29, si sofferma nell’articolo successivo sul rapporto genitori-figli.

All’interno di questo rapporto lo Stato può intervenire solo qualora sia indispensabile, e unicamente per tutelare i diritti dei “soggetti vulnerabili”.<sup>11</sup>

Tali vengono definiti dall’ordinamento i figli di minore età, che non solo si sono trovati a prescindere dalla loro volontà all’interno di una formazione sociale precostituita, ma che per di più sono in una posizione di dipendenza psico-fisica dal genitore.

Il nucleo familiare viene perciò protetto solo laddove non metta in pericolo i diritti inviolabili dei suoi componenti<sup>12</sup>, perché altrimenti il principio personalista prevale su quello pluralista<sup>13, 14</sup>.

Proprio in funzione di salvaguardare l’interesse della prole non autosufficiente, l’art. 30 della Costituzione fornisce una prima generica definizione del concetto di responsabilità genitoriale. Nel primo comma vengono elencati i doveri di entrambi i genitori di sostenere (economicamente e non), istruire e formare il figlio, mentre nel secondo sono garantiti al minore tali diritti anche nei casi in cui il padre e la madre siano impossibilitati a soddisfarli.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> CURRERI S., *op. cit.*, 232.

<sup>8</sup> BIONDI F., in *La Costituzione italiana commento articolo per articolo Vol. I*, (CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G. R.), 2021, 209.

<sup>9</sup> In questo senso anche sentenza della Corte Cost. 138/2010, *ivi*.

<sup>10</sup> POCAR E RONFANI 2008, 21.

<sup>11</sup> BELLANTONI G., *Soggetti vulnerabili e processo penale*, 2017, 59

<sup>12</sup> V. Sentenze della Corte Cost. 46/1970 e 535/1987, *ivi*.

<sup>13</sup> CURRERI S., *op. cit.*, 231.

<sup>14</sup> V. sentenze Corte Cost. 223/2015 e 494/2002, *ivi*.

<sup>15</sup> L’art. 30 della Costituzione Italiana recita come di seguito: “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

È rilevante l'ordine in cui si susseguono nell'articolo gli obblighi dei genitori: il dovere di mantenimento in posizione preminente sottolinea infatti l'attenzione particolare che il Costituente ha posto nello sviluppo dell'individualità del bambino.<sup>16</sup>

La funzione educativa rileva solamente in secondo piano, a dimostrazione del fatto che l'interesse del figlio prevalga sulla soggezione ai genitori.<sup>17</sup>

In ambito pedagogico i genitori non detengono solo doveri ma anche diritti, come per quanto riguarda la scelta del percorso formativo adeguato o i valori da trasmettere ai figli. E ciò non è previsto solo dalla Carta italiana. Anche l'art. 2 del Protocollo addizionale n.1 alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952,<sup>18</sup> sancisce come ogni Stato che ratifichi l'accordo, debba rispettare e assicurare il diritto esclusivo dei genitori ad educare ed istruire la prole.

L'unico vincolo che il padre e la madre non possono violare consta nel rispetto della personalità del figlio.<sup>19</sup> La posizione giuridica assunta dai genitori ha pertanto una natura ambivalente di diritto/dovere "che trova nell'interesse del figlio la sua funzione e il suo limite"<sup>20</sup>.

Lo stesso art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea<sup>21</sup>, affronta il tema della responsabilità genitoriale, considerandolo come diritto in capo ai minori a ricevere cure genitoriali fondamentali per la crescita.

La disposizione parla infatti di "protezione e cure necessarie per il loro benessere".

Secondo la norma comunitaria, il bambino deve poter instaurare una relazione sana con entrambi i genitori, lungo l'intero percorso di crescita, e l'unica eccezione è rappresentata dal caso in cui ciò sia contrario al suo benessere psico-fisico.

L'art. 24 della Carta di Nizza integra il nostro art. 30 della Costituzione, laddove all'eguale partecipazione dei genitori nei doveri parentali aggiunge la necessità della presenza tanto del padre quanto della madre nei rapporti affettivi con il minore.

A differenza dell'art. 30 della nostra Carta dei diritti, che elenca una serie di doveri dei genitori, la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea invece focalizza il concetto di

---

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità"; consultabile presso: <https://www.senato.it> .

<sup>16</sup> In seguito all'introduzione con la Legge 219/2012 dell'art. 315 bis nel c.c. non può più dubitarsi di come il verbo "mantenere" implichi non solo un sostentamento economico ma anche quella che l'art. 315 bis chiama "assistenza morale".

<sup>17</sup>SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, 2021, 14.

<sup>18</sup> Art.2 Prot. Add. n.1 CEDU consultabile presso [ww.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>19</sup> BIONDI F., in *op. cit.*, 217.

<sup>20</sup> LAMARQUE E., *Art. 30 Costituzione*, in R.BIFULCO, A. CELOTTO E M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione vol. I*, 2006, 633.; FERRANDO G., *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Riv. Politica del diritto*, n.1, 1998, 167.

<sup>21</sup> L'art. 24 CDFUE, rubricato "Diritti del bambino", è consultabile presso <https://www.europarl.europa.eu> .



responsabilità genitoriale dalla prospettiva del figlio e gli riconosce il diritto ad avere una famiglia, in cui entrambi i genitori si rendano partecipi alla sua crescita.

Dal dettato normativo esaminato si ricava quindi la nozione attuale di “responsabilità genitoriale”, da intendersi quale insieme di diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli naturali, legittimi o adottivi che siano, senza distinzioni, sempre però qualora essi non abbiano compiuto la maggiore età. Che non vi possano essere disparità appare chiaramente dal comma 3 dell’art.30 della Costituzione dove viene esplicitato che la responsabilità genitoriale debba essere assunta anche nei confronti dei figli naturali, in quanto costoro non possono venire discriminati rispetto a quelli legittimi a causa di un fatto indipendente dalla loro volontà (ovvero esser nati al di fuori del matrimonio). Il principio dell’uguaglianza dello stato di figlio, tuttavia, trova un limite nello stesso comma che lo sancisce. Il Costituente, con una clausola di compatibilità, ha infatti previsto che la parificazione dei figli naturali a quelli legittimi possa avvenire solo laddove non leda i diritti di coloro che appartengono alla famiglia legittima.<sup>22</sup>

Va osservato che sin da subito la giurisprudenza ha disapplicato la clausola di compatibilità, rilevando come quest’ultima si ponga in contrasto con l’art. 3 della Costituzione, il 14 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo (Roma, 1950), il 21 della Carta di Nizza e l’art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (New York, 1989).<sup>23</sup> Infatti l’art. 14 della CEDU statuendo il divieto di discriminazione, annovera nel catalogo anche quelle basate sulla nascita, stesso principio enuncia anche l’art. 21 della Carta di Nizza stabilendo che: “È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata [...] sulla nascita”, e infine la Convenzione di New York che sancisce all’art. 2 che “Gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza”.

In seguito anche il legislatore ha svuotato di significato la clausola in questione, sia grazie al Decreto Legislativo del 28 dicembre 2013, n. 154 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione”, attuativo della delega contenuta all’art. 2 della Legge 10 dicembre 2012, n. 219 “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”<sup>24</sup>, che mediante la riforma in materia di filiazione contenuta nella medesima legge. IN particolare, l’art. 1 della Legge 219/2012 prevede la sostituzione dell’art. 74 del Codice Civile con un nuovo dispositivo

---

<sup>22</sup> BIONDI F., in *op. cit.*, 218.

<sup>23</sup> Articoli consultabili presso: <https://www.senato.it> , <https://www.camera.it> e <https://www.europarl.europa.eu> .

<sup>24</sup> Sia il d. lgs. 154/13 che la l. 219/12 sono consultabili presso: <https://www.gazzettaufficiale.it>.

secondo il quale il vincolo di parentela sorge a prescindere dal fatto che il figlio sia nato all'interno o al di fuori del matrimonio.

A conclusione dell'art. 30, la Costituzione con il quarto comma lascia al legislatore foglio bianco nella disciplina della ricerca della paternità.

In seguito alle due riforme intervenute nel 2012 e nel 2013 – citate sommariamente in precedenza – il legislatore sancisce la possibilità per i figli naturali, che un tempo venivano additati come “incestuosi”, di vedersi riconosciuto lo *status filiationis* mediante la dichiarazione giudiziale di “paternità”.

La Corte Costituzionale<sup>25</sup>, anticipando l'intervento del legislatore, aveva del resto messo in luce come alla base della ricerca della paternità vi fosse “l'interesse del minore all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico”<sup>26</sup>.

È evidente come sia centrale per la crescita equilibrata della personalità del minore l'accertamento dello *status filiationis* quale garanzia imprescindibile della presenza dei genitori all'interno della vita del bambino.

La Costituzione, poi, al fine di attuare il diritto alla genitorialità non solo dal punto di vista formale ma anche sostanziale, con il comma 1 dell'art. 31 ha introdotto una norma programmatica che mediante elementi prescrittivi legittima lo Stato ad intervenire economicamente a sostegno delle famiglie, delegando poi al legislatore l'onere di identificare istituti giuridici appositi.

La dottrina sottolinea il carattere programmatico di tale disposizione definendola “una promessa costituzionale”<sup>27</sup>, mentre la Corte Costituzionale ribadisce come le istruzioni conferite dalla Carta rappresentino un “indirizzo di politica legislativa”<sup>28</sup>. Il Costituente richiama l'esempio della Costituzione francese. Sia la Carta francese del 1848 che il progetto del 1946, considerano la famiglia come “base della Repubblica” per cui la agevolano garantendole tutto ciò che le è necessario per la sua crescita.<sup>29</sup>

L'art. 31 della nostra Carta dei diritti, oltre a garantire una tutela effettiva alla formazione sociale familiare, assegna un’“autonoma rilevanza costituzionale” alla maternità, all'infanzia e alla gioventù.<sup>30</sup>

La salvaguardia dell'infanzia prevista in via generica al secondo comma dell'art. 31, trova il suo espletamento negli articoli seguenti, tra cui il 32 sul diritto alla salute, il 34 che disciplina

---

<sup>25</sup> Sentenze Corte Cost. 341/1990, 216/1997, 169/2004, *ivi*.

<sup>26</sup> BERGONZINI C., *Articolo 30 Costituzione*, in BARTOLE S. E BIN R., *Commentario breve*, 2008, 317

<sup>27</sup> D'ALOIA A. e IORFIDA A., *Articolo 31*, in BONILINI G. e CONFORTINI M., *Codice ipertestuale della famiglia*, 2009.

<sup>28</sup> Sentenza Corte Cost. 1/1956, *ivi*.

<sup>29</sup> BIONDI F., in *op. cit.*, 220.

<sup>30</sup> BERGONZINI C., *Articolo 31 Costituzione*, in BARTOLE S. E BIN R., *Commentario breve*, 2008, 317

il diritto all'istruzione e il 37 che garantisce alla lavoratrice di conciliare la sua vita professionale con la maternità, fornendo così un'assistenza concreta all'infante.

Il secondo comma dell'art. 31 costituisce un monito implicito al legislatore a formare istituti a sostegno della maternità e dell'infanzia. Per il primo aspetto, come affiora già dalle discussioni in Assemblea costituente, la norma si doveva prefiggere di salvaguardare da un lato la donna lavoratrice e dall'altro la salute e la condizione economica della madre dal concepimento fino all'adolescenza del figlio.<sup>31</sup>

La sentenza della Corte Costituzionale 1/1987, in tema di diritti di astensione facoltativa dal lavoro, ha sottolineato come la norma in questione tuteli il rapporto madre-figlio non solo durante la fase di gestazione ma anche in quella di crescita del bambino, per garantire "l'attiva ed assidua partecipazione [della madre] allo sviluppo fisico e psichico del figlio".<sup>32</sup>

Proprio per assicurare alla prole la costante presenza del genitore, la Consulta nella sentenza citata ha esteso il permesso di astensione dal lavoro anche al padre ma solo laddove "l'assistenza della madre sia resa impossibile a seguito della morte o del grave impedimento fisico della stessa".<sup>33</sup>

Si deve arrivare però all'anno 2000 perché il legislatore collochi finalmente i genitori su un piano di parità in tema di sostegno ai figli con l'introduzione del congedo parentale. In ambito lavorativo, con la Legge 8 marzo 2000, n. 53, "Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città" e il Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151, "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità"<sup>34</sup>, il ruolo paterno viene infatti equiparato a quello materno.

Fatta eccezione per il congedo parentale, che concerne la posizione lavorativa del genitore, in tutti gli altri ambiti la strada che ha portato a una piena parificazione dei ruoli genitoriali è stata lunga e frammentata.

Tanto il primo comma dell'art. 30 della Costituzione quanto il terzo comma dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, proclamata per la prima volta il 7 Dicembre del 2000<sup>35</sup>, contengono infatti una formulazione generica, priva di un esplicito principio di uguaglianza, dei genitori nei confronti della prole.

---

<sup>31</sup> BIONDI F., in *op. cit.*, 223.

<sup>32</sup> Sentenza Corte Cost. 1/1987, *ivi*.

<sup>33</sup> Sentenza Corte Cost. 1/1987, *ivi*.

<sup>34</sup> Consultabili presso <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>35</sup> Consultabile presso: <https://www.europarl.europa.eu>

La Carta comunitaria parla di diritto del minore a intrattenere relazioni “con i due genitori” mentre l’art. 30 afferma che “è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”.

Questa formula, nel nostro ordinamento ha lasciato spazio a esegesi differenti e discriminatorie. In realtà, un passo verso la parificazione, è stato compiuto già nel comma 2 dell’art. 29 della stessa Carta, laddove prevede “l’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi”. L’intento del Costituente è chiaramente quello di porre fine a una tradizione millenaria che concepiva la famiglia in una visione gerarchica al cui vertice sedeva il padre-marito.<sup>36</sup> Ciò ha permesso alla Consulta di pronunciarsi e di conseguenza censurare tutte le norme, introdotte precedentemente alla Costituzione, che ponevano in posizione preminente il padre di famiglia.<sup>37</sup>

Il giudice delle leggi, nelle sentenze 126/1968 e 147/1969, interpretando la norma parla di “piena parità con l’uomo nella partecipazione alla vita familiare”. In particolare, la sentenza 126/1968 della Corte Costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità del reato di adulterio, per contrasto con il comma 2 dell’art. 29 della Carta, ma allo stesso tempo ha previsto una deroga al principio d’uguaglianza, affermando che: “nel sancire [...] sia l’eguaglianza fra coniugi, sia l’unità familiare, la Costituzione proclama la prevalenza dell’unità sul principio di eguaglianza, ma solo se e quando un trattamento di parità tra i coniugi la ponga in pericolo”<sup>38</sup>.

La stessa Consulta ha però poi chiarito come i due principi di unità familiare e uguaglianza siano indissolubilmente connessi, dato che solo la parità fra i due coniugi può permettere una coesione familiare duratura.<sup>39</sup>

La Corte Costituzionale ha cominciato così una riforma<sup>40</sup> volta a eliminare ogni disposizione lesiva dell’uguaglianza giuridica dei coniugi, e ciò ha comportato una loro parificazione anche nei confronti dei diritti e doveri sui figli. Un processo che ha trovato il suo naturale sbocco prima nella Riforma del diritto di famiglia del 1975 e poi nella statuizione del principio di bigenitorialità del 2006.

La Legge del 19 Maggio 1975, n.151, Riforma del diritto di famiglia<sup>41</sup> dopo vari decenni attua finalmente quanto previsto dal dettato costituzionale agli articoli 29 e 30 della Costituzione. Il contenuto degli articoli era infatti rimasto lettera morta a causa delle norme del Codice Civile

---

<sup>36</sup> MANETTINI., *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Riv. dell’Ass. Ita. dei Costit.*, 2010, 00, 6.

<sup>37</sup> BIONDI F., in *op. cit.*, 214.

<sup>38</sup> Sentenza Corte Cost. 126/1968, *ivi*.

<sup>39</sup> BIONDI F., *Quale modello Costituzionale*, in GIUFFRÈ F. E NICOTRA I., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, 2014, 17 ss.

<sup>40</sup> V. in materia anche sentenze Corte Cost. 133/1970 e 91/1973, *ivi*.

<sup>41</sup> Legge 151/1975 consultabile presso <https://www.gazzettaufficiale.it>.

in materia di patria potestà del 1942 che entravano pienamente in contrasto con quanto disposto dalla Costituzione.<sup>42</sup> Fino al 1975, infatti, le disposizioni dell'ordinamento italiano parlavano del dovere del padre di famiglia di istruire, educare e tutelare moralmente e patrimonialmente la prole minorenni. Tanto che il testo dell'art. 316 del Codice Civile prima della modifica del 1975 recitava: "Il figlio è soggetto alla potestà genitoriale fino alla maggiore età o all'emancipazione. Questa potestà è esercitata dal padre. Dopo la morte del padre e negli altri casi stabiliti dalla legge essa è esercitata dalla madre".<sup>43</sup>

La Riforma del diritto di famiglia cambia radicalmente il quadro preesistente, estendendo la potestà genitoriale anche alla madre. Viene così abolita la figura del *pater familias*, di matrice romana e poi traslata nel capo famiglia di impronta fascista.

Da questo momento in poi, per ogni decisione sul processo educativo o di crescita dei figli, potranno esprimersi entrambi i genitori sui cui grava allo stesso modo la responsabilità genitoriale, a prescindere dallo stato di filiazione, che persa la sua importanza giuridico-sociale, lascia spazio al superiore interesse del bambino, ora principio-guida della disciplina minorile.<sup>44</sup> Grazie alla riforma del 1975 si è attuato ciò che le sentenze della Corte Costituzionale di fine anni '60<sup>45</sup> auspicavano: le disposizioni programmatiche a tutela dei principi di uguaglianza tra i coniugi e la parità tra i figli legittimi e naturali diventano finalmente norme precettive.

In particolare, la Legge del '75 agli articoli 122 e 123 del Codice Civile ha messo in rilievo l'intenzione consensuale di entrambi i coniugi al momento delle nozze e in attuazione dell'art. 29 della Costituzione ha parificato il ruolo della moglie a quello del marito all'interno della famiglia, introducendo con gli articoli dal 143 al 148 del Codice Civile lo statuto dei rapporti personali tra i coniugi.<sup>46</sup>

Sostituendo la disposizione dell'art. 143 del Codice Civile, la Legge del 1975 al primo comma ribadisce che: "con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono gli stessi doveri" e dopo aver enunciato una serie di obblighi dei coniugi derivanti dal vincolo matrimoniale, al terzo comma la disposizione prevede che entrambi debbano "contribuire ai bisogni della famiglia".

In seguito alla riforma non mutano però esclusivamente gli obblighi coniugali ma anche il contenuto di quella che all'epoca è ancora definita "potestà genitoriale" e cambia radicalmente

---

<sup>42</sup> SESTA M., op, 2021, 11.

<sup>43</sup> CURRERI S., *op. cit.*, 234

<sup>44</sup> SESTA M., op, 2021, 18 e ss.

<sup>45</sup> Sentenze 126/1968 e 147/1969, *ivi*.

<sup>46</sup> CENDON P., PENZA A., GIUSTI G., ROSSI R., ALBENGO P., *Commentario al Codice Civile, artt. 143 – 230 bis*, 2009, 1.

lo stato di figlio. Sia i genitori, in quanto consorti, che i figli sono chiamati a improntare la loro condotta nel modo migliore per espletare la propria individualità all'interno della famiglia.<sup>47</sup>

Alla base della famiglia *post* 1975 deve esserci “il reciproco rispetto della personalità, e il reciproco, positivo sostegno a sviluppare e svolgere la personalità, quali cardini giuridici del rapporto tra i membri della famiglia.”<sup>48</sup>

L'art. 147 del Codice Civile, come modificato nel 1975, in una versione che non si discosta più di tanto da quella attuale, ripropone il dettame dell'art. 30 della Costituzione, recitando: “Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli”.

Così come gli articoli dal 143 al 148 rappresentano la relazione tra i coniugi e i loro compiti all'interno della famiglia, gli articoli 147 e 148 disciplinano invece lo statuto fondamentale dei rapporti genitoriali.<sup>49</sup> Fino al Decreto Legislativo del 28 dicembre n.154 del 2013, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, gli articoli 147 e 148 riguardavano la potestà genitoriale esclusivamente nei confronti dei figli legittimi, ai figli naturali erano invece dedicati gli articoli 261, 277 e 279 del Codice Civile. Con il decreto in questione – di cui si parlerà più approfonditamente in seguito – viene abolito l'art. 261 del Codice civile concernente i diritti e i doveri derivanti dal genitore in seguito al riconoscimento del figlio, e sono modificati gli articoli 277 e 279 laddove prevedono espressamente la nozione di “figli naturali”.

La disposizione *ex art.* 147, ora diretto indiscriminatamente sia alla prole legittima che naturale, accentua da subito la nuova concezione del rapporto genitoriale e il legislatore si pone, in modo eclatante, nella prospettiva della salvaguardia degli interessi del figlio minore, a prescindere dal suo *status filiationis*. L'obiettivo è chiaro: il padre e la madre, mediante l'adempimento dei loro doveri, devono assolvere alla funzione di sostegno e incentivo dello sviluppo dell'individualità del bambino.

A favore di questa nuova nozione di responsabilità genitoriale si è espressa la giurisprudenza sin dagli anni successivi alla Riforma del 1975.

Il Tribunale dei Minori di Genova, per esempio, in una sentenza del 1978 afferma che: “l'incapacità del genitore, anche se incolpevole, di apprezzare i bisogni del figlio si risolve in un danno grave ed irreversibile della personalità del minore, bene che va tutelato in via preferenziale per il diritto prioritario del bambino alla retta formazione della sua personalità”<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> CENDON P., PENZA A., GIUSTI G., ROSSI R., ALBENGO P., *op. cit.*, 9.

<sup>48</sup> ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia volume 2*, 2002.

<sup>49</sup> CENDON P., PENZA A., GIUSTI G., ROSSI R., ALBENGO P., *op. cit.*, 175

<sup>50</sup> Tribunale dei Minorenni, Genova 5 dicembre 1978, *Riv. Giurisprudenza di Merito*, 1980, 305.

I genitori devono dunque adempiere ai loro obblighi in accordo con il preminente interesse del minore, per cui le sue predisposizioni, attitudini e ambizioni costituiscono le linee guida su cui improntare il percorso genitoriale.

Tra i doveri che l'art. 147 del Codice Civile allega al ruolo pedagogico vi è innanzitutto l'obbligo educativo.<sup>51</sup> La responsabilità tanto del padre quanto della madre di formare il minore deve però accordarsi con l'individualità del minore e con le decisioni che quest'ultimo ha la facoltà di prendere per indirizzare la propria esistenza.<sup>52</sup> Ovviamente, come esplicitato dalla giurisprudenza nel rapporto educativo, il peso da conferire alla volontà del minore varia a seconda della fascia d'età<sup>53</sup>.

I genitori per svolgere correttamente lo *ius educandi* devono assolvere al requisito di convivenza e vicinanza con la prole, la responsabilità genitoriale implica automaticamente tale condizione. Difatti, secondo l'art. 1 della legge sull'adozione: "il minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia", ulteriore garanzia in capo al figlio rispetto all'elenco dei diritti previsti dal Codice Civile.<sup>54</sup>

Oltre all'obbligo di educazione, l'art. 147 del Codice Civile prende ad esame anche l'obbligo di istruzione. In realtà già la stessa Carta italiana dei diritti fondamentali ripartisce tale compito tra Stato e famiglia, prevedendo all'art. 34 della Costituzione la garanzia del diritto di istruzione mediante la disposizione di edifici appositi. Lo Stato non si sostituisce ai genitori ma fornisce loro i mezzi per completare il percorso formativo del bambino.<sup>55</sup>

Per quanto riguarda infine il terzo dovere genitoriale derivante dall'art. 147, ovvero quello del mantenimento, occorre distinguerlo dal concetto di "alimenti" con cui viene frequentemente confuso. La dottrina ha individuato il discrimine tra i due termini nella condizione di "stato di bisogno" in cui versa colui che ha diritto agli alimenti. In tale situazione si trova chi, non detenendo un salario né un patrimonio, non ha i mezzi per provvedere ai basilari bisogni di vita.<sup>56</sup>

Il dovere del genitore di mantenere il figlio invece non solo non è circoscritto alle limitate esigenze di vita, ma sia la giurisprudenza che la dottrina ne hanno fornito un'interpretazione sempre più ampia, andando a ricomprendere anche le necessità al di fuori della sfera economica.

---

<sup>51</sup> CENDON P., PENZA A., GIUSTI G., ROSSI R., ALBENGO P., *op. cit.*, 176.

<sup>52</sup> CERATO, *Gestione della potestà genitoriale, I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Il Diritto privato nella giurisprudenza*, 2004, 825.

<sup>53</sup> Tribunale di Verona 18 febbraio 2000, *Riv. Giurisprudenza Italiana*, 2000, 1409.

<sup>54</sup> BIANCA C. M., *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Famiglia e Diritto Volume I*, 2006, 207.

<sup>55</sup> SESTA M., *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, 1999, 213

<sup>56</sup> BIANCA C. M., *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, 2001, 420.

La dottrina ha definito il concetto in più modi, come “(obbligo) volto a consentire al minore una crescita piena ed armoniosa con il tenore della vita familiare”<sup>57</sup>, oppure come “tutto ciò che appare necessario per un armonico sviluppo della persona”<sup>58</sup> e infine “tutto quanto appare necessario per dare al figlio una qualità di vita adeguata, comprese anche le spese di una comune vita di relazione, secondo il costume sociale in cui la famiglia vive”<sup>59</sup>.

La giurisprudenza con la sentenza del Tribunale di Cagliari del 1997 ha preso posizione a favore della natura non esclusivamente economica dell’onere, statuendo che comporti: “non solo esborsi economici, ma anche l’osservanza di tutti quei comportamenti ed attività che si rendano necessari per lo sviluppo psicofisico dei figli”<sup>60</sup>.

La responsabilità genitoriale può essere divisa in due componenti<sup>61</sup>: una esterna che riguarda il potere del padre e della madre di rappresentare la prole verso i terzi, e una interna che riguarda invece il legame affettivo instaurato con annessi diritti e doveri in capo al genitore. Il profilo interno si estrinseca nella serie di obblighi previsti dagli articoli 147 e 148 e 315 bis<sup>62</sup> del Codice Civile.

L’aspetto esterno della genitorialità, invece, si costituisce al momento in cui è riconosciuta ufficialmente a livello giuridico la maternità o la paternità. Questo profilo del rapporto genitoriale trova la sua *ratio* nell’incapacità giuridica del minore che necessita di qualcuno che ne faccia le veci e lo rappresenti verso i terzi. Tale potere è conferito al genitore, in accordo con quanto previsto dall’art. 320 del Codice Civile.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> DE CUPIS A., *Famiglia e diritto*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1983, 1115; CERATO M., *La potestà dei genitori, Il diritto privato oggi*, 2000, 109.

<sup>58</sup> CULOT D., *Il figlio naturale, Il diritto privato oggi*, 2004, 253.

<sup>59</sup> VERCELLONE P., *I rapporti genitori-figlio. I doveri di entrambi*, in *Trattato del diritto di famiglia* diretto da ZATTI, 2002, 953.

<sup>60</sup> Tribunale di Cagliari 13 Marzo 1997, *Riv. Regione sarda*, 2000, 99

<sup>61</sup> Tale tesi che suddivide in componenti la potestà genitoriale è stata fatta da PELOSI, *La patria potestà*, 1965, che individua il legame genitoriale quello relativo alla “funzione educativa con i poteri ad essa collegati” prevedendo come contenuto di tale rapporto sia da identificato nella prole e l’obbiettivo invece “nella formazione della sua personalità”, mentre il rapporto estero costituisca “la funzione sostitutiva del genitore con i poteri ad essa collegati” nei rapporti con i terzi e tutelando le esigenze che scaturiscono da questi, dato che la loro autonoma gestione non può essere esercitata dal figlio a causa della sua “immaturità”. Questa tesi non è stata abbracciata dalla dottrina prevalente di cui fanno parte: GIORGIANNI M., *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia, IV*, (a cura di) CIAN G., OPPO G. e TRABUCCHI A., 1992, 285; STANZIONE P., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 445, RUSCELLO F., *La potestà dei genitori, Rapporti personali. Articoli 315-319*, in *Il Codice civile Commentario*, 1996, 7.

<sup>62</sup> L’articolo 315 bis del Codice Civile, rubricato “Diritti e doveri del figlio”, afferma che: “Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni.

Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.

Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa”.

<sup>63</sup> L’articolo 320 del Codice Civile, rubricato “”, afferma che: “I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, rappresentano i figli nati e nascituri, fino alla maggiore età o all’emancipazione, in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i



Di conseguenza il padre o la madre che sia, può rispondere dei danni causati dalla prole ed essere chiamato a risarcirli in nome della *culpa in vigilando* ex art. 2048 del Codice Civile.

Appare evidente come alla *culpa in vigilando* sia intrinsecamente connessa quella *in educando*, dato che il genitore può andare esente da responsabilità solo laddove provi di non aver potuto impedire il fatto, il che fa sorgere in tutti gli altri casi una presunzione relativa di colpa per difetto di controllo ed educazione della prole.<sup>64</sup>

La Corte di Cassazione nel 1997 ha chiarito che per andare esente dalla responsabilità civile ex art. 2048 c.c. è necessario che: “sia stata impartita al figlio un’educazione normalmente sufficiente ad importare una corretta vita di relazione in rapporto al suo ambiente, alle sue abitudini, alla sua personalità”<sup>65</sup>.

L’art. 147 del Codice Civile è stato modificato poi con la riforma del diritto di famiglia operata dal Decreto Legislativo 154 del 2013, stessa riforma che ha introdotto per la prima volta nell’ordinamento il termine “responsabilità genitoriale”, sostituendolo a quello di potestà vigente dal 1975. La versione del precedente art. 147 non viene però stravolta dalla riforma del 2013, che anzi riprende la maggior parte dei doveri parentali dalla disposizione del 1975.

Di conseguenza oltre ai doveri di mantenimento, istruzione ed educazione, il legislatore del 2013 aggiunge anche il diritto del figlio a ricevere assistenza morale. Tale diritto, previsto anche nell’art. 315 bis del Codice Civile, viene interpretato da alcuni commentatori come diritto all’amore.<sup>66</sup>

Inizialmente le prime stesure della riforma del 2013 non menzionavano affatto l’assistenza morale ma parlavano del diritto del figlio ad essere amato dal padre e dalla madre. Questa versione non ha però visto la luce all’interno del nostro Codice Civile perché ciò che il diritto all’amore esprimeva non poteva essere interpretato ed applicato in ambito giuridico.

In seguito alla riforma attuata dal decreto 154 del 2013 e all’introduzione dell’art. 315 bis nel Codice Civile, si è acceso un dibattito dottrinale in merito alla residua funzionalità

---

contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore.

Si applicano, in caso di disaccordo o di esercizio difforme dalle decisioni concordate, le disposizioni dell’articolo 316 [...]”.

<sup>64</sup> V. al riguardo della *culpa in vigilando* ed *educandole* sentenze: Tribunale di Bolzano 18 gennaio 2001, *Riv. La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001, 732; Tribunale di Frosinone 12 giugno 2002, *Riv. Giurisprudenza Romana*, 2002, 385; Tribunale di Trani 28 maggio 2007, n. 60, [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it).

<sup>65</sup> Cassazione civile, Sez. III, 11 agosto 1997, n. 7459, *Riv. Giustizia Civile*, 1997, I, 2390.

Vedi anche in tal senso conformi, Cass. civ., Sez. III, 13 settembre 1996, n. 8263, *Studium Juris*, 1997, 80; Cass. civ., Sez. III, 25 marzo 1997, n. 2606, *Massimario della Giustizia Civile*, 1997, 452; Cass. civ., Sez. III, 29 maggio 2001, n. 7270, *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2002, II, 326. Da

ultimo, in tal senso: Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20322, *Massimario Giustizia Civile*, 2005, 7/8.

<sup>66</sup> PINELLI A. M., *I provvedimenti riguardo ai figli*, in BIANCA C. M., *La riforma della filiazione*, 2015.

dell'ormai datato art. 147. Ci sono due posizioni dottrinali opposte: la prima<sup>67</sup> sostiene che il decreto legislativo avrebbe dovuto abolire l'art. 147 del Codice Civile, perché ormai soppiantato dall'art. 315 bis, la seconda<sup>68</sup> puntualizza le differenze fra le due norme, considerandole dunque come complementari l'una all'altra.

Gli autori che ritengono necessaria l'abrogazione dell'art. 147 c.c. affermano che il nuovo art. 315 bis focalizza il concetto di responsabilità genitoriale sul rapporto biologico della filiazione, abolendo così il nesso responsabilità genitoriale – figli legittimi che ancora permaneva nell'art. 147 del Codice Civile pur dopo la riforma del 1975, laddove l'articolo parlava degli “obblighi dei coniugi” verso i figli. La disposizione *ex art.* 315 bis c.c., invece, parla ora più genericamente di “genitori”, riferendosi così non più unicamente a quelli legati dal vincolo matrimoniale.

La permanenza dell'art. 147 nel Codice Civile viene dunque considerata inaccettabile ed è “ormai inutile, fuorviante e datato” e sostiene la necessità di emendare la riforma della genitorialità da quelle che definisce “scorie e relitti del passato, spesso mummificati”<sup>69</sup>

Tale parte della dottrina considera superflua e ormai retaggio storico la presenza dell'art. 147 nel nostro Codice e si spinge a prevedere la sua abrogazione da parte del legislatore, cosa che però non è ancora avvenuta.

In accordo con questa tesi l'art. 315 bis, rubricato “Diritti e doveri del figlio”, travasa nella nuova disposizione parte del contenuto nell'art. 147 del Codice Civile, ovvero “il principio secondo il quale il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni”<sup>70</sup>, in questo modo svuotando di significato l'art. del 1975.

È stato poi posto in evidenza come la legge delega all'art. 2 lettera h<sup>71</sup> annunci la parificazione della responsabilità genitoriale tra i rapporti filiali legittimi e quelli naturali. Logica conseguenza sarebbe una riforma delle norme del Capo IV del Titolo VI del Codice, che riguarda “i diritti e doveri che nascono dal matrimonio”, in particolare dell'art. 147 che per eccellenza disciplina il rapporto genitori-figli.<sup>72</sup> L'autore afferma infatti che: “occorrerà coordinare la nuova disposizione con il precedente art. 147 che non ha più ragion d'essere”.

---

<sup>67</sup> LENTI L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *Riv. La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4, 2013, 202 e 207.

<sup>68</sup> BIANCA C.M., *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Riv. Giustizia civile*, 2013, 441.

<sup>69</sup> LENTI L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *Riv. La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4, 2013, 202 e 207.

<sup>70</sup> SESTA M., *L'unicità dello status di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Riv. Famiglia e dir.*, 2013, 236.

<sup>71</sup> Legge 10 dicembre 2012, n. 219 “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, *ivi*.

<sup>72</sup> FERRANDO G., *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Riv. Corriere giuridico*, 2013, 529.

Alla tesi appena esaminata se ne contrappone un'altra a cui il legislatore aderisce lasciando in vigore nel nostro ordinamento anche quanto disposto dall'art. 147 del Codice civile. La disposizione in questione infatti non costituisce solo una semplice applicazione del più ampio principio esplicitato dall'art. 315 bis. Per questa interpretazione, in aggiunta ai “rapporti verticali” tra i genitori e i figli, l'art. 147 estende tali doveri familiari – che trovano le loro origini dalla celebrazione del matrimonio – anche orizzontalmente nei confronti dell'altro coniuge.<sup>73</sup>

L'art. 147, lontano dall'essere considerato inutile, rafforza altresì le garanzie previste all'interno del rapporto genitoriale, disciplinando in particolare il caso dei genitori coniugati. Prevalendo quest'ultima tesi, gli articoli 147 e 148 perdono il loro ruolo di “statuto dei rapporti genitoriali” e vengono invece inglobati dallo “statuto dei rapporti tra i coniugi”, disciplinato dagli articoli precedenti, di cui la genitorialità costituisce un insieme di doveri riflesso.

La riforma del 2013 ha riunito all'interno del Titolo IX del Codice Civile rubricato “della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio” tutte le norme in tema di genitorialità e l'ha reso “il nuovo statuto dei rapporti genitoriali”.

In seguito agli emendamenti al codice effettuati sia dalla legge 219/2012 che dal decreto legislativo 154/2012, la salvaguardia dello *status* di figlio si esplica in tre indirizzi: *in primis* sono sanciti, con l'introduzione dell'art. 315 bis nel Codice Civile, diritti del figlio simmetrici agli obblighi genitoriali; in secondo luogo con la modifica dell'art. 147 c.c. si è aggiunto invece ai vari compiti del padre e della madre, il dovere di fornire assistenza morale alla prole<sup>74</sup>; in ultimo l'espressione “tenendo conto” della personalità del minore è stata trasformata con quella “nel rispetto” della stessa.<sup>75</sup>

La riforma del 2013 ha poi invertito, probabilmente in via involontaria, all'interno dell'art. 147 l'ordine dei doveri genitoriali previsti nella sua versione precedente e nell'art. 30 della Costituzione.

Il diritto all'istruzione viene infatti anteposto allo *ius educandi* e ciò a parere della dottrina non può che costituire un errore dovuto alla disattenzione del legislatore durante la modifica dell'art. 147 c.c., perché la successione dei doveri nella versione precedente della disposizione sull'impronta dell'art. 30 della Costituzione riproduceva la loro graduale importanza.<sup>76</sup>

A conferma di ciò nell'art. 315 bis c.c. viene conservato l'ordine conferito dalla Costituzione ai doveri genitoriali e si ritrovano, rispettivamente, l'obbligo di mantenimento, educazione ed istruzione della prole.

---

<sup>73</sup> V. anche DI ROSA G., *Commentario del Codice Civile, Della famiglia (da art.231 a 455)*, 2018, 555.

<sup>74</sup> V. al riguardo Cap I pag. 14.

<sup>75</sup> DI ROSA G., *Commentario del Codice Civile*, 2018, 616.

<sup>76</sup> SESTA M., *ivi*, 236.

L'art. 315 bis, specularmente al 147, espande la protezione offerta dall'ordinamento alla prole, tanto che la norma è stata definita dalla dottrina "lo statuto dei diritti del figlio".<sup>77</sup> La disposizione, oltre ad applicare quanto previsto dall'articolo precedente in tema di unicità di *status filiationis*<sup>78</sup>, contiene una serie di diritti e garanzie a favore del figlio e cerca di realizzare quanto previsto all'art. 2 della Costituzione, ovvero l'espletamento della personalità del minore mediante il sostegno della formazione sociale in cui si trova: la famiglia.

Rispetto a quanto previsto in tema di responsabilità genitoriale dalla riforma del '75 che affiancava in via specularmente ai doveri del padre e della madre i diritti dei figli, i nuovi articoli del Titolo IX del Codice Civile tutelano il minore a prescindere dalla soggezione ai genitori, favorendo "gli interessi essenziali della persona nel tempo della sua crescita e della sua formazione"<sup>79</sup>.

Del primo comma dell'art. 315 bis c.c. si è già parlato per quanto concerne la sua funzione integrativa rispetto al dispositivo dell'art. 147 c.c.<sup>80</sup>

Nei commi successivi della disposizione si esplica la portata totalmente innovativa della riforma del 2013. Al comma 2 viene introdotto nel Codice Civile ciò che in precedenza era disciplinato esclusivamente dalla legge sull'adozione, ovvero il diritto del minore di crescere e dunque realizzare la propria individualità all'interno della famiglia.<sup>81</sup> La naturale conseguenza è che l'adozione, l'allontanamento o l'affidamento<sup>82</sup> del bambino delineano istituti d'*extrema ratio* volti a rimediare a condizioni d'abbandono del minore<sup>83</sup>.

Il diritto del bambino a vivere all'interno della sua famiglia di provenienza nella fase più delicata della sua crescita, del resto, è tutelato da molteplici fonti dell'ordinamento italiano. Basti citare quanto disposto dal Decreto Legislativo del 25 Luglio 1998, n. 286 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello

---

<sup>77</sup> DI ROSA G., *Commentario del Codice Civile, Della famiglia (da art.231 a 455)*, 2018, 555.

<sup>78</sup> L'articolo 315 introdotto con la legge 219/2012, rubricato "Stato giuridico della filiazione", prevede che: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico".

<sup>79</sup> BIANCA C.M., *Diritto civile, II, La famiglia*, 2017, 363.

<sup>80</sup> Pag. 17-18 Cap. I.

<sup>81</sup> Art. 1, 1° co., l. n. 184/1983, come modificato dalla l. n. 149/2001. Sulle novità introdotte dalla riforma del 2001, v., in particolare, DOGLIOTTI, *La riforma dell'adozione*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2001, 247 ss.; BIANCA C.M., *La revisione normativa dell'adozione*, in *Riv. Famiglia*, 2001, 525 ss.; ROSSI CARLEO, *La nuova legge sul diritto del minore alla famiglia: i traguardi mancati*, in *Riv. Famiglia*, 2001, 533 ss.

<sup>82</sup> In tema di affidamento dei minori, cfr., su tutti, AMAGLIANI, *Affidamento del minore*, in TOMMASINI, *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, 2003, 145 ss.

<sup>83</sup> Osserva TOMMASINI, *L'idoneità affettiva nell'adozione in casi particolari*, in *Id.*, *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, cit., 67, che «l'ordinamento giuridico tende a perseguire una soluzione ottimale; in sede di procreazione naturale (o artificiale) il soggetto si trova genitori che hanno caratteristiche segnate dal destino ed il sistema interviene quando la famiglia di origine non offre alcuna garanzia e si manifestano fenomeni irreversibili di abbandono e di inidoneità; in sede di adozione il legislatore disegna un percorso garantista ab origine sia sotto il profilo economico che delle capacità intrinseche dei genitori che intendono adottare».

Confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità: Cass., 26.5.2014, n. 11758, in *Riv. Diritto e giustizia*, 27.5.2014. In senso conforme, Cass. 21.9.2000, n. 12491, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2001, 45 ss.

straniero”<sup>84</sup>, che al terzo comma dell’art. 31 prevede che: “il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell’età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l’ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico”.

Il giudice di legittimità in una sentenza del 2001 sottolinea come tale permesso di carattere eccezionale possa essere accordato: “solo per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell’età e delle condizioni di salute del minore”<sup>85</sup>.

Il diritto di crescere all’interno del nucleo familiare, a differenza dei diritti garantiti al primo comma dell’art. 315 bis c.c., è però limitato al raggiungimento della maggiore età.<sup>86</sup>

A conferma di ciò, l’art. 318 del c.c. prevede il divieto di abbandono della residenza familiare fino al compimento del diciottesimo anno. Il legislatore con tale disposizione ha abbracciato quanto sostenuto dalla dottrina circa la differente soglia di applicabilità dei due commi del 315-bis: mentre il primo implica i doveri genitoriali da cui il padre e la madre non si potranno esimere neanche dopo la maturità del figlio, il secondo si esaurisce alla soglia della maggiore età. Alcuni autori hanno altresì evidenziato che “il diritto di crescere in famiglia, ma anche quello di intrattenere rapporti significativi con i parenti non possono non svuotarsi di contenuto quando il figlio sia divenuto maggiorenne, perché essi sono allora sostituiti dalla capacità di autodeterminazione che il figlio ha ormai conseguito”<sup>87</sup>.

Il comma due dell’art. 315-bis disciplina anche il diritto del figlio di mantenere una relazione affettiva con gli altri parenti e come specificato poi dal primo comma dell’art. 337-ter<sup>88</sup>, ciò vale tanto per gli ascendenti e i discendenti di linea paterna, quanto per quelli materni.<sup>89</sup> Mediante questa disposizione, la riforma rende lampante la fondamentale importanza che queste figure rivestono nella fase di sviluppo del bambino.

Il legislatore ha poi previsto, in senso inverso, all’art. 317-bis del Codice civile, il diritto dei parenti ad instaurare in modo continuo una relazione affettiva con i nipoti minorenni.<sup>90</sup>

---

<sup>84</sup> Decreto Legislativo del 25 Luglio 1998, n. 286 “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, consultabile presso <https://www.camera.it/>.

<sup>85</sup> Cass., 17.9.2001, n. 11624, in *Riv. Giustizia Civile Massimario*, 2001, 1662 ss.

<sup>86</sup> DI ROSA G., *Commentario del Codice Civile, Della famiglia (da art.231 a 455)*, 2018, 566.

<sup>87</sup> SIRENA, *Il diritto del figlio minorenne di crescere in famiglia*, in BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, 2015, 123.

<sup>88</sup> L’articolo 337-ter, rubricato “Provvedimenti riguardo ai figli”, al primo comma sancisce che: “conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con in parenti di ciascun ramo genitoriale”.

<sup>89</sup> Riguardo il diritto a coltivare e custodire le relazioni parentali, esso trova le sue radici soprattutto nelle norme che disciplinano l’affidamento condiviso, previste dalla Legge 8 febbraio 2006, n.54, “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”. Consultabile presso: <https://www.camera.it> .

<sup>90</sup> DANOVI, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l’attuazione della delega sul versante processuale: l’ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2014, 535 ss.

La rinnovata attenzione che la legge del 2013 ripone sulla personalità del figlio e sulla sua importanza all'interno del rapporto genitoriale emerge a pieno nel comma 3 dell'art. 315-bis, che disciplina il diritto di ascolto del minore<sup>91</sup> come il mezzo con cui dare voce al bambino, in modo tale da realizzare quanto già previsto nel diritto comunitario come “*best interest of the child*”<sup>92</sup> (di cui si parlerà più approfonditamente in seguito).

Con l'introduzione di questo diritto ci si allontana dalla cesura netta fra capacità e incapacità segnata dal conseguimento della maggiore età del figlio e viene invece riconosciuta la sua volontà a seconda del suo grado di discernimento.

Il diritto all'ascolto, va detto, non viene introdotto *ex novo* nel nostro Codice. Già prima della Riforma vigevano delle formulazioni al riguardo tanto nel nostro ordinamento che all'interno del diritto internazionale<sup>93</sup>, dove giova l'enunciato della Convenzione sui diritti del

---

<sup>91</sup> Sull'ascolto del minore, v. BONAFINE A.L., *Su alcuni profili processuali dell'ascolto del minore*, in *Riv. diritto processuale*, 4-5, 2017, 1000 ss.; BITONTI I., *Perenne attualità dell'istituto dell'ascolto del minore*, in *Riv. trimestrale diritto e procedura civile*, 3, 2017, 1069 ss.; PESCE R., *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 3, 2015, 252 ss.; DANOVİ F., *L'ascolto del minore nel processo civile*, in *Riv. Diritto e famiglia*, 4, 2014, 1592 ss.; CASABURI G., *L'ascolto del minore tra criticità processuali ed effettività della tutela*, in *Riv. Corriere di merito*, 2012, 32 ss., spec. 40; ATTADEMO L., *L'audizione finalizzata all'ascolto del minore. Evoluzione normativa e limiti all'obbligatorietà*, in *Riv. Corriere di merito*, 2012, 657 ss.; CAMPESE G., *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2011, 958 ss., spec. 965 ss. Cfr. inoltre, sull'audizione del minore, TAVAN L. A., *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi: da dovere del giudice a diritto del figlio*, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 2014, 295 ss.; PAPARO B., *L'ascolto del minore non è solo un dovere del giudice ma un diritto soggettivo del figlio*, in *Riv. Corriere di merito*, 2013, 619 ss.; DI MARZIO F., *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Riv. Diritto e famiglia*, 2011, 366 ss.; QUERZOLA L., *L'ascolto del minore nel processo civile, tra diritto di libertà, mezzo di istruzione e strumento di partecipazione*, in *Riv. trimestrale diritto e procedura civile*, 2008, 1341 ss.; BRIENZA M., *L'ascolto del minore: la prospettiva del giudice*, in *Riv. Legalità e giust.*, 2006, 242 ss.; RUO M. G., *L'audizione del minore nei procedimenti che lo riguardano: la prospettiva della difesa*, *ivi*, 2006, 248 ss.; MARTINELLI P., MAZZA GALANTI F., *L'ascolto del minore*, in DOGLIOTTI M., *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, 2008. GRAZIOSI A., il quale afferma “ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo”, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2010, 372, in cui l'A. evidenzia che «il fondamento costituzionale dell'obbligo di ascoltare il minore nel processo, e perciò anche delle norme (cogenti) che lo prescrivono nel nostro ordinamento, non va ravvisato tanto nella temuta violazione del principio del contraddittorio (salvo intenderlo nel senso generico di facoltà di interloquire), quanto nell'art. 2 Cost. che, nel garantire e riconoscere “i diritti inviolabili dell'uomo”, oggi, dopo le dichiarazioni solenni e vincolanti contenute nella Convenzione O.N.U. di New York sui diritti del fanciullo e nella Convenzione di Strasburgo del 1996, abbraccia certamente anche il diritto di ogni “persona” minore di età, ma capace di discernimento, di far sentire la propria voce, e di esprimere la propria opinione, affinché se ne tenga conto, in ogni procedimento giudiziario in cui si discutono questioni che la riguardano».

<sup>92</sup> Cfr. CORAPI G., *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3, 2017, 777 ss.; RECINTO G., *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne “adultocentriche” e scelte apparentemente “minorecentriche” della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 12, I, 2017, 3669 ss.; LENTI L., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. diritto civile*, 1, 2016, 86 ss.; *Id.*, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Riv. Nuova giur. comm.*, 1, 2016, 148 ss.; QUADRI E., *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Riv. Famiglia e dir.*, 1999, 80 ss.

<sup>93</sup> Al riguardo v. soprattutto la Convenzione dell'Aja del 1970 e del 1980, rispettivamente: “*Convenzione europea relativa al rimpatrio dei minori*” (L'Aja, 28.5.1970) e “*Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione di un minore a carattere internazionale*” (L'Aja, 25.10.1980).

È altresì rilevante in materia la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980: “*Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento*”.

fanciullo<sup>94</sup>, firmata il 20 novembre 1989 a New York.<sup>95</sup> All'art. 1258 della Convenzione è espressamente previsto che “gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa [...] tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità”, specificando che “a tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale”.

I paesi ratificanti la Convenzione assumono di conseguenza l'onere di garantire tale diritto, ovviamente prendendo in considerazione l'età e le effettive capacità del bambino in questione. Anche la “Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori”<sup>96</sup>, emanata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25.1.1996 e ratificata dall'Italia con la Legge 20.3.2003, n. 77, garantisce il diritto d'ascolto seppur definendolo in un'accezione differente. La Convenzione comprende in tale diritto anche la messa a disposizione per il figlio di tutte le informazioni che possono consentirgli di decidere coscientemente, ampliando di fatto la portata del diritto, definito dalla dottrina come “ascolto-informato”<sup>97</sup>. Tale diritto sancito nel nostro ordinamento

---

Tali Convenzioni sono state ratificate e rese esecutive dal nostro legislatore con la l. 15 gennaio 1994, n. 64, con la quale è stata ratificata, altresì, la “*Convenzione sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori*” (L'Aja, 5.10.1961), che ad ogni modo non contiene, a differenza delle altre, alcuna previsione in ordine ad una possibile audizione del minore.

Per un commento sulle Convenzioni in questione, cfr., in particolare, LIUZZI A., *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2001, 675 ss.; CANNONE A., *L'interesse del fanciullo nelle Convenzioni internazionali dell'Aja*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto*, Studi in onore di Capotorti, 1999, 548 ss.; DOSI G., *Le Convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 1997, 390 ss.; CARELLA G., *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Riv. Diritto internazionale privato e procedura*, 1994, 777 ss. *Sulla sottrazione internazionale di minori*, cfr., specificamente, DANOVÌ F., *Sottrazione internazionale dei minori e conflitti di giurisdizione*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2000, 1149 ss.; CIVININI M. G., *Sottrazione internazionale di minori e legittimazione nel procedimento di rimpatrio*, *ivi*, 2000, 377 ss.; DE MARZO G., *Sottrazione internazionale dei minori e convenzioni applicabili*, *ivi*, 1998, 533 ss.; SALZANO A., *Il concetto di residenza abituale e la procedura di ascolto del minore nella Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori*, in *Diritto di famiglia*, 1996, 652 ss.; *Id.*, *La sottrazione internazionale dei minori*, 1995, *passim*; VERRUCCI V., *La sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori*, in *Riv. Giustizia civile*, 1995, 531 ss.; più di recente, MARTINI I., *Sottrazione internazionale di minori e mancata audizione del fanciullo in tenera età*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2014, 152 ss.

<sup>94</sup> Consultabile presso <https://www.camera.it/>

<sup>95</sup> Cfr., in particolare: SAULLE M. R., *L'elaborazione della Convenzione sui diritti dei bambini e degli adolescenti: excursus storico, campo d'azione, scopo e oggetto*, in Citarrella, ZANGHÌ C., *Il diritto d'ascolto del minore*, 2009, 17 ss.; RONFANI P., *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei “nuovi” diritti dei minori*, in *Riv. Sociologia del diritto*, 1, 2001, 67 ss.; RE P., *La tutela dei bambini: dieci anni di convenzione ONU in Italia*, 1999; DELL'ANTONIO A., *La convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato della sua attuazione in Italia*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1997, 246 ss.; BEGHÈ LORETI A., *La tutela internazionale sui diritti del fanciullo*, 1995; LONGOBARDO T., *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1991, 370 ss.

<sup>96</sup> Si tratta di un atto la cui genesi è rinvenibile nella Raccomandazione n. 1121/1990, relativa ai diritti dei minori, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 1° febbraio 1990.

<sup>97</sup> GRASSO A., *La partecipazione dei minori nei procedimenti amministrativi e giudiziari: il diritto all'ascolto*, 149.

al comma 3 dell'art. 315-bis è previsto per il figlio ultradodicesimo (o per quello più piccolo se già maturo) in tutte le vicende che lo interessino.

L'ambito applicativo della norma non è limitato ai procedimenti giudiziari che possono avvenire in fasi patologiche dei rapporti familiari<sup>98</sup>, quale il divorzio, ma anche e soprattutto nelle vicende che intercorrono quotidianamente fra i singoli membri della famiglia, definendo così un limite e un obbligo al potere genitoriale.

Alla luce di queste formulazioni appare evidente come il Decreto Legislativo n. 154 del 2013, modificando l'art. 147 c.c. cerchi di abbracciare questa nuova prospettiva della genitorialità, adattandola all'interesse del figlio di cui ora non si deve solo "tener conto", come nella versione precedente dell'articolo, ma si debba operare "nel rispetto" della volontà del minore.

È chiaro come la *ratio* dell'ascolto del figlio sia *in primis* educativa, poiché solo tenendo in debito conto la sua individualità e volontà si può impartire una corretta istruzione ed educazione.<sup>99</sup>

Se il termine "responsabilità genitoriale" compare nel nostro ordinamento con l'art. 316 della Riforma del 2013, va detto che lo si trova già enunciato nel Regolamento comunitario numero 2201 del 27 novembre 2003<sup>100</sup>, che si è sostituito al precedente n.1374 del 29 maggio 2000<sup>101</sup>. All'art. 2 n. 7, il citato Regolamento ne fornisce una definizione<sup>102</sup> prevedendo che vi rientrino "diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita."

In Italia si dovrà però attendere il 2013 con un decreto legislativo che finalizza quanto la Riforma del diritto di famiglia si era preposta già nel 1975. Il Decreto in chiave di cesura rispetto alla concezione di rapporto genitoriale basato sulla soggezione del figlio, sostituisce finalmente al termine potestà genitoriale<sup>103</sup> quello di responsabilità, così dimostrando anche da

---

<sup>98</sup> V. VIRGADAMO P., *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Riv. il Diritto di famiglia*, 2014, 1656 ss.

<sup>99</sup> LONGOBUCCO F., *Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi*, in *Riv. Diritto e famiglia*, 2014, 1642 ss.

<sup>100</sup> V. Regolamento 2201 del 27 novembre 2003, riguardante il "riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento n. 1347/2000", *ivi*.

<sup>101</sup> Regolamento 1374 del 29 maggio 2000 sulla "competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi".

<sup>102</sup> Sul fronte del diritto comparato v. ATTENNI C., *La responsabilità genitoriale in Portogallo*, in *Riv. Minori giustizia*, 2008, 200; MICALI M., *La responsabilità genitoriale in Lussemburgo*, *ivi*, 2008, 204; PARISI R., *La responsabilità genitoriale in Grecia*, *ivi*, 2008, 208; Id., *La responsabilità genitoriale in Belgio*, *ivi*, 2008, 213; BONIFAZI P., *Il sistema di responsabilità parentale nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. Minori giustizia*, 2008, 194.

<sup>103</sup> RUSCELLO F., *Potestà dei genitori versus responsabilità*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it); GORASSINI A., *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in *Filiazione, Commento al decreto attuativo*. Quanto disciplinato dal D. lgs. 28.12.2013 n. 154, 2014, 94, il quale osserva che l'art. 315 bis c.c., specularmente alla



un punto di vista lessicale questa differente visione della famiglia che, cominciata a germinare nella Costituzione e sviluppatasi con la Riforma del 1975, raggiunge il suo apice 154/2013.<sup>104</sup> Nonostante ciò, parte della dottrina<sup>105</sup> ha insistito nel sottolineare come l'utilizzo di un termine differente non implicasse in via automatica un nuovo significato di genitorialità.

L'art. 316 sebbene rubricato "responsabilità genitoriale", nel suo dispositivo non sembra dare una risposta esauriente alle osservazioni espresse dalla Consulta nella sentenza 31/2012<sup>106</sup>, in cui si sottolineava l'esigenza di una definizione univoca del concetto di potestà genitoriale. La scelta di non definire in via unitaria il concetto all'interno di una norma apposita, risponde all'esigenza di non delimitare il suo significato all'interno di una prescrizione statica che gli avrebbe impedito di evolversi con i cambiamenti socio-culturali.<sup>107</sup>

Per comprendere a pieno la portata del termine bisogna quindi considerare il complesso delle norme del titolo IX, che ora è intitolato "responsabilità genitoriale e ai diritti e doveri del figlio".

La responsabilità genitoriale in accordo con il quadro normativo delineato, sorge al momento del concepimento e costituisce un insieme di diritti e doveri volti a soddisfare gli interessi della prole.<sup>108</sup>

In accordo con quanto previsto dall'art. 30 della Costituzione, la disposizione codicistica sulla responsabilità genitoriale, la attribuisce ad "entrambi i genitori" che dovranno farne uso "di comune accordo" fissando congiuntamente i principi educativi su cui basare la formazione del bambino. Nel caso in cui i genitori si scontrino detenendo visioni contrastanti, l'art. 316 c.c. dispone una composizione del conflitto tramite l'ausilio giudiziario.<sup>109</sup>

La condizione genitoriale disegnata dalla Riforma del 2013 e dall'introduzione dell'art. 315 nel Codice Civile che ha disciplinato l'unicità dello stato di figlio, muta.

---

posizione genitoriale, individua i diritti ed i doveri del figlio enucleando nei primi tre commi i diritti e solo nell'ultimo i doveri, "con una proporzionalità di quote assiologiche palesemente asimmetrica". DEL GIUDICE A., *La filiazione prima e dopo la riforma*, in *Riv. Diritto famiglia e delle persone*, 1, 2014, 339; DE FILIPPIS B., *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2013, 295 ss.; SALANITRO U., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Riv. Corriere giuridico*, 2014, 540.

<sup>104</sup> DI ROSA G., *Commentario del Codice Civile, Della famiglia (da art.231 a 455)*, 2018, 614.

<sup>105</sup> Rappresentata in *primis* da TROIANO S., *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (prima parte)*, in *Riv. Studium Iuris*, 2015, 277.

<sup>106</sup> Sentenza della Corte Costituzionale 31/2012, presso <https://www.cortecostituzionale.it>.

La sentenza spiega come dal combinato disposto tra la formulazione dell'articolo 147 c.c. (nella versione precedente alla riforma del 2013) e l'articolo 30 Cost. "si evince il nucleo di detta potestà, che si collega all'obbligo dei genitori di assicurare ai figli un completo percorso educativo, garantendo loro il benessere, la salute e la crescita anche spirituali, secondo le possibilità economiche dei genitori stessi". Ancora oggi, quella fornita dalla Consulta resta l'unica definizione del concetto di responsabilità genitoriale.

<sup>107</sup> La stessa relazione illustrativa alla riforma, afferma che la nozione di responsabilità non viene peraltro definita, sì da renderla adattabile ai mutamenti della realtà sociale.

<sup>108</sup> CARBONE V., *L'obbligo dei genitori di educare e mantenere i figli è connesso esclusivamente al fatto della procreazione*, in *Riv. Danno e responsabilità*, 2014, 858.

<sup>109</sup> SESTA M., *La composizione dei conflitti familiari nell'esperienza italiana*, in *Riv. trimestrale diritti e procedura civile*, 2005, 578.

Quale che sia il rapporto giuridico che lega i coniugi e la presenza o meno di una famiglia stabile, tanto la madre quanto il padre devono adempiere agli obblighi loro imposti dalle norme di fonte legislativa, indifferentemente dall'età della prole e dal tipo di relazione tra il padre e la madre.

Difatti il principio della bigenitorialità non tiene conto dello *status filiationis* e di quello dei genitori, sicché titolare della responsabilità può essere, in accordo con quanto previsto dal comma 4 dell'art. 316, anche il genitore non coniugato.<sup>110</sup>

Persino il padre o la madre non convivente è gravato dagli oneri della responsabilità genitoriale, purché però, abbia riconosciuto il figlio.<sup>111</sup> Il caso in cui uno solo dei genitori sia responsabile del figlio, costituisce un'eccezione alla regola dovuta per esempio al fatto che solo quest'ultimo abbia riconosciuto il bambino.

La Consulta<sup>112</sup>, del resto, già prima dell'introduzione dell'art. 316 nel Codice civile aveva sancito che la responsabilità genitoriale non dovesse essere condizionata dalla natura del rapporto tra la madre e il padre, ma derivasse automaticamente dalla procreazione.

Di conseguenza con la Riforma del 2013 viene non solo innovato il modo di intendere il rapporto di filiazione, ma più in generale il concetto di famiglia che assume un significato a prescindere dalla celebrazione del matrimonio.

## **2. Il principio di parità genitoriale.**

Secondo quanto disposto dall'art. 316 del Codice Civile, titolari della responsabilità genitoriale sono sia il padre che la madre.

Tuttavia non è sempre stato così.

La Legge che per prima ha affrontato la questione è stata quella dell'8 febbraio 2006 n. 54 "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli"<sup>113</sup>, che

---

<sup>110</sup> Dogliotti M., *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2014, 480 ss.; DE MARZO G., *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali*, in *Foro it.*, 2013, 14.

<sup>111</sup> Significativa l'analisi di SESTA M., *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2015, 1009, il quale evidenzia che alla luce dell'unicità dello stato di filiazione proclamato dal novellato art. 315 c.c., nonché a seguito dell'abrogazione del contenuto dell'art. 317 bis c.c., la responsabilità genitoriale si atteggia unitariamente, indipendentemente da ogni relazione giuridica o di fatto sussistente tra i genitori, i quali, in linea di principio, saranno sempre congiuntamente titolari di essa; ALMUREDEN E., *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2014, 466, che sostiene che "trova soluzione quell'incertezza interpretativa che si era posta successivamente all'entrata in vigore della l. n. 54/2006, relativa alla persistente vigenza della regola (art. 317 bis c.c.) secondo cui nella famiglia di fatto la potestà spettava ad entrambi i genitori solo se entrambi avevano effettuato il riconoscimento ed avevano formato tra loro un'unione fondata sulla convivenza".

<sup>112</sup> Sentenza Corte Cost. 394/2005, consultabile presso <https://www.giurcost.org>.

<sup>113</sup> Legge numero 54 del 2006 consultabile presso <https://www.gazzettaufficiale.it>.

ha previsto una normativa analoga per la separazione, il divorzio e la nullità del vincolo coniugale.<sup>114</sup>

Per fare ciò il Parlamento ha preposto la relazione tra genitori e figli alla volontà dei coniugi di separarsi, prediligendo l'affidamento congiunto rispetto a quello esclusivo.<sup>115</sup>

Solo laddove la custodia congiunta dei figli vada a ledere l'interesse del bambino, il giudice con provvedimento motivato adotta l'affidamento esclusivo, che dunque diventa l'*extrema ratio*.<sup>116</sup> Come ha sottolineato la giurisprudenza<sup>117</sup> l'affidamento condiviso altro non è che una "paritaria condivisione del ruolo genitoriale".

A parere di parte della dottrina<sup>118</sup>, la riforma semplicemente pone per iscritto quanto già contenuto in via implicita nell'ordinamento e affermato costantemente ad opera della giurisprudenza.

---

<sup>114</sup> SESTA M., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2006, 377.

<sup>115</sup> Il principio per cui l'affidamento condiviso costituisce oggi la regola e l'affidamento esclusivo l'eccezione è pacifico in dottrina e giurisprudenza.

BIANCA C.M., BIANCA M., *Istituzioni di diritto privato*, 2014, 764 e ss.; SCHLESINGER P., *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Riv. Corriere giuridico*, 2006, 302; PATTI S., *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 301; QUADRI E., *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Riv. Famiglia*, 2006, 400; BALESTRA L., *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Riv. Famiglia*, 2006, 656 e ss.; RUSCELLO F., *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, in *Riv. Famiglia*, 2006, 631 e 644 e ss.; FERRANDO G., *L'affidamento dei figli*, in *La separazione personale dei coniugi* a cura di FERRANDO G., LENTIL., in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* diretto da ALPA G., PATTI S., 2011, 266; GIACOBBE G., *Affidamento condiviso e esclusivo*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI P., 2011, 1740; MARINI A., *La separazione personale dei coniugi*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI N, RESCIGNO., P., 2009, 287; ROSSI CARLEO L., CARICATO C., *La separazione e il divorzio*, in *La crisi familiare* a cura di AULETTA T., in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE M., *Il diritto di famiglia*, 2013, 364; SESTA M., *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di SESTA M., ARCERI A., in *Nuova giurisprudenza di diritto civile commentata*, 2012, 10 e ss.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 19 maggio 2011, n. 11068, in *Foro it.*, 2012, I, 204; Cass., ord., 7 dicembre 2010, n. 24841, in *Riv. Giustizia civile*, 2011, I, 2061; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, 599, con nota di CARICATO C., *Affidamento esclusivo per inidoneità alla responsabilità genitoriale, consistente (anche) nell'inadempimento agli obblighi di mantenimento*.

<sup>116</sup> MANERA G., *Sul contenuto dell'affido esclusivo e sulle sue differenze dall'affido condiviso dopo l'entrata in vigore della Novella n. 54 del 2006*, in *Riv. Diritto e famiglia*, 2009, 224; PASCUCCI L., *Conflittualità coniugale, affidamento e potestà: come garantire il principio di bigenitorialità?*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2009, 16

<sup>117</sup> Vedi in materia sentenze: App. Bologna, 8 gennaio 2007, n. 36; Trib. Messina, 18 luglio 2006; Cass., 18 agosto 2006, n. 18187, PADALINO C., *La giurisprudenza sull'affidamento condiviso*, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 20/10/2007.

<sup>118</sup> D'AVACK L., *L'affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Riv. Famiglia*, 2006, 612 e ss.; SESTA M., *La nuova disciplina*, *cit.*, 5 e ss., il quale osserva che, benché l'affidamento esclusivo, prima della riforma del 2006, fosse la regola, "l'abrogato art. 155 c.c., nello stabilire che il giudice dichiarasse a quale dei coniugi i figli sono affidati, prevedeva comunque la possibilità di adottare ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa e, quindi, di disporre diversamente con riguardo all'esercizio esclusivo della potestà, così sicuramente consentendo forme di affidamento ad entrambi i genitori".

Cfr. pure QUADRI E., *Affidamento dei figli*, *cit.*, 404, secondo il quale "non si può fare a meno di rilevare come la nuova formulazione abbia una portata sostanziale meno eversiva di quanto potrebbe a prima vista pensarsi. È essenziale ricordare, cioè, come già gli artt. 155, 3° comma, c.c. e 6, 4° comma, legge sul divorzio non solo prevedessero l'eventualità di un regime della potestà diverso dal suo esercizio esclusivo da parte dell'affidatario, ma riconoscessero, soprattutto, ad entrambi i genitori, almeno in linea di principio, una potestà congiunta in ordine alle decisioni di maggiore interesse per i figli".

Al contrario, la Legge del 2006 è stata fondamentale per abbandonare, nelle situazioni patologiche del rapporto tra i coniugi-genitori, la regola *ex art.155 c.c.* della custodia esclusiva<sup>119</sup> che si basava sulla convinzione che la migliore tutela degli interessi del bambino potesse avvenire solo affidandolo al genitore ritenuto dall'ordinamento più idoneo a detenere la responsabilità genitoriale.<sup>120</sup>

Il risultato di ciò spesso aveva come conseguenza una posizione preminente del soggetto affidatario sia sul minore, totalmente soggetto alla sua autorità, sia sull'altro genitore non affidatario, che rimaneva “quasi relegato sullo sfondo e, quindi, indebolito nel suo ruolo educativo, conservando, di fatto, una ingerenza limitata nella vita del figlio, in più casi soggetta ai veti imposti dal genitore affidatario, sovente alimentato da motivi di astio ed intenti di ritorsione inerenti al fallimento del rapporto di coppia”<sup>121</sup>

In seguito ai cambiamenti giuridici adottati dalla Legge 54/2006, nelle fasi di crisi coniugale la prole ha diritto di preservare una relazione con entrambi i genitori, principio che viene ribadito nel 2013 nel Decreto Legislativo 154 con l'introduzione dell'art. 337 ter, primo comma, c.c. che sancisce “un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi”.

La bigenitorialità costituisce di conseguenza un principio dell'ordinamento ma *in primis* un diritto soggettivo in capo al figlio.<sup>122</sup>

---

L'art. 6, secondo comma, legge sul divorzio, come novellato nel 1987, ammetteva inoltre la possibilità di un affidamento congiunto o alternato. La giurisprudenza ha tuttavia interpretato restrittivamente la norma, applicandola eccezionalmente, presumibilmente per la “tendenza dei nostri Tribunali a richiedere il presupposto dell'intesa dei genitori: presupposto difficilmente riscontrabile nei procedimenti di separazione e divorzio dove prevale un clima di reciproca animosità” (BIANCA C.M., *La nuova disciplina, cit.*, 677).

L'autore in questione sperava, invece, un'ampia applicazione della norma ritenendo non giustificate le critiche contro l'affidamento congiunto: “Non può infatti escludersi in via assoluta che l'interesse dei minori, di cui il Tribunale deve tenere conto “anche in relazione all'età degli stessi”, lo spirito di collaborazione mostrato dai genitori e le circostanze del caso” rendano preferibile una soluzione che superi la logica dell'affidamento esclusivo ad uno dei genitori (BIANCA C.M., *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, 2001, 213).

Anche secondo SESTA M., *La nuova disciplina, cit.*, 6 e ss., l'affidamento congiunto «ha svolto... un ruolo residuale nell'esperienza giudiziale, la sua concreta applicazione essendo rimessa al ricorrere di rigidi presupposti, quali l'accordo dei genitori nel richiederlo, l'assenza tra loro di conflittualità, la sussistenza di stili di vita omogenei, la vicinanza delle rispettive abitazioni: presupposti il cui positivo riscontro è stato, per lo più, limitato ad una minoranza delle sole separazioni consensuali».

<sup>119</sup> L'art. 155, comma 1, c.c., nel testo precedente alla riforma sull'affidamento condiviso, stabiliva che “il giudice che pronuncia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa”.

<sup>120</sup> SESTA M., *La nuova disciplina, cit.*, 7; SCHLESINGER P., *L'affidamento condiviso, cit.*, 302.

<sup>121</sup> SESTA M., *La nuova disciplina, cit.*, 7 e ss.; QUADRI E., *Affidamento dei figli, cit.*, 400, secondo il quale “con la nuova legge... il legislatore sembra intenzionato a portare a compimento il processo di superamento della tradizionale concezione improntata all'ottica della gestione, a seguito della crisi familiare, del rapporto con i figli da parte di uno dei genitori e di controllo da parte dell'altro: ottica atta solo a perpetuare nel tempo quella conflittualità iniziale, che l'affidamento all'uno o all'altro dei genitori si è da sempre dimostrato tale da innescare e accentuare, piuttosto che evitare e smorzare”.

<sup>122</sup> Per la configurazione del diritto alla bigenitorialità quale diritto soggettivo spettante al minore, cfr. SCHLESINGER P., *L'affidamento condiviso, cit.*, 302; QUADRI E., *Affidamento dei figli, cit.*, 401; BALESTRA L., *Brevi notazioni, cit.*, 655; MANTOVANI M., *Commento all'art. 155 c.c.*, in *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, in *Riv. Nuove leggi civili commentate*, 2008, 100.

Al fine di garantire il pari apporto genitoriale nello sviluppo e crescita del figlio, ai genitori deve essere consentito in egual modo di trascorrerci del tempo e partecipare alla sua formazione<sup>123</sup>, anche nei casi di divorzio tra due titolari di pari doveri e diritti che dovranno continuare ad esercitare congiuntamente.<sup>124</sup>

La dottrina<sup>125</sup> ha infatti affermato che le scelte personali dei genitori circa il loro rapporto coniugale non possono interferire con il diritto del figlio a conservare una relazione affettiva tanto con il padre quanto con la madre. A prescindere dallo *status* in cui si trovano i genitori, insomma, la famiglia deve essere preservata.

Già a partire dalla Riforma del '75 il nucleo familiare non fonda più le sue radici esclusivamente nel matrimonio, quanto piuttosto nell'idoneità dei genitori di continuare a svolgere il proprio ruolo. L'autore Sesta sottolinea poi, come la bigenitorialità, proprio per la sua indipendenza dallo *status* giuridico del rapporto tra i genitori, non viene meno nel momento

---

Secondo SESTA M., *La nuova disciplina, cit.*, 12, "la bigenitorialità non costituisce una legittima rivendicazione del genitore, bensì un diritto soggettivo del minore, da collocarsi nell'ambito dei diritti della personalità, al quale assicurare la più ampia attuazione".

<sup>123</sup> BIANCA C.M., *La nuova disciplina, cit.*, 678, secondo il quale la figura dell'affidamento condiviso "pone i genitori nella condizione di gestire a pari titolo il rapporto di vita con i figli e di realizzare la finalità, indicata dalla nuova legge, di garantire ai figli minori il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi (art. 155, comma 1, c.c. nuovo testo)".

È proprio l'equilibrata frequentazione dei minori che distingue l'affidamento condiviso dall'affidamento esclusivo, in cui si devono riconoscere al genitore non affidatario tempi sufficientemente ampi e significativi di frequenza del minore. Cfr., in tal senso, AULETTA T., *Commento agli artt. 155/155 sexies c.c.*, in *Commentario del codice civile*, dir. da GABRIELLI E., 2010, 711.

Al riguardo prendono posizione anche ROSSI CARLEO L., *Introduzione, in Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155-155 sexies c.c.*, a cura di PATTI S., ROSSI CARLEO L., in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO F., 2010, 5; BALLARANI G., *Commento all'art. 155 c.c.*, in *Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155-155 sexies c.c.*, a cura di PATTI S., ROSSI CARLEO L., *cit.*, 22 e ss.; FERRANDO G., *L'affidamento dei figli, cit.*, 267.

<sup>124</sup> Patti S., Rilevi introduttivi, in *L'affidamento condiviso*, a cura di Patti S., Rossi Carleo L., 2006, 8.

Osserva FERRANDO G., *L'affidamento dei figli, cit.*, 278, che "si vuole far sì che, nonostante la separazione, entrambi i genitori conservino la possibilità di seguire i figli, accompagnarli nel loro percorso di crescita, guidarli e indirizzarli nelle loro scelte esistenziali".

Ad avviso di ROSSI CARLEO L., CARICATO C., *La separazione e il divorzio, cit.*, 351, "l'elasticità della formula dell'interesse del minore... indica in positivo, cioè come programma da realizzare, la necessità di un effettivo superamento della fase patologica del conflitto, mirando a costruire una rinnovata fisiologia del rapporto, che conservi, nell'interesse del minore e nei limiti del possibile, l'apporto personale di entrambi i genitori".

Cfr. anche ROSSI CARLEO L., *Introduzione, cit.*, 2, secondo la quale l'affidamento condiviso "impone che il rapporto genitori (o meglio genitore) figlio resti immune dalle vicende che possono travolgere il rapporto tra i genitori: al figlio deve essere garantita, essenzialmente, la continuità dei rapporti affettivi e, nei limiti del possibile, anche di alcuni rapporti di ordine materiale, quale quello di continuare a vivere nella casa familiare, le cui implicazioni vanno al di là del profilo meramente economico... l'interesse del figlio rappresenta quindi il simbolo della permanenza della famiglia anche nella fragilità delle relazioni fra i genitori. Ne discende che la famiglia... manifesta... la continuità del suo essere nel diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori".

Si veda anche QUADRI E., *Affidamento dei figli, cit.*, 400, secondo il quale "Lungi dall'imporre ai separati una sorta di indesiderabile perpetuazione della relazione coniugale (o paraconiugale), il legislatore demanda al loro responsabile impegno come genitori la prosecuzione di un rapporto veramente paritario con i figli".

<sup>125</sup> SESTA M., *La nuova disciplina, cit.*, 12.

della separazione o del divorzio tra i coniugi che “non possono non continuare a relazionarsi tra loro per l’assolvimento degli irrinunciabili compiti di cura dei figli”.<sup>126</sup>

Lo stesso art. 30 della Costituzione<sup>127</sup>, congiuntamente con la norma 147 del Codice Civile, fa derivare dalla procreazione l’imprescindibile diritto di entrambi i genitori a crescere la prole.<sup>128</sup>

Nonostante i precetti costituzionali, la stessa Consulta fino a tempi recenti, ha interpretato meno rigidamente il principio dell’uguaglianza dei genitori rispetto a quanto abbia fatto con l’art. 29 della Costituzione riguardo la parità tra i coniugi.

E in questo senso, seppure la Riforma del 2006 abbia segnato un decisivo passo in avanti introducendo il concetto di bigenitorialità anche se disciplinato principalmente per i casi di separazione e di divorzio, la necessità di attuare il principio di parità genitoriale è divenuta sempre più pregnante anche nelle ipotesi non patologiche del nucleo familiare.

Il Decreto Legislativo 154 del 2013 risponde in parte a queste esigenze, rivisitando le norme sulla genitorialità e riscrivendole alla luce dell’interesse del minore.

Proprio l’art. 315 bis, quale “statuto dei diritti del minore”, sancendo il diritto all’ascolto e quello a crescere in famiglia, potenzia il diritto alla bigenitorialità e rafforza il principio della custodia condivisa che permette al padre e alla madre di intervenire allo stesso modo nella vita del figlio e di coltivare paritariamente una relazione con esso.

La Riforma del diritto di famiglia del 2013 sostituisce nel Codice Civile agli articoli 155 e 155 bis i nuovi articoli 337 ter e 337 quater, i quali ripropongono il principio di bigenitorialità e fondano le loro radici nell’interesse del bambino.

In particolare l’art. 337 ter afferma che: “La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all’istruzione, all’educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice.”

In sostanza l’articolo ripropone il primo comma dell’art. 316 c.c., in particolare il principio di responsabilità congiunta condotta per “comune accordo”.

La bigenitorialità se da un lato applica il dettato normativo dell’art. 29 della Costituzione in materia di uguaglianza tra i coniugi, dall’altro trova il suo obiettivo più pregnante nella tutela dell’interesse del bambino.

---

<sup>126</sup> SESTA M., *La nuova disciplina*, cit., 12.

<sup>127</sup> BIANCA C.M., *La revisione normativa dell’adozione*, cit., 526, secondo il quale sussiste “il diritto fondamentale dei genitori di crescere i propri figli (già espresso nella Costituzione dall’art. 30, 2° comma)”; AULETTA T., *Commento*, cit., 672 e ss.

<sup>128</sup> BIANCA C. M., *La riforma della filiazione*, 697, 2015.

La regola della consensualità prevede la ponderazione e il vaglio da parte di entrambi i genitori delle scelte in merito alla vita del figlio<sup>129</sup> e solo qualora sia impossibile comporre il disaccordo necessita l'intromissione giudiziaria.<sup>130</sup>

Sebbene le decisioni dei genitori debbano ispirarsi al principio della consensualità, non possono essere prese nel loro esclusivo interesse ma piuttosto in accordo con quello del figlio<sup>131</sup>, rappresentando l'azione genitoriale l'espletamento di un insieme di doveri<sup>132</sup> volti a rispondere alle necessità della prole.

Automatica conseguenza di ciò è che nessuno dei due genitori potrà prevalere sull'altro né assumere una condotta passiva, loro onere è invece quello di cooperare per adottare la decisione più idonea alle necessità del figlio.

Come ha puntualizzato parte della dottrina<sup>133</sup>, all'interno del nucleo familiare non c'è posto "per transazioni e neppure per rinunzie, le quali presuppongono che si tratti di materia disponibile".

L'unica eccezione al principio della bigenitorialità, oltre a quella del caso di decadenza o sospensione genitoriale di cui si parlerà, viene ora prevista dall'art. 337 quater che riprendendo quanto disposto dal precedente art. 155 bis, riguarda i casi in cui il giudice può concedere l'affidamento esclusivo. Un'eccezione mitigata comunque dall'ordinamento italiano che, grazie prima alla riforma del 2006 e poi a quella del 2013, garantisce al bambino quanto aveva già affermato la Convenzione di New York del 1989<sup>134</sup> sui diritti del fanciullo.

La Convenzione al comma 3 dell'art. 9 afferma infatti: "il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti

---

<sup>129</sup> COSTANZA M., *Il governo della famiglia nella legge di riforma*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1976, 1882; MOSCARINI L. V., *Parità coniugale e governo della famiglia*, 1974, 83; PERLINGIERI P., *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di PERLINGIERI P., 1982, 14; ALAGNA S., *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 1985, 868; GORASSINI A., *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, 1994, passim; TOMMASINI R., *I rapporti personali tra i coniugi*, in Tratt. BESSONE M., *Il diritto di famiglia*, 1999, 113.

<sup>130</sup> MONTECCHIARI T., *La potestà dei genitori*, 2006, passim; RUSCELLO F., *La potestà dei genitori*, cit., 146, afferma che il principio dell'accordo nell'esercizio della potestà rappresenta l'attuazione dell'indirizzo generale della vita familiare, già concordato ai sensi dell'art. 144 c.c.

<sup>131</sup> Di ufficio di diritto privato parlano, PELOSI A. C., *La patria potestà*, cit., 58; CICCARELLO S., *Patria potestà*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, 1982, 258; FERRI L., *Della potestà dei genitori*, cit., 31; BUCCIANTE A., *La patria potestà nei suoi profili attuali*, 1971, 65. I doveri dei genitori sono funzionalizzati alla promozione della personalità del figlio, RUSCELLO F., *La funzione educativa: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Riv. Rassegna di diritto civile*, 1988, 416; BUCCIANTE A., *La potestà dei genitori*, cit., 486: l'interesse del minore costituisce il punto di attrazione per la ricostruzione dogmatica.

<sup>132</sup> CAMPAGNA L., *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, cit., 32: i poteri che la legge attribuisce al genitore nei confronti del figlio e dei terzi "trovano il loro presupposto immediato proprio nei doveri che la stessa legge impone al genitore di curare gli interessi del figlio". Si tratta di poteri attribuiti unicamente quale mezzo per l'adempimento di determinati doveri.

<sup>133</sup> FERRI L., *Della potestà dei genitori*, cit., 31.

<sup>134</sup> La Convenzione di New York del 1989 è stata poi ratificata dall'Italia mediante la Legge del 27 maggio 1991, n.176, "Ratifica della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989", consultabile su: <https://www.camera.it>.

diretti con entrambi i suoi genitori a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo”.

La responsabilità genitoriale, secondo il vincolo internazionale di natura pattizia, deve essere dunque sempre intesa implicitamente come bigenitorialità, in accordo con quanto previsto dalla stessa Convenzione anche all'art. 18: “entrambi i genitori hanno una responsabilità per quanto riguarda l'educazione del fanciullo ed il provvedere al suo sviluppo. La responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo incombe innanzitutto ai genitori”.<sup>135</sup>

Anche dalle due norme internazionali emerge il principio di parità genitoriale, parlando queste di “entrambi i genitori”. Viene così sottolineato, come sia nel “superiore interesse del fanciullo” essere cresciuto tanto dal padre quanto dalla madre. In ogni caso, anche quando sia oggetto di affidamento esclusivo.

### **3. Perdita della responsabilità genitoriale**

La responsabilità genitoriale in qualità di dovere personale non può essere pretesa mediante esecuzione forzata, costituendo questa un'obbligazione di *facere* non fungibile.

Questo però non la rende automaticamente una sorta di obbligazione naturale, tanto è vero che in accordo con quanto previsto dal Codice Civile sono comunque esperibili dei rimedi, basti guardare gli articoli 330 e 333 c.c., riguardanti rispettivamente la decadenza dalla responsabilità genitoriale e l'allontanamento del genitore per condotta pregiudizievole verso i figli; tali istituti posti a tutela dell'interesse della prole limitano o arrivano addirittura a revocare la responsabilità genitoriale.<sup>136</sup>

La Legge 219 del 2012 a tali previsioni ha poi aggiunto l'art. 448 bis c.c. che fa venir meno per il figlio l'obbligo di conferire gli alimenti al padre o alla madre qualora questi siano stati dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale.<sup>137</sup>

Quindi, nonostante il nostro ordinamento preveda il fondamentale diritto del minore alla garanzia di una famiglia in cui entrambi i genitori debbano partecipare attivamente alla crescita e formazione, in casi estremi ed eccezionali questo legittimamente può venir meno quando ci sia un possibile pregiudizio derivante da genitori inadeguati. Ciò è previsto in via generica dal comma 2 dell'art. 30 della Costituzione, che tramite una disposizione di carattere

---

<sup>135</sup> Per approfondimenti vedi: *Audizione presso la Commissione di Giustizia del Senato del 27 Settembre 2011*, osservazioni di FERRANDO G., Professore ordinario di Diritto Privato presso l'Università di Genova.

<sup>136</sup> DI ROSA G., *Della famiglia (articoli 231-455)*, 2018, 616.

<sup>137</sup> Vedi al riguardo: PARADISO M., *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, in *Riv. Leggi civili commentate*, 2013, 558; CINQUE M., *Profili successori nella riforma della filiazione*, in *Riv. Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 664 ss.; OLIVIERO F., *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, in *Riv. Diritto civile*, 2014, 42 ss.



programmatico afferma che “Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”.

Ad attuare quanto disposto dalla delega di carattere costituzionale sono gli articoli 330 e 333 del Codice Civile che disciplinano in concreto i casi in cui la responsabilità genitoriale debba essere revocata o limitata qualora i titolari non siano più in grado di accudire adeguatamente la prole.

L’art. 330 del Codice, così come riformato nel 2013, prevede la decadenza, qualora il padre o la madre violino o trascurino il loro dovere o abusino dei relativi poteri causando un danno di rilevante entità al figlio.

La disposizione dell’art. 333 del Codice Civile riguarda, invece, il caso in cui il genitore abbia posto in essere una condotta pregiudizievole per il figlio, ma di minor disvalore rispetto ai casi di decadenza genitoriale *ex art. 330 c.c.*, per cui il giudice discrezionalmente adotta provvedimenti nei confronti del genitore meno gravosi rispetto a quelli ablativi della decadenza genitoriale.<sup>138</sup>

La decadenza genitoriale *ex art. 330 c.c.* costituisce di conseguenza un’*extrema ratio*, adottata solo laddove la relazione genitore-figlio risulti irrisolubilmente compromessa con “grave pregiudizio” per la prole. Proprio questa infatti risulta la condizione necessaria per adottare il provvedimento, in quanto non basta una semplice violazione degli oneri o un eccesso di potere genitoriale.<sup>139</sup> In virtù del preminente interesse del minore, è però sufficiente anche solo un pericolo concreto di “grave pregiudizio”, non essendo necessaria la sua effettiva attuazione. Qualora infatti, ragionando *a contrario* l’applicazione della misura richiedesse come presupposto il realizzarsi del danno in capo al minore, verrebbe meno la *ratio* stessa della norma volta alla salvaguardia del figlio. A conferma di quest’interpretazione, l’art. 332 permette il ripristino della responsabilità genitoriale solo qualora non vi sia per il minore il pericolo di subire un pregiudizio.<sup>140</sup>

Risultano dunque evidenti le ragioni per le quali la dottrina<sup>141</sup> ha definito il provvedimento del giudice di adozione della misura come un atto preventivo, volto a impedire successivi danni in capo al minore o aggravamenti di quelli derivanti dalle azioni precedenti.

---

<sup>138</sup> DI ROSA G., *Della famiglia (articoli 231-455)*, 2018, 878.

<sup>139</sup> VERCELLONE P., *La potestà di genitori*, in *Tratt. ZATTI P.*, 2002, 1043, afferma che il pregiudizio segna anche il limite di intervento dell’autorità giudiziaria, per cui una certa condotta che in astratto può essere contraria ai principi in materia di potestà, non giustifica l’intervento del giudice se non sia riscontrabile in concreto un pregiudizio per il minore.

<sup>140</sup> SESTA M., *La potestà dei genitori*, in *Tratt. BESSONE M.*, *Il diritto di famiglia*, 1999, 248.

<sup>141</sup> RUSCELLO F., *op. cit.*, 183.

È poi ininfluenza l'elemento psicologico del genitore nel momento in cui ha con la sua condotta arrecato il pregiudizio al figlio.<sup>142</sup> Anche la giurisprudenza ha ribadito più volte come il dolo o la colpa del genitore non rilevi dato che il provvedimento in questione non risponde ad un'esigenza punitiva dell'ordinamento, quanto piuttosto alla tutela dell'interesse del minore.<sup>143</sup>

In origine sia la decadenza genitoriale che l'art. ex 333 c.c. sull'allontanamento del genitore erano previsti come provvedimenti sanzionatori.<sup>144</sup> Da questa visione discendeva che per attuare l'istituto ex 330 c.c. fosse necessaria una condotta connotata da dolo o da colpa grave, mentre al contrario qualora fosse priva dell'elemento psicologico il giudice poteva applicare solo il provvedimento disposto dall'art. 333 c.c.<sup>145</sup> La dottrina invece sosteneva che il discrimine tra i due istituti fosse costituito dalla gravità dell'atto o da quella dei danni causati al figlio.<sup>146</sup>

In realtà ciò che emerge oggi dalle disposizioni è che la differenza fra quanto disposto nel caso della decadenza genitoriale e quanto invece previsto per l'ipotesi meno grave ex 333 c.c. non riguarda né l'elemento del dolo o della colpa né tantomeno la gravità del comportamento genitoriale. La linea di demarcazione tra i due istituti è nel danno provocato al figlio che, mentre per l'art. 330 c.c. deve raggiungere un'entità tale per cui si possa parlare di "grave pregiudizio", nel caso dell'art. 333 c.c. è sufficiente che sia un'offesa "comunque pregiudizievole".<sup>147</sup>

Per compiere tale procedimento che discrimini tra i due provvedimenti, è rilevante non tanto l'elemento qualitativo del danno per il minore, quanto piuttosto la sua ingenza, quale elemento quantitativo. Perché il genitore venga dichiarato decaduto dal proprio ruolo è necessario che il pregiudizio per il figlio sia irrimediabile così da privare di senso ogni possibile provvedimento d'integrazione della responsabilità genitoriale.

Ulteriore differenza fra i due istituti consiste anche nella tipologia di condotta del genitore: per l'art. 330 c.c. è previsto un comportamento specifico di "violazione o trascuratezza

---

<sup>142</sup> BRESCIA A., 13.2.1999, in *Riv. Nuova giurisprudenza commentata*, 2000, 204; PERUGIA A., 27.2.1997, in *Riv. Rassegna giurisprudenza umbra*, 1997, 382, che sottolineano come gli istituti disposti dagli articoli 330 e 333 c.c. possano essere applicati anche laddove sia venuto alla luce solamente la possibilità di una lesione per il bambino, a prescindere dal fatto che la madre o il padre abbiano posto in essere condotte con dolo, quindi con la consapevolezza di arrecargli un danno. Ciò al fine di prevenire fin dove lecito ogni lesione in capo al minore anche laddove non si sia già verificato ma possa semplicemente verificarsi.

<sup>143</sup> Cass., 20.4.1990, n. 3307; T. Milano, 17.7.1974, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1975, 537; T. Perugia, 16.6.1978, in *Riv. Giurisprudenza di Merito*, 1981, 355; T. Torino, 20.7.1982, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1982, 979; T. Bari, 17.1.2007, in *Riv. Guida al diritto*, *Riv. Minori e Giustizia*, 2007, 8, 16, il quale ha dichiarato che il modello genitoriale criminale, che si estrinsechi nell'adesione a canoni illeciti di tipo mafioso sia fonte di gravi pregiudizi morali e materiali per la prole.

<sup>144</sup> GIARDINA F., *Art. 330 c.c.*, in P. CENDON, *Commentario al codice civile*, 1991, 658.

<sup>145</sup> Cass., 7.11.1985, n. 5408, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 1986, 1025.

<sup>146</sup> FINOCCHIARO A., FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia*, 1984, 2191; Trib. min. Salerno, 21.3.2002, in *Riv. Nuovo diritto*, 2002, 99.

<sup>147</sup> COSSU C., *Potestà dei genitori*, in *Digesto civile*, 1996, 126; MONTECCHIARI T., *La potestà dei genitori*, 2006, 300.

dei doveri o abuso di poteri genitoriali”, per l’art. 333 c.c. si utilizza più genericamente l’espressione “condotta comunque pregiudizievole al figlio”.<sup>148</sup>

La discrezionalità del giudice nell’adottare l’uno o l’altro strumento ha la funzione di tutelare al meglio il bambino mediante la misura più idonea alle sue esigenze, in più la possibilità di applicare un istituto ablativo quale la decadenza genitoriale, esercita altresì una funzione deterrente per il genitore.

A dimostrazione di ciò numerose pronunce hanno visto i giudici adottare misure quali quella ex art. 333 c.c. con l’ammonimento di ricorrere al ben più grave provvedimento di decadenza genitoriale qualora il soggetto non avesse rispettato il dettame giudiziale.<sup>149</sup>

Passando ora all’analisi dei requisiti della decadenza, questi consistono in quella che secondo il tenore letterale della norma costituisce una “violazione o trascuratezza dei doveri genitoriali o un abuso dei poteri”.<sup>150</sup>

La condotta omissiva costituita dalla trascuratezza dei doveri genitoriali, in realtà può coincidere nella violazione degli stessi, dato che consiste in una violazione di un obbligo di *facere*.<sup>151</sup>

Quanto al concetto di abuso della funzione genitoriale, questo è invece volto a “sottolineare con forza come ogni uso della potestà non finalizzato alle esigenze del minore può essere sanzionato”<sup>152</sup>

Tra gli effetti della decadenza rientra innanzitutto l’interruzione di ogni mansione genitoriale, salvo quella di mantenimento che rappresenta un obbligo a sé. In aggiunta, il genitore perde ogni diritto nei confronti del figlio, mentre rimangono in vigore gli obblighi non inerenti con la condotta che ha motivato la decadenza.

Nonostante parte della dottrina sostenga una tesi in senso contrario<sup>153</sup>, la responsabilità genitoriale può essere reintegrata con apposita pronuncia giudiziale che determina il ripristino di tutti i diritti e doveri che erano venuti meno con il provvedimento.

---

<sup>148</sup> TOMMASEO F., *Sulla tutela dei diritti del minore nell’azione dei suoi rappresentanti*, in *Riv. Studium iuris*, 2016, 1134. RUSCELLO F., *op. cit.*, 185.

<sup>149</sup> LA ROSA E., *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in TOMMASINI R., *La responsabilità civile nel terzo millennio*, Torino, 2011, 373.

<sup>150</sup> SANTONI S., *Decadenza dalla potestà genitoriale e comportamenti omissivi*, in *Riv. Foro toscano*, 2007, 38.

<sup>151</sup> TORINO A., 14.7.1988, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1988, 1681, evidenzia che è necessaria la violazione o la trascuratezza dei doveri, ovvero l’abuso dei poteri, inerenti alla potestà parentale con grave pregiudizio per il minore, mentre sono perciò irrilevanti la circostanza che il genitore conviva con persona al figlio non gradita, l’allegazione di motivi burocratici connessi col progettato trasferimento del genitore in altra città, l’asserito stato di invalidità parziale di quest’ultimo, o l’accordo circa la decadenza intervenuto tra le parti interessate.

<sup>152</sup> MORO, *Minori in difficoltà, famiglia e interventi di tutela*, in *Bambino incompiuto*, 1989, 5, sottolinea che la potestà deve svolgersi tenendo conto in via primaria delle necessità del figlio anziché delle aspettative genitoriali.

<sup>153</sup> PELOSI, *Della potestà dei genitori*, in CIAN G., OPPO G., TRABUCCHI A., *Commentario diritto italiano della famiglia*, 1992, 404.

Alla decadenza può conseguire anche l'allontanamento dalla casa familiare, istituto che l'art. 37 della Legge 28 marzo 2001, n.149, “*Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n.184, recante la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*”<sup>154</sup> ha previsto anche nel caso di genitore o convivente responsabili dei reati di maltrattamento o abuso minorile. Il meccanismo in esame va utilizzato quando il diritto del minore di “crescere in famiglia”, sancito dall'art. 315 bis c.c., viene meno in quanto non più nel suo interesse, dato che ciò potrebbe comportare degli ostacoli nel suo sano processo di formazione.<sup>155</sup>

L'istituto della decadenza genitoriale è multidisciplinare, interessa infatti anche il Codice Penale che all'art. 34 prevede le due misure della sospensione e della decadenza. La prima consiste nella privazione temporanea<sup>156</sup> dei diritti del detenuto nei confronti della prole, la seconda ha carattere perpetuo.<sup>157</sup> Le misure del Codice Civile sono a tal punto intrecciate con quelle del diritto penale che la Legge 154 del 2013 ha modificato anche il testo dell'art. 34 del Codice Penale laddove si parlava ancora di “potestà genitoriale” e non di “responsabilità”.<sup>158</sup> La *ratio* dei due provvedimenti è analoga a quella del Codice Civile: ovvero la tutela del minore da un genitore non idoneo a svolgere il suo ruolo. A variare sono i presupposti: nel Codice Civile, infatti, non è prevista come condizione la consumazione di reati, mentre in accordo con il dettame dell'art. 34 del Codice Penale l'aver commesso un reato è condizione necessaria ma non sufficiente. Perché venga assegnata la pena accessoria della decadenza o sospensione domiciliare è indispensabile che nei confronti del reato commesso dal genitore sia intervenuta una sentenza di condanna definitiva.

---

<sup>154</sup> Consultabile presso: <https://www.camera.it>.

<sup>155</sup> MILANO T., 17.3.2018, n. 3081, in *Riv. Ifamiliarista.it*, 21.8.2018, con nota di CAINERI M., *Affidamento del minore ai servizi sociali per un tempo predeterminato: presupposti e finalità*, secondo il quale, nell'ipotesi di inidoneità di entrambe le figure genitoriali, il tribunale, può disporre l'affidamento del minore ai servizi sociali per un tempo determinato: Trib. min. Napoli, 4.3.1978, in *Riv. Foro it.*, 1978, 1974: in situazioni di rilevante conflitto il giudice può disporre l'urgente e provvisorio allontanamento del minore, provvedendo per il suo immediato ricovero, o l'affidamento a terzi; Trib. min. Palermo, 18.12.1986, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1987, 700, con riguardo a situazioni di esasperata conflittualità che avevano determinato anche il venir meno della necessaria armonia tra gli stessi minori, ha ordinato l'affidamento ad un consultorio pubblico al fine di ristabilire un positivo rapporto; Trib. min. Trento, 18.2.1993, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1994, 206, con nota di NAPPI G., ha affermato che “qualora la separazione personale dei coniugi sia caratterizzata da un'accesa conflittualità delle parti, assai pregiudizievole al normale stabile equilibrio psicologico ed affettivo della prole, il tribunale per i minorenni ha competenza esclusiva a disporre l'allontanamento immediato di essa dal genitore cui era stata affidata e la sua collocazione in affidamento presso la nonna materna, che per i minori, fin dalla nascita, ha costituito un costante, fondamentale referente pedagogico ed affettivo”.

<sup>156</sup> Se la sospensione della responsabilità genitoriale è disposta dal giudice in accordo con l'articolo 32 comma 3 del Codice Penale, la durata è pari a quella della pena principale, se invece la pena accessoria viene irrogata per un reato commesso con l'abuso dei poteri genitoriali, la sospensione della responsabilità genitoriale consisterà nel doppio della pena principale.

<sup>157</sup> DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice Penale Commentato, Tomo I, Articoli 1-313*, 2015, 472.

<sup>158</sup> DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice Penale Commentato, Tomo I, Articoli 1-313*, 2015, 470

La misura prevista dal Codice Penale si distingue in due casi: può avvenire in via automatica o a discrezione giudiziale.

Nei delitti in cui lo stato di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante - tra questi reati rientrano l'art. 564 del Codice Penale che riguarda l'incesto compiuto dal genitore, i reati di violenza sessuale<sup>159</sup> - interviene in modo automatico come pena accessoria. L'automaticità della decadenza qui è giustificata dal danno diretto che essi arrecano alla prole.

Anche in caso di condanna all'ergastolo la decadenza dalla responsabilità genitoriale non è a discrezionalità giudiziaria, come sancisce dall'art. 32 del Codice Penale<sup>160</sup> ma l'automaticità non è connessa in questa fattispecie ad un diretto interesse del minore, in quanto prescinde dal titolo del reato o dall'aggravante derivante dall'averlo commesso con l'abuso dei poteri genitoriali. C'è da osservare che questa norma, volta alla tutela dei figli di colui che è stato condannato, si profili di dubbia costituzionalità<sup>161</sup> laddove la decadenza si applica in perpetuo, senza valutare in concreto gli interessi del minore.

L'elenco tassativo di reati a cui corrisponde in via automatica la decadenza genitoriale è però andato a restringersi con il tempo. Dopo le sentenze della Consulta numero 31 del 2012 e n.7 del 2013<sup>162</sup>, è stato abrogato l'art. 569 del Codice Penale e di conseguenza per i reati di soppressione di stato<sup>163</sup> o di alterazione di stato<sup>164</sup> è divenuta facoltà del giudice applicare la pena accessoria andando a ponderare attentamente l'interesse del minore.

Per questi, come per tutti gli altri reati, l'istituto non consegue in via automatica ma richiede al giudice di verificare in concreto se sia ancora nell'interesse del minore mantenere il rapporto genitoriale con il familiare detenuto.

Così come la decadenza genitoriale interviene in via obbligatoria in determinati casi, la sospensione diventa automatica nei frangenti previsti dal comma 2 dell'art. 32 del Codice Penale. La disposizione in questione riguarda il caso in cui il condannato sconti una pena per un delitto commesso con abuso di poteri e doveri genitoriali<sup>165</sup>.

La *ratio* alla base delle sanzioni accessorie da applicare in via automatica è evidente: evitare che il genitore possa interferire nella vita del figlio minore in modo tale da assumere potere decisionale pur non essendo presente nella quotidianità della vita del bambino.

---

<sup>159</sup> Rientrano tra i reati di violenza sessuale: l'articolo 609 bis c.p. rubricato "violenza sessuale", l'articolo 609 ter c.p. che riguarda le circostanze aggravanti, l'articolo 609 quater c.p. che punisce gli atti sessuali con minorenni e l'articolo 609-quinquies c.p. che prevede la corruzione di minorenni.

<sup>160</sup> DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice Penale Commentato, Tomo I, Articoli 1-313*, 2015, 471.

<sup>161</sup> In particolare la norma ex articolo 32 comma 2 del Codice Penale sembra andare a scontrarsi con quanto disposto dall'articolo 31 della nostra Costituzione in tema di protezione dell'infanzia e dei rapporti familiari-genitoriali.

<sup>162</sup> Sentenze Corte Cost. 31/12 e 7/13, consultabili su <https://www.giurcost.org/>.

<sup>163</sup> Articolo 566 c.p.

<sup>164</sup> Articolo 567 c.p.

<sup>165</sup> LARIZZA S., *Le pene accessorie*, 1986, 116; MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Vol. III, 1986, 206

Al contrario è previsto un procedimento discrezionale ad opera del magistrato giudicante nei casi del comma 3 del medesimo articolo, che disciplina lo *status* d'interdizione legale del detenuto condannato ad una pena non inferiore ai 5 anni. Il giudice all'interno della sua valutazione mette a bilanciamento da un lato il diritto del minore a crescere all'interno della famiglia, dall'altro quello a non subire ciò che nell'art. 330 c.c. viene definito "un grave pregiudizio", e in seguito a tale attenta ponderazione prende la decisione più idonea nell'interesse del minore.

Tanto la decadenza quanto la sospensione coincidono nei loro effetti con la misura prevista dall'art. 330 c.c. Di conseguenza sebbene i genitori vengano privati della titolarità dei poteri derivatigli dalla responsabilità genitoriale *ex art.* 316 c.c., rimangono comunque vincolati a corrispondere gli alimenti e rimane intatto anche il loro diritto successorio, fatti salvi i condannati per reato sessuale.<sup>166</sup>

La dottrina si è invece scontrata circa la permanenza o meno degli oneri genitoriali in seguito a pronuncia di sospensione o decadenza: da una parte chi ritiene<sup>167</sup> che questi prescindano dal provvedimento, dall'altra chi<sup>168</sup> sostiene invece che l'atto costituisca una causa di esenzione nei confronti dei genitori.

#### **4. *The best interests of the child* nel diritto internazionale e comunitario (cenni)**

L'area del diritto minorile ha subito numerose e importanti riforme durante i decenni; un primo grande cambiamento ha avuto luogo dalla nostra stessa Costituzione che con gli articoli 2, 3, 30 e 31 ha definito lo "Statuto dei diritti costituzionali del minore"<sup>169</sup>

In materia è stato poi fondamentale l'intervento del diritto internazionale, tra cui la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo che, oltre a riconoscere il bambino come soggetto di diritto, ha sancito il principio del "*best interests of the child*", regola cui ispirarsi nel dirimere gli eventuali problemi all'interno del nucleo familiare.<sup>170</sup> Il testo della Convenzione di New York ha avuto un *iter* travagliato, il "Progetto di convenzione internazionale sui diritti del bambino" era stato infatti predisposto nel 1979 dall'ONU, durante

---

<sup>166</sup> MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Vol. III, 1986, 205; ROMANO M., *Commentario Sistematico del Codice Penale, Volume I, art. 34*, 2004, 284.

<sup>167</sup> ROMANO M., *ivi*, 284;

<sup>168</sup> VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano, Volume I*, 2009, 411; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, 2014, 780

<sup>169</sup> BESSONE M., *Articolo 30 Costituzione*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, 1976, 86.

<sup>170</sup> V. anche LAMARQUE E., *Prima i bambini, Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, 2016.

l'anno internazionale del bambino, ma la versione attuale, definita anche come “statuto dei diritti del minore”<sup>171</sup> si è avuta solo dieci anni dopo, il 20 novembre 1989<sup>172</sup>.

La Convenzione si denota nel panorama internazionale<sup>173</sup> non solo per la sua inderogabilità ma anche per la sua particolarità<sup>174</sup>; il suo fine principale consiste nel perseguimento di quelle che vengono definite “le tre P”: protezione, prestazioni e partecipazione del bambino<sup>175</sup>.

Uno dei passi salienti della disposizione pattizia è costituito dalle previsioni sulla “partecipazione del fanciullo”<sup>176</sup>, quale postulato per i diritti alla libertà di manifestazione del pensiero, di culto, d'associazione, al rispetto della vita privata e familiare e al diritto ad essere ascoltati.<sup>177</sup>

Il patto internazionale fornisce un quadro del diritto minorile improntato alla sua salvaguardia e allo sviluppo dell'individualità: riconosce giuridicamente come diritti soggettivi la volontà del minore assieme alle sue inclinazioni e desideri che un tempo erano considerati come semplice componente dell'etica.<sup>178</sup>

---

<sup>171</sup> Cfr., in particolare: SAULLE M. R., *L'elaborazione della Convenzione sui diritti dei bambini e degli adolescenti: excursus storico, campo d'azione, scopo e oggetto*, in CITARELLA L., ZANGHÌ C., *Il diritto d'ascolto del minore*, 2009, 17 ss.; RONFANI P., *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei “nuovi” diritti dei minori*, in *Riv. Sociologia del diritto*, 1, 2001, 67 ss.; RE P. (a cura di), *La tutela dei bambini: dieci anni di convenzione ONU in Italia*, Roma, 1999; DELL'ANTONIO A., *La convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato della sua attuazione in Italia*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1997, 246 ss.; BEGHÈ LORETI A., *La tutela internazionale sui diritti del fanciullo*, 1995; LONGOBARDO T., *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1991, 370 ss.

<sup>172</sup> Alla Convenzione sono stati allegati in seguito tre Protocolli opzionali (il 6 settembre 2000 i primi due ed a novembre 2011 il terzo), diretti ad integrare il contenuto della stessa e concernenti, rispettivamente, “il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati”, “la vendita dei bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile” e “la procedura di reclamo”.

<sup>173</sup> Il riferimento è alla Dichiarazione di Ginevra del 1924 sui diritti del bambino, elaborata nell'ambito della Società delle Nazioni, e alla Dichiarazione del 1959 sui diritti del fanciullo.

<sup>174</sup> Afferma LA ROSA E., *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, 2005, 40, che «il testo della Convenzione, oltre a riformulare, adeguandoli all'evoluzione della realtà, diritti sociali già conosciuti, enuncia nuovi diritti (all'ascolto, all'informazione, a partecipare alla vita culturale ed artistica, al tempo libero, al riposo ed alle attività ricreative) che designano la specificità dei fanciulli e garantiscono la loro partecipazione volitiva informata».

<sup>175</sup> L'art. 1 della Convenzione, nel testo della traduzione italiana, si riferisce al fanciullo, definendolo come “ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni”. Siffatta scelta semantica deriva dalla volontà di evitare, per quanto possibile, il termine “minore”, non in linea con i principi ispiratori della Convenzione; ci sarebbe da chiedersi, tuttavia, quanto sia corretto riferirsi ad un adolescente di 16 o 17 anni, definendolo “fanciullo”. Al riguardo v. quanto affermato da CITARELLA L., *L'Articolo 1 della CRC: la definizione di fanciullo*, in *Il diritto d'ascolto del minore*, cit., 77 ss.

<sup>176</sup> ATTANASIO M., PITRONE A., *Il diritto alla partecipazione: l'inclusione dei bambini e degli adolescenti*, in *Il diritto d'ascolto del minore*, cit., 235 ss.

<sup>177</sup> Afferma LA ROSA E., *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, cit., 40, che “il testo della Convenzione, oltre a riformulare, adeguandoli all'evoluzione della realtà, diritti sociali già conosciuti, enuncia nuovi diritti (all'ascolto, all'informazione, a partecipare alla vita culturale ed artistica, al tempo libero, al riposo ed alle attività ricreative) che designano la specificità dei fanciulli e garantiscono la loro partecipazione volitiva informata”.

<sup>178</sup> Tra i numerosi commenti si segnalano: UCCELLA R., *Il progetto di convenzione sui diritti del bambino*, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 1990, 212;; DOGLIOTTI M., *I diritti del minore e la convenzione dell'ONU*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1992; VERCELLONE P., *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo e l'ordinamento interno italiano*, in *Riv. Minori giustizia*, 1993, 124; SALZANO A., *La rete internazionale di protezione del fanciullo, accordi internazionali in vigore ed in corso di ratifica a tutela della minore età*, 1998, passim.

Se da un lato conferma diritti di cui il minore già era titolare perché riconosciuti come diritti fondamentali universali, dall'altro ne crea ulteriori che lo riguardano in prima persona. E ribadisce anche nei confronti del fanciullo quelli che sono diritti fondamentali inalienabili di ogni individuo, ostacolandone la privazione da parte dei genitori motivata frequentemente in ragione dalla non autosufficienza del figlio.<sup>179</sup>

Il minore non solo diviene beneficiario passivo di alcuni diritti, quale quello all'esistenza e all'integrità psicofisica, ma anche di quelli che gli consentono di assumere il ruolo da protagonista durante la fase di sviluppo della sua personalità.<sup>180</sup>

Quanto previsto dalla Convenzione internazionale del 1989 necessitava però di essere concretamente attuato a livello interno dagli Stati ratificanti, con l'introduzione di appositi mezzi giuridici senza i quali sarebbe stato privato della sua efficacia.<sup>181</sup>

Proprio a causa di ciò, in passato svariati autori<sup>182</sup> hanno messo in discussione la vincolatività per il diritto interno della Convenzione, in particolar modo per l'art. 12, sostenendo che lungi dall'esprimere un precetto direttamente applicabile<sup>183</sup>, la norma avesse invece una valenza programmatica, necessitando di conseguenza di essere attuata nell'ordinamento interno. Una tesi smentita dalla Consulta<sup>184</sup> che ha considerato la disposizione *ex art. 12* della Convenzione come *self executing*.

Già prima dei vari interventi della Corte Costituzionale, il legislatore aveva comunque cominciato ad attivarsi con l'intento di procedere "dalla condizione minorile della protezione (a quella della) promozione dei diritti"<sup>185</sup>. In risposta a tale esigenza, il Parlamento aveva varato la Legge del 28 agosto 1997, n.285, "Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità

---

<sup>179</sup> V. MESSINETTI D., *Personalità* (diritti della), in *Enciclopedia del Diritti*, 1983, 389.

<sup>180</sup> CASSANO G., QUARTA R., *La tutela del minore nelle recenti convenzioni internazionali*, in *Riv. Famiglia e dir.*, 2002, 205.

<sup>181</sup> PALMERI G., *Diritti senza poteri*, *cit.*, passim; QUADRI E., *Interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 1999, 80, sostiene che "non deve scoraggiare la spesso lamentata evanescenza della stessa nozione di interesse del minore, dato che la sua vera forza è la flessibilità, legata proprio a quel carattere di conformabilità alle esigenze, di volta in volta, concretamente da soddisfare"; STANZIONE P., *Diritti essenziali della persona, tutela delle minorità e drittwirkung nell'esperienza europea*, in *Riv. Europa e dir. priv.*, 2002, 41 ss.; UCCELLA F., "Diritti umani" del minore e (non) tutela penale degli stessi: prime riflessioni per un ordinamento "dalla parte del minore come persona", in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 1989, 66.

<sup>182</sup> Tra cui: MANERA G., *L'ascolto dei minori nelle istituzioni*, in *Diritto di famiglia*, 1997, 1561 ss.; SACCHETTI L., *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo o dell'Aja. Confronto e problematiche giuridiche*, in *Riv. Giustizia civile*, 1997, 1515 ss.

<sup>183</sup> Sulla distinzione tra norme *self executing* e non *self executing*, si rinvia, su tutti, a CONFORTI B., *Diritto internazionale*, 1995, 288 ss.

<sup>184</sup> C. cost., 30.1.2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di PROTO PISANI; in *Riv. Famiglia e diritto*, 2002, 229 ss., con nota di TOMMASEO F.; in *Riv. Giurisprudenza Italiana.*, 2002, 1812 ss., con nota di BERTORELLO F.. In senso conforme, più di recente, C. cost., 11.3.2011, n. 83, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2011, 547 ss., con nota di TOMMASEO F.; in *Riv. Corriere giuridico*, 2011, 695 ss., con nota di FELICETTI S. e SAN GIORGIO M. R.; in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 2012, 2 ss., con nota di GRISI G.; in *Riv. diritto processuale*, 2012, 802 ss., con nota di D'ALESSIO A.; C. cost., 12.6.2009, n. 179, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2009, 869 ss., con nota di ARCERI A..

<sup>185</sup> DI ROSA G., *Della famiglia articoli 231-455*, 2018, 623.



per l'infanzia e l'adolescenza.”<sup>186</sup> con una serie di misure volte a soddisfare e rendere effettivi i diritti del fanciullo.<sup>187</sup>

A integrare questo scenario giuridico per la salvaguardia del “*best interests of the child*” viene in rilievo anche la “Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori”<sup>188</sup>, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia mediante la Legge del 20 marzo 2003, n.77, “Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996”<sup>189</sup>.

La Convenzione di Strasburgo<sup>190</sup>, rispetto a quelle internazionali precedenti fa un ulteriore passo in avanti: rende effettivo il diritto del fanciullo ad esprimersi anche nel caso in cui sia coinvolto in un processo<sup>191</sup>, trasformando in sostanziale quanto già previsto sul piano meramente formale.

La norma comunitaria di natura pattizia permette al bambino, in relazione alla sua capacità di giudizio, di rivendicare i propri diritti e di prendere parte nei processi che lo coinvolgano, delegando qualora necessario l'incarico ad un rappresentante legale.

Dopo il lungo e frastagliato percorso iniziato dal Patto di New York del 1989, finalmente la Convenzione di Strasburgo rende il minore “soggetto di diritto”.<sup>192</sup>

In Italia, in seguito alla ratifica sia della Convenzione di New York che di quella di Strasburgo, si avvia dunque il percorso legislativo focalizzato sugli interessi del minore e sulla sua autodeterminazione.

---

<sup>186</sup> La Legge 285/1997 è consultabile presso: <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>187</sup> Nella medesima logica della salvaguardia e tutela dei diritti è attuato “il piano di azione ed interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva” 2002-2004. Il testo evidenzia che l'attuazione dei principi individuati nel piano d'azione, necessariamente, deve passare attraverso una serie di interventi legislativi, tra i quali la predisposizione di un “Testo unico dei diritti dei minori” e la riforma della giustizia minorile e familiare, trasfondendo nell'ordinamento i principi delle convenzioni internazionali, con specifico riferimento alla sostituzione del concetto di responsabilità genitoriale a quello di potestà.

<sup>188</sup> Costituisce un atto la cui genesi è rinvenibile nella Raccomandazione n. 1121/1990, che concerne i diritti dei minori, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 1° febbraio 1990.

Consultabile presso: <https://www.unicef.it>.

<sup>189</sup> L.77/2003 consultabile presso: <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>190</sup> Per quanto riguarda la Convenzione di Strasburgo, v. GULOTTA F. G., *Il minore e la sua capacità di discernimento*, in CONTRI G. (a cura di), *Minori in giudizio. La convenzione di Strasburgo*, 2012; FANTETTI F. R., *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*, in *Riv. Famiglia persone e successioni*, 2010, 254 ss.; DE STEFANI P. (a cura di), *I diritti del bambino tra protezione e garanzie: la ratifica della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, 2004; TOMMASEO F., *Il diritto processuale speciale della famiglia*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2004, 305 ss.; FIORAVANTI C., *I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in vigore, per la Repubblica italiana, della Convenzione di Strasburgo*, in *Riv. Leggi civili commentate*, 2003, 561 ss.; DELL'ANTONIO A., *La partecipazione del minore alla sua tutela*, 2001, 98 ss.; MARCUCCI C., *L'affidamento dei figli in Europa: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2001, 220 ss.; MAGNO G., *Il minore come soggetto processuale. Commento alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, 2001;

<sup>191</sup> TOMMASEO F., *ivi*, 305: “si resta delusi nel constatare che il Governo ha individuato l'ambito di applicazione in procedimenti, non solo pochi nel numero, ma anche di rara applicazione”.

<sup>192</sup> ZATTI P., *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *Riv. Nuova giurisprudenza commentata*, 2004, 1, imposta significativamente la questione minorile come problema di risposta giuridica sostanziale e processuale.

Principio ispiratore delle riforme del periodo è in particolare l'art. 5 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 che stabilisce che: “Gli Stati parti rispettano la responsabilità, il diritto e il dovere dei genitori o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della collettività, come previsto dagli usi locali, dei tutori o altre persone legalmente responsabili del fanciullo, di dare a quest'ultimo, in maniera corrispondente allo sviluppo delle sue capacità, l'orientamento e i consigli adeguati all'esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti dalla presente Convenzione”.

Il rapporto genitori-figli, come si evince dalla disposizione citata, viene totalmente invertito rispetto alla sua passata concezione gerarchica e i genitori non sono più situati in una posizione di preminenza, ma hanno il ruolo di accompagnare i figli lungo la loro formazione, supportandoli e fornendo loro l'istruzione e l'educazione necessaria per il loro percorso di crescita.<sup>193</sup>

L'espressione “sviluppo delle capacità”, utilizzata all'interno della disposizione, se interpretata congiuntamente con l'art. 12 della stessa Convenzione, rende evidente come l'autonomia e l'indipendenza che deve essere concessa dal genitore al figlio dipenda dal grado di giudizio raggiunto dal minore, a prescindere dalla sua età.<sup>194</sup>

Questo stesso criterio è utilizzato anche al capo 2 dell'art. 12 per concedere in modo equilibrato al minore il diritto di essere ascoltato.

Alla luce di ciò, appare chiaro come il diritto internazionale prima, e il legislatore nazionale poi, abbia definito “il processo di giuridificazione della soggettività del minore”<sup>195</sup> trasformando quelle che erano norme programmatiche in precetti di effettiva attuazione.

Un ulteriore contributo è stato apportato dalla “Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”<sup>196</sup>, la cosiddetta “Carta di Nizza”, emanata prima il 7 dicembre 2000 a Nizza<sup>197</sup>, e poi nel 12 dicembre 2007 a Strasburgo<sup>198</sup>.

---

<sup>193</sup> DI ROSA G., *Della famiglia articoli 231-455*, 2018, 624.

<sup>194</sup> L'articolo 12 della Convenzione di New York detta infatti che: “1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità.

2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale”.

<sup>195</sup> DI ROSA G., *Della famiglia articoli 231-455*, 2018, 624.

<sup>196</sup> Per una approfondita disamina della Carta di Nizza, in dottrina cfr., in particolare, DI MAJO F. M., *La Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea. Aspetti giuridici e politici*, in *Europa diritto privato*, 2002, 41 ss.; NAPOLI M. (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, 2004.

<sup>197</sup> Invero, a Nizza è stato formato solo l'atto di nascita della Carta, mentre il suo concepimento è avvenuto a Colonia nell'ambito del Consiglio europeo (3-4 giugno 1999), nel corso del quale si è ritenuto che “allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione europea, i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione debbano essere raccolti in una Carta e in tal modo resi più manifesti”.

<sup>198</sup> Consultabile su <https://www.europarl.europa.eu>.

Il testo della disposizione sovranazionale ha fatto uso di formulazioni astratte e vaghe, in modo tale da conferire elasticità alle norme e rendere i diritti contenuti al loro interno universali e ha consolidato il principio dell'uguaglianza e il divieto di discriminazione anche anagrafica, sancendo con l'art. 20 che "tutte le persone sono uguali davanti alla legge" e con l'art. 21 che "è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata sull'età, il sesso, la razza, l'origine etnica o sociale, la nascita, gli handicap e le tendenze sessuali".

Con il trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre del 2007, ed entrato in vigore l'1 dicembre 2009, l'Unione si è poi assunta il compito di eliminare ogni discriminazione (tra cui anche quelle fondate sull'età) e di tutelare i diritti del bambino. Gli Stati ratificanti si sono così impegnati a rispettare tra le varie cose la libertà, l'uguaglianza e i diritti fondamentali degli individui in particolar modo dei "soggetti più deboli".

Il Trattato ha poi sancito l'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione parificandola a quella dei Trattati.

All'interno della Carta di Nizza quelli che erano diritti universali diventano principi generali e tra questi il più importante è sicuramente quello previsto dall'art. 1, ovvero quello della "dignità umana"<sup>199</sup>, allo stesso tempo valore supremo e linea di demarcazione per ogni altro diritto.<sup>200</sup> La dignità è il cardine su cui impostare il nuovo concetto di famiglia e in special modo il ruolo che il minore può assumere sia rispetto ad essa che rispetto agli estranei.

Gli strumenti a garanzia del preminente interesse del fanciullo dovranno basarsi proprio sulla tutela della sua dignità umana.<sup>201</sup>

Dell'influenza delle fonti internazionali e comunitarie risente palesemente anche la nostra Riforma della filiazione del 2012-2013 che all'art. 315 bis del Codice Civile riconosce svariati diritti in capo al figlio quali quello al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, all'assistenza morale, a crescere all'interno della famiglia, a mantenere i rapporti con i parenti e all'ascolto.

---

<sup>199</sup> Dispone, infatti, l'art. 1 che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

<sup>200</sup> La salvaguardia dei diritti fondamentali diviene il presupposto di legittimità dell'Unione. La dignità è riconosciuta dal primo articolo come contenuto essenziale di ogni altro diritto fondamentale: VETTORI, *op. cit.*, 670; TRIMARCHI M., *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 707, il documento pone al centro di ogni azione comunitaria la persona. DI MAJO, *ivi*, 41, afferma che all'interno dei valori figurano i diritti classici di libertà e uguaglianza. Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1°.12.2009.

<sup>201</sup> Osserva LA ROSA E., *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, *cit.*, 88, che «è in nome della dignità, di cui è portatore ogni uomo, adulto o bambino, che occorre rivalutare il ruolo dei minori nel sistema giuridico e nella realtà sociale». In argomento, cfr., inoltre, STANZIONE G., SCIANCALEPORE P., *Minori e diritti fondamentali*, 2006; RUSCELLO F., *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Riv. Famiglia*, 2002, 933 ss.

L'articolo in questione che costituisce nel nostro ordinamento lo statuto dei diritti del minore, va poi integrato con i diritti considerati "impliciti" e attribuiti al fanciullo in quanto individuo.<sup>202</sup> Nasce così quello che viene definito un diritto "paidocentrico"<sup>203</sup>

La dottrina<sup>204</sup> si è tuttavia interrogata se la nuova posizione giuridica assunta dal minore, in seguito all'evoluzione normativa internazionale e sovranazionale, possa oggi essere ritenuta effettivamente quella del "diritto soggettivo" o se invece sia un "diritto senza poteri" o un "corpo senza gambe" che necessita di una concreta attuazione.

Per appurare l'effettiva esigibilità dei diritti non basta prendere in considerazione le misure poste in garanzia del minore, ma occorre valutare anche la durata dei meccanismi giudiziari che assicurano quelle tutele. Non a caso, al riguardo la CEDU si è espressa più volte sulla necessità di velocizzare i tempi della giustizia.<sup>205</sup>

Anche in seguito alla Riforma della filiazione è indispensabile verificare all'interno dell'ordinamento italiano la funzionalità delle misure volte alla salvaguardia del fanciullo in virtù di una loro applicazione sostanziale. Perciò, nonostante il lungo *iter* compiuto dalle Convenzioni, dai Trattati e dalle Riforme interne, il profilo più problematico resta quello di trovare misure idonee all'efficace tutela dell'interesse preminente del bambino.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> V. in materia: MOSCATI E., *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare* (contributo allo studio dell'"interesse del minore"), in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1141; MATUCCI G., *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, 2015, 186.

<sup>203</sup> GIORGIANNI M., *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia, IV*, (a cura di) CIAN G., OPPO G. e TRABUCCHI A., 1992, 301.

<sup>204</sup> PALMERI G., *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, 1994, 15.

<sup>205</sup> RUSSO R., *La Cedu censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate ed automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della convenzione europea*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2011, 658. V. per tutte CEDU, 2 novembre 2010, ricorso n. 36168/09 – *Piazzi c. Italia*, la quale ha affermato che la mancanza di collaborazione dei genitori separati non dispensa le autorità competenti dall'adozione di misure idonee, e l'adeguatezza di una misura va giudicata anche in base alla rapidità della sua attuazione.

<sup>206</sup> DI ROSA G., *Commentario del Codice Civile, Della famiglia (da art.231 a 455)*, 2018, 628.

## CAPITOLO II

### DIRITTI ASIMMETRICI NELLA LEGGE 354/1975

#### **1. Le norme che limitano la tutela general-preventiva in favore del diritto alla genitorialità.**

Il minore è inteso nel nostro ordinamento quale soggetto vulnerabile<sup>1</sup>.

Tanto nel diritto penale quanto nel diritto civile sussistono determinati fattori di rilievo normativo che portano a considerare giuridicamente specifici soggetti di diritto come deboli o fragili.

Lo *status* di vulnerabilità viene definito come una “situazione di sofferenza fisica o sociale, che impone, di per sé, l’esigenza di un trattamento giuridico differenziato”<sup>2</sup>

All’interno del diritto penale i fattori che connotano un soggetto come fragile e di conseguenza meritevole di una tutela *ad hoc* sono, tra gli altri, l’età, lo stato di salute e il contesto in cui si trova. Questi “indici di debolezza” sono stati specificati dal Decreto Legislativo del 15 dicembre 2015, n. 212 “Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 20001/220/GAI”<sup>3</sup>. Il decreto ha offerto una tutela al minore, concentrandosi prevalentemente sull’ipotesi in cui assuma il ruolo di persona offesa dal reato.

A dire il vero nel campo del diritto la salvaguardia del fanciullo è ben più ampia di quella delineata dal provvedimento del 2015, tanto che si parla del minore come di destinatario una tutela “polivalente”<sup>4</sup> che si estende ad oltranza a prescindere dal ruolo processuale concretamente assunto, basti pensare alle norme che lo riguardano sia come parte attiva del processo sia come persona offesa dal reato.

A maggior ragione, di conseguenza, qualora il minore si trovi ad essere soggetto terzo coinvolto in via accidentale dal processo, gli devono esser garantiti dall’ordinamento i diritti inalienabili, tra cui quello di ricevere una formazione dai genitori che si ricava implicitamente dall’art. 30 della Costituzione, e che viene sviluppato nell’art. 315-bis del Codice Civile come “il diritto a crescere all’interno della famiglia”.

---

<sup>1</sup> OCCHIPINTI A., *I diritti dei minori e dei soggetti fragili*, in CENDON P., *Responsabilità civile, Volume I*, 2020, 579.

<sup>2</sup> OCCHIPINTI A., *ivi*, 580.

<sup>3</sup> D.lgs. consultabile presso: <https://www.gazzettaufficiale.it>

<sup>4</sup> BELLANTONI G., *Soggetti vulnerabili e processo penale: verso nuovi scenari*, 2017, 3.

Questi diritti vengono infatti minacciati nel momento in cui il padre o la madre del bambino sono condannati, con sentenza definitiva, a scontare una pena detentiva o qualora venga adottato dall'autorità giudiziaria un provvedimento cautelare.

Il bambino in questi casi può infatti trovarsi privato di uno dei due genitori, vedendo così messo in discussione il suo diritto alla genitorialità. L'assenza della figura genitoriale rischia di pregiudicarne permanentemente il processo di crescita e sviluppo, comportando un danno quale effetto indiretto dell'esecuzione della pena o dell'attuazione della misura cautelare.<sup>5</sup>

Sulla base di ciò il legislatore al fine di proteggere il rapporto genitoriale con i figli minori, ha imposto dei limiti alla carcerazione, *in primis* per la madre detenuta<sup>6</sup> e in via sussidiaria per il padre. E ciò vale tanto nella fase esecutiva del procedimento penale che in quella cautelare.<sup>7</sup>

Nel primo caso il legislatore ha posto dei limiti alla carcerazione dei genitori non solo dell'infante ma anche del minore in tenera età (per tale va considerato colui che non abbia ancora compiuto il decimo anno), in quanto entrambi i soggetti non sono autosufficienti ma dipendenti dai genitori.

Uno dei primi interventi in materia è stato attuato mediante la Legge dell'8 marzo 2001, n. 40, "Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori", seguita poi dalla Legge del 21 aprile 2011, n.62, "Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori"<sup>8</sup> che ha modificato il codice di procedura penale e la Legge 354 del 1975, con l'obiettivo di garantire alle detenute il diritto alla maternità.<sup>9</sup>

Grazie alle disposizioni in questione, la pena nella sua valenza general-preventiva, deve entrare in bilanciamento con quello che a livello internazionale e comunitario viene definito "il superiore interesse del fanciullo" di cui ci si è occupati nel capitolo precedente, un'esigenza primaria destinata a soccombere solo in *extrema ratio* e unicamente se necessaria per la neutralizzazione del reo. La pena, sebbene debba garantire una sicurezza sociale e ostacolare

---

<sup>5</sup> BELLANTONI G., *Soggetti vulnerabili e processo penale: verso nuovi scenari*, 2017, 60; v. anche Cass., sez. I, 31 gennaio 2014, A. A., n.4748.

<sup>6</sup> COMUCCI P., *I benefici penitenziari a favore delle condannate madri*, in *Riv. Cassazione penale*, 2009, 2163; MARGARA A., PISTACCHI P., SANTONI S., *Nuove prospettive dell'attaccamento e tutela del rapporto quando un genitore è detenuto*, in *Riv. Minori e Giustizia*, 2005, n.1, 83

<sup>7</sup> BELLANTONI G., *Misure cautelari e tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori, sub art 284 e 285 bis c.p.p.*, BASINI G. F., BONILINI G., CONFORTINI M., *Codice di famiglia minori soggetti deboli*, 2014, Tomo II, 3932

<sup>8</sup> Sia la l.40/2011 che la l. 62/2011 sono consultabili presso: <https://www.gazzettaufficiale.it> .v.

<sup>9</sup> Vedi al riguardo SCOMPARIN L. M., *Una piccola riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. Legislazione penale*, 2011; DOSI G., *Migliorano le condizioni delle mamme detenute ma la partita si gioca sulle strutture alternative*, in *Riv. Guida al diritto*, 2011, n. 17, 9; FIORENTIN F., *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Riv. Guida al diritto*, 2011, n. 23, 46; ID., *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Riv. Giurisprudenza di merito*, 2011, 2616; MARCOLINI S. , *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); PITTARO P., *La nuova normativa sulle detenute madri. Il commento*, in *Riv. Diritto penale e processo*, 2011, 870.

una nuova condotta criminosa del *reo* non può sacrificare in via automatica gli interessi del minore.

Le due leggi di riforma dell'ordinamento penitenziario si pongono proprio in questa prospettiva, cercando di attuare quanto previsto dalla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989, ratificata dall'Italia con la Legge 176 del 1991, che all'art. 3 comma 1 sancisce che: “in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali o degli organi legislativi [...] l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”.<sup>10</sup>

Quando dunque lo Stato, in seguito alla commissione di un reato, deve esercitare il potere sanzionatorio non può farlo in via automatica ma ha l'obbligo di prendere in considerazione i “*best interests of the child*”. Nel caso in cui debba essere eseguita una pena detentiva nei confronti di uno dei due genitori l'interesse del minore consiste per l'appunto nel salvaguardare la sua assistenza genitoriale fondamentale non solo per il suo percorso di crescita ma anche per la sua salute psico-fisica.<sup>11</sup>

Il divieto di carcerazione sorge quindi dal bilanciamento che il legislatore è costretto ad effettuare tra la protezione sociale che richiede una coercizione intramuraria del reo e la tutela dell'infanzia, garantita dall'art. 31 della Costituzione e l'ago della bilancia pende a favore del diritto alla genitorialità che va garantita al minore fin dove possibile, tenendo in debita considerazione la sua condizione “vulnerabile”.

Nonostante la “preminenza” o “superiorità”<sup>12</sup> dell'interesse del fanciullo questo non può tuttavia essere considerato un bene di valenza assoluta: come ogni diritto costituzionalmente garantito non può prevalere sugli altri incondizionatamente ma solo in seguito ad un adeguato bilanciamento dei diritti. Di conseguenza, il giudice valuta di volta in volta se dare precedenza alla sicurezza collettiva, sussistendo concreti indizi di pericolosità sociale del genitore condannato, o se invece evitare l'entrata in carcere del *reo* in virtù dei *best interests of the child*.

Un fattore decisivo al fine di indirizzare la decisione giudiziale all'interno del processo di bilanciamento viene conferito dall'art. 3 della Legge n. 40 del 2001, la cosiddetta Legge Finocchiaro, che prevede come la misura della detenzione domiciliare speciale possa essere concessa solo “se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti”<sup>13</sup>. Il diritto del minore alla genitorialità risulta dunque condizionato alla previa esclusione del

---

<sup>10</sup> Convenzione di New York 1989, sui diritti del fanciullo consultabile presso: <https://www.camera.it>

<sup>11</sup> G., *Soggetti vulnerabili e processo penale*, 2017,135; ID., *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 2014, 1759; CESARIS L., *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l.2001, n. 40)*, in *Riv. Legislazione penale*, 2002, 559.

<sup>12</sup> Questi i termini utilizzati dalla Convenzione di New York del 1989.

<sup>13</sup> Articolo 47 *quinquies* l.354/1975.

pericolo di recidiva, valutazione che (come si dirà in seguito) deve essere fatta “in concreto” dal giudice.

La Legge in questione, interviene anche con il quarto comma all’art. 147 del Codice Penale – rubricato “rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena” – prevedendo anche in questo caso come requisito della concessione della misura, l’assenza concreta di “pericolo della commissione di delitti.” Sebbene dunque l’interesse del fanciullo a mantenere un rapporto genitoriale all’interno delle mura domestiche costituisca un diritto che lo Stato si impegna a tutelare, persino rinunciando al suo potere punitivo, questo trova un ostacolo nel parallelo diritto della società a vivere in sicurezza.<sup>14</sup>

In virtù di ciò, la Corte Costituzionale<sup>15</sup>, nel 2009, ha ribadito che qualora sussista per il *reo* un concreto pericolo di recidiva, non può essere concessa né la detenzione domiciliare speciale né tanto meno la detenzione domiciliare ordinaria.

La Consulta afferma in modo chiaro che è “logica unitaria e indivisibile, che, accanto ad una maggiore comprensione per le esigenze che nascono dai rapporti tra madre e figli in tenera età, pone una maggiore cautela nel richiedere, prima della concessione del beneficio, la formulazione di una prognosi di inesistenza del concreto pericolo che la condannata commetta altri delitti”.

E aggiunge: “Il bilanciamento tra le diverse e contrastanti esigenze si ricompone pertanto ad un altro livello, in cui si pongono in equilibrio da una parte una maggiore tutela della sicurezza sociale e dall’altra una più adeguata considerazione dei bisogni dei minori e delle attività delle madri destinate a soddisfarli. Per questo motivo, l’ampliamento di efficacia della norma evocata in comparazione deve intendersi riferito al necessario complemento della previa valutazione dell’inesistenza del rischio concreto che il soggetto ammesso alla misura possa commettere altri delitti”.

La Corte Costituzionale cita da ultimo, a sostegno di tale tesi, quanto affermato dalla Corte Suprema un anno prima, nella sentenza n. 28558 del 2008<sup>16</sup>, che aveva sostenuto come nonostante l’importanza primaria della salvaguardia dell’interesse del bambino, le misure alternative alla detenzione non potessero essere applicate in via automatica ma solo dopo una attenta ponderazione dell’esigenza general-preventiva, dato che la stessa *ratio* delle misure alternative consiste oltre che nella rieducazione del condannato anche nella prevenzione di ulteriori reati.

---

<sup>14</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 670.

<sup>15</sup> Sentenza Corte Cost. del 10 giugno 2009, n. 177, consultabile presso: <https://www.giurcost.org>.

<sup>16</sup> Sentenza Corte Cass. n. 28558 del 2008, consultabile presso: <http://www.italgiure.giustizia.it>



Rimane dunque isolata nel panorama normativo la disposizione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena *ex art.146 c.p.* (la quale insieme alle altre norme verrà definita nel paragrafo successivo) che tutela ad oltranza il diritto alla genitorialità a discapito della sicurezza sociale. La norma, obbligando il giudice a rinviare l'esecuzione della pena per la donna incinta o la madre di prole al di sotto di un anno, priva il Tribunale di Sorveglianza di potere discrezionale.

Chiamata a pronunciarsi sull'argomento da parte del Tribunale di sorveglianza di Venezia, la Corte Costituzionale<sup>17</sup> nel 2009 ne ribadisce la costituzionalità.<sup>18</sup>

Il Tribunale di Sorveglianza di Venezia affermava che nei casi in cui la pena detentiva possa avvenire senza ledere irreparabilmente i bisogni del minore, il rinvio automatico dell'esecuzione della pena previsto dall'art. 146 del Codice Penale risultasse non solo illogico ma anche incostituzionale per violazione degli articoli 3, 27, terzo comma, e 30 della Costituzione. L'addotta contraddittorietà riguardava la *ratio* della disposizione, che se posta a confronto con le norme che nel Codice Penale e nell'Ordinamento penitenziario limitano la carcerazione in virtù delle esigenze del bambino, sarebbe risultata illogica in quanto prevedeva il rinvio della pena a prescindere dalla reale sussistenza dei bisogni del fanciullo.

Il giudice *a quo* metteva poi in discussione la compatibilità della norma con l'art. 27 della Costituzione, nel punto in cui non prevede un potere discrezionale del giudice di sorveglianza circa l'adozione della misura anche qualora questa non sia compatibile con la finalità rieducativa e general preventiva della pena.

La Corte Costituzionale respingendo ogni dubbio di incostituzionalità ha con ordinanza ritenuto la previsione non irragionevole, affermando che: "la norma impugnata, nello stabilire una presunzione assoluta di incompatibilità con il carcere per la donna incinta o che abbia partorito da meno di un anno, è mossa dall'esigenza di offrire la massima tutela al nascituro e al bambino di età inferiore ad un anno, e mira ad evitare che l'inserimento in un contesto punitivo e normalmente povero di stimoli possa nuocere al fondamentale diritto tanto della donna di portare a compimento serenamente la gravidanza, quanto del minore di vivere la peculiare relazione con la figura materna in un ambiente favorevole per il suo adeguato sviluppo psichico e fisico". E ha sottolineato come la misura in questione sia volta ad un rinvio provvisorio e non

---

<sup>17</sup> V. Corte Costituzionale, ordinanza n. 145 del 2009, cit., seguita da Corte Costituzionale, ordinanza n. 260 del 2009, cit. su <https://www.giurcost.org>.

<sup>18</sup> COMUCCI P., *Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. Corriere di merito*, 2009, f.1, 59.

*sine die*<sup>19</sup> e nel momento in cui il figlio compie un anno di età, l'interesse del minore perde la sua importanza assoluta e viene in bilanciamento con la sicurezza collettiva.

Grazie ad un ulteriore sentenza della Corte Costituzionale<sup>20</sup> viene poi definito cosa debba intendersi per bilanciamento fra l'interesse del minore e la tutela general preventiva. Nella sentenza 230 del 2014 si ribadisce che l'operazione giudiziale “deve operarsi non già in via astratta, sulla base di presunzioni cristallizzate nel dettato normativo, bensì in concreto, nel senso cioè che il giudice deve verificare nel caso di specie l'eventuale sussistenza nella specifica situazione sottoposta al proprio vaglio, la concreta sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata”.<sup>21</sup>

Stesso concetto ribadito dalla Cassazione nella sentenza n. 16945 del 2020<sup>22</sup> che, richiamando quanto stabilito in precedenza dalla Corte Costituzionale, pone dei precisi paletti al Tribunale di Sorveglianza, prescrivendo il dovere di valutare e motivare adeguatamente la prognosi di recidiva basandosi anche sulla condotta della condannata.

Il caso esaminato dalla Cassazione riguarda l'impugnazione di un'ordinanza di rigetto dell'istanza di detenzione domiciliare speciale emessa dal Tribunale di Sorveglianza.

Il fatto concerne la madre di tre bambini di età inferiore a 10 anni, che aveva una pena da espiare per reati contro il patrimonio pari a 6 anni, 2 mesi e 10 giorni.

Il rigetto della misura da parte del Tribunale di Sorveglianza è motivato dai numerosi precedenti penali della donna e proprio tale motivazione viene considerata manifestamente illogica dalla Corte di Cassazione che sottolinea come il Tribunale, nel rigettare l'istanza, non abbia fornito motivazioni adeguate circa la prognosi positiva di recidiva, soprattutto considerando che il precedente periodo di espiazione della misura domiciliare ordinaria ex art.47 ter o.p. aveva avuto un esito favorevole, durante il quale la detenuta non aveva commesso ulteriori reati.<sup>23</sup>

La pronuncia, stabilendo ancora una volta la preminenza dell'interesse del minore, va a innovare i criteri di prognosi di recidiva, sottolineando come ogni valutazione effettuata dal Tribunale di Sorveglianza debba considerare tutte le circostanze del caso concreto.<sup>24</sup>

La concessione delle misure alternative in favore del diritto alla genitorialità trova poi un ulteriore ostacolo nell'età del minore. Laddove la prole abbia compiuto il decimo anno di età, viene definitivamente meno uno dei presupposti per ottenere la detenzione domiciliare e la

---

<sup>19</sup> Argomento questo ritenuto “poco convincente” da CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, 2010, 316.

<sup>20</sup> Corte Costituzionale sentenza 239 del 2014 su <https://www.giurcost.org>.

<sup>21</sup> Per ulteriori approfondimenti v. FIORENTIN F., *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per condannate madri*, *Riv. Sistema Penale* 19/02/2021.

<sup>22</sup> Corte di Cassazione, Sezione I, sentenza n.16945 del 2020. Su <https://www.sistemapenale.it>.

<sup>23</sup> CARDINALE N., *Detenzione domiciliare speciale e interesse superiore del minore*, in <https://www.sistemapenale.it>, 17/06/2020.

<sup>24</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 52

tutela del minore lascia il campo alla funzione general-preventiva della pena che torna a riespandersi a prescindere da ogni altra circostanza.

Il principio del superiore interesse del minore si scontra così con il parametro presuntivo conferito dalla sua età: a differenza di una presunzione relativa, suscettibile di prova contraria, la presunzione assoluta contenuta negli articoli 47 ter e 47 quinquies dell'ordinamento penitenziario, prevede che una volta che il bambino abbia raggiunto dieci anni sia irrilevante valutare la sua effettiva necessità di cure genitoriali.

L'ordinamento considera il processo di crescita e soprattutto gli impegni di scolarizzazione come un automatico indice di maggiore indipendenza del figlio nei confronti del genitore, indi per cui verrà meno anche la necessità di costanti cure genitoriali (in particolar luogo materne). Sull'irragionevolezza di questa presunzione ha fatto luce la sentenza della Corte Costituzionale n. 350 del 2003<sup>25</sup> che ha esteso la tutela della detenzione domiciliare per il genitore di prole ultradecenne qualora "il figlio sia portatore di handicap totalmente invalidante".<sup>26</sup>

Benché per ora il fattore dell'"handicap totalmente invalidante" sia considerato l'unica eccezione al limite di età, anche altre circostanze potrebbero rendere necessaria la presenza del genitore e di conseguenza richiedere una deroga alla carcerazione materna. Dunque, un bilanciamento ancorato all'età, lascia "aperta la possibilità di una [...] continua revisione alla

---

<sup>25</sup> Corte cost., sent. 5 dicembre 2003, n. 350 (commentata da FILIPPI L., *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Riv. Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2003, p. 3643 ss.; GIRELLI F., *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, n. 12/2004, p. 2240 ss., l'autore afferma che: "La norma censurata è in contrasto con il principio di ragionevolezza in quanto prevede un sistema rigido che preclude al giudice, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, di valutare l'esistenza delle condizioni necessarie per un'effettiva assistenza psico-fisica da parte della madre condannata nei confronti del figlio portatore di handicap accertato come totalmente invalidante. Ciò determina un trattamento difforme rispetto a situazioni familiari analoghe ed equiparabili fra loro, quali sono quella della madre di un figlio incapace perché minore degli anni dieci, ma con un certo margine di autonomia, almeno sul piano fisico, e quella della madre di un figlio disabile e incapace di provvedere da solo anche alle sue più elementari esigenze, il quale, a qualsiasi età, ha maggiore e continua necessità di essere assistito dalla madre rispetto ad un bambino di età inferiore agli anni dieci".

<sup>26</sup> Al riguardo vedi anche: GIUNCHEDI F., *La polifunzionalità della detenzione domiciliare a garanzia dell'assistenza ai figli invalidi: la portata innovativa della sentenza e le problematiche interpretative*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 747; REPETTO G., *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 754; CREMONESI L., *L'handicap del figlio vieta il carcere*, in *Riv. Diritto e giustizia*, 2004, n.1, 40; MARCHESELLI A., *La Corte costituzionalità elimina le disparità con il trattamento per i minori di 10 anni*, in *Riv. Guida al diritto*, 2004, n.1, 67; PAVONE M., *Le detenute madri. Riflessioni a margine della sentenza di Cogne*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); APRILE E., *La Corte Costituzionale riconosce l'applicabilità dell'istituto della detenzione domiciliare anche alla madre del figlio con handicap totalmente invalidante*, in *Riv. Nuovo diritto*, 2004, 57; PITTARO P., *La consulta estende la detenzione domiciliare alla madre convivente con il figlio invalido totale*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2004, 149; NUZZO F., *La Corte Costituzionale estende i suoi confini della detenzione domiciliare*, in *Riv. Diritto penale e procedura*, 2004, 699.

luce delle ragioni costituzionali retrostanti”, senza dover “inseguire volta per volta, passo dopo passo, l’irraggiungibile obiettivo della completezza casistica”.<sup>27 28</sup>

La Consulta, come nel caso in questione, ha intrapreso una vera e propria battaglia contro gli automatismi e le preclusioni a priori che ostacolano gli istituti a tutela della genitorialità e della maternità. Basti considerare che neppure più i delitti di stampo mafioso costituiscono un ostacolo all’idoneità genitoriale e alla concessione delle relative misure alternative, salvi ovviamente i casi in cui la presenza fisica crei un pregiudizio all’integrità del minore stesso.

L’interesse del bambino è dunque preminente rispetto ai *pericula libertatis* di ordinaria rilevanza e soccombente solo rispetto ad esigenze eccezionali di difesa sociale, quali il pericolo di recidiva in accordo con l’art. 47 quinquies dell’ordinamento penitenziario. La filosofia del sistema consiste nell’evitare che il costo della strategia di lotta al crimine vada a gravare su un soggetto estraneo al reato ed innocente.<sup>29</sup>

Il rapporto genitoriale oltre a costituire un fondamentale diritto in capo al bambino, è allo stesso tempo fonte di doveri e diritti anche per il genitore condannato.

L’adempimento e il corretto espletamento degli oneri previsti dall’art. 147 del Codice Civile e di conseguenza il mantenimento di una relazione sana e costante con il figlio costituisce uno dei mezzi che lo Stato ha per risocializzare e rieducare il condannato.

La funzione della pena in seguito all’introduzione dell’art. 27<sup>30</sup> della Costituzione ha perso ogni valenza meramente repressiva in funzione di quella invece rieducativa<sup>31</sup>, le stesse misure detentive hanno come finalità primaria la rieducazione del reo e la sua neutralizzazione costituisce un’eccezione solo laddove lo Stato si trovi di fronte all’impossibilità di risocializzarlo.

Affinché il soggetto possa essere concretamente rieducato è però necessaria una sua partecipazione attiva, che può essere ottenuta tramite la valorizzazione dei contatti umani e affettivi quali quelli con il nucleo familiare. L’estraniamento e l’alienazione, quali conseguenze tipiche della detenzione, ostacolerebbero questo obiettivo primario.

---

<sup>27</sup> TESAURO A., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, 4942.

<sup>28</sup> MANTOVANI G., *La decarcerazione delle madri nell’interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *Riv. Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 1.

<sup>29</sup> BELLANTONI G., *Soggetti vulnerabili e processo penale: verso nuovi scenari*, 2017.

<sup>30</sup> “La responsabilità penale è personale. L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”

<sup>31</sup> “Il preminente valore costituzionale della funzione rieducativa della pena, sotteso ad ogni misura alternativa alla detenzione in carcere, deve costituire la necessaria chiave di lettura delle disposizioni dell’ordinamento penitenziario.” Cass. sez. I, 18 maggio 2005, n.22601, BEN DHAFER SAMI, in *Foro.it*, 2005, II, c.642, in FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, 2013,167.

Per evitare ciò e per garantire un trattamento “umano e non degradante”<sup>32</sup> il nostro Ordinamento penitenziario ha previsto il diritto di affettività per i detenuti, la cui funzione primaria consiste proprio nella salvaguardia dei rapporti genitoriali e familiari. Il legame con la dimensione familiare funge così sia da obiettivo da raggiungere per la risocializzazione del detenuto, sia come parametro su cui modellare il processo di individualizzazione e la personalizzazione del trattamento stesso.

Lungi dall’esser considerato un beneficio di tipo premiale, il mantenimento e il rafforzamento dei legami familiari costituisce uno dei perni del trattamento rieducativo, tanto che l’art. 28 della Legge 354 del 1975, intitolato “Rapporti con la famiglia”, afferma che: “Particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie.”

Le esigenze general-preventive possono giustificare, dunque, una limitazione dei diritti dei detenuti ma non una loro totale privazione, perché “chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale.”<sup>3334</sup>

## 2. Evoluzione storica

Nell’ambito dell’esecuzione della pena, il diritto alla genitorialità non ha sempre avuto lo spazio e l’importanza che oggi ricopre nel nostro ordinamento penitenziario.

---

<sup>32</sup>Vedi in materia sentenza Corte Cost. n.26\1999 sancisce che: “L’idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all’organizzazione penitenziaria é estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell’uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l’art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell’ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. L’art. 27, terzo comma, della Costituzione stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Tali statuizioni di principio, nel concreto operare dell’ordinamento, si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all’organizzazione e all’azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. Cosicché l’esecuzione della pena e la rieducazione che ne é finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in “trattamenti penitenziari” che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà. La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi, soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo é la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – é dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell’uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell’esecuzione penale, conformemente, del resto, all’impronta generale che l’art. 1, primo comma, della Legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all’intera disciplina dell’ordinamento penitenziario.” <https://www.giurcost.org>.

<sup>33</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 349/1993, <https://www.giurcost.org>.

<sup>34</sup> Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 Giugno 2013, dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale. ‘La famiglia davanti ai suoi giudici’

I vari traguardi in nome dell'interesse del minore, sono stati infatti raggiunti novella dopo novella ampliando il ventaglio di misure alternative concesse al genitore, ma anche grazie ai vari permessi di uscita e a tutti gli altri mezzi a disposizione del detenuto per mantenere un rapporto con il figlio all'esterno delle mura carcerarie.

Parte della riforma aveva alla base lo scopo di evitare il fenomeno della cosiddetta "carcerazione degli infanti"<sup>35</sup>.

In accordo con quanto previsto dall'art. 11 al comma 8 della Legge 354 del 1975: "alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di 3 anni.<sup>36</sup> Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido"<sup>37, 38</sup>.

Il primo importante intervento del Parlamento volto a tutelare il diritto del bambino alla genitorialità materna, è della Legge del 10 ottobre 1986, n. 663, "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà"<sup>39</sup>.

È la cosiddetta Legge Gozzini, che ha modificato l'art. 50 e introdotto l'art. 47 ter nell'Ordinamento penitenziario (nel paragrafo successivo verrà definito questo e gli altri istituti qui menzionati). Il primo garantisce al settimo comma una casa per l'esecuzione della semilibertà<sup>40</sup>, il secondo invece prevede la possibilità di concedere la detenzione domiciliare alla detenuta condannata ad una pena non superiore ai due anni<sup>41</sup>, madre di prole infratreenne<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> Così si legge nella Relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997, in Atti Camera, XIII leg. stamp. n. 442.

<sup>36</sup> È bene ricordare che già il Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 787 prevedeva la possibilità per i bambini di rimanere al fianco delle madri (art. 43).

<sup>37</sup> È opportuno precisare che tale disciplina, originariamente contenuta nell'art. 11 commi 8 e 9 o.p., a seguito delle modifiche apportate dagli artt. 1 e 11 del d.lgs. 2 ottobre 2018, n.123 recante "*Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u) della legge 23 giugno 2017, n. 103*", è oggi collocata nell'art. 11 comma 8 e nell'art. 14 comma 7 o.p. .

<sup>38</sup> FIORENTIN F. *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, 2013, 266.

<sup>39</sup> Legge 663/1986 consultabile presso: <https://www.gazzettaufficiale.it/>

<sup>40</sup> CASAROLI G., *La semilibertà*, in *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, N. 663*, a cura di FLORA G., 1987, 235; PALAZZO F., *La disciplina della semilibertà: evoluzione normativa e ampiezza funzionale di un "buon" istituto*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI V., 1994, 387.

<sup>41</sup> La soglia di pena richiamata ha subito numerose modifiche nel corso degli anni (come si vedrà più nel dettaglio nel paragrafo seguente): è stata portata da due anni di detenzione –che inizialmente prevedeva la disposizione– ad un quantum di pena detentiva di tre anni grazie alla Legge 12 agosto 1993, n. 296, e, successivamente da tre anni a quattro anni ad opera della Legge 27 maggio 1998, n. 165. Tali riforme legislative hanno ampliato la possibilità di concessione della misura della detenzione domiciliare e di conseguenza ciò ha provocato una diminuzione dei detenuti negli Istituti penitenziari.

<sup>42</sup> Tali condizioni oggettive, hanno poi subito numerose modifiche ad opera delle novelle legislative (come si vedrà più nel dettaglio nel paragrafo seguente). La disposizione originaria, prevedeva infatti che la misura potesse essere concessa a "donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente"; in séguito, ad opera delle modifiche apportate dall'art. 3, comma 1, d.lg. 14 giugno 1993, n. 187, convertito dalla legge 12 agosto 1993, n. 296, è stata ammessa alla misura anche la madre di prole di età inferiore a cinque anni con lei convivente; e, da ultimo, la legge 27 maggio 1998, n. 165, ha previsto che possano beneficiare della misura la "donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente".

Fino al 2001 la detenzione domiciliare risulta l'unica misura nell'Ordinamento penitenziario volta a garantire il diritto del minore di ricevere una cura genitoriale all'esterno del carcere. Tuttavia secondo il tenore letterale di tale disposizione, la misura in questione poteva essere concessa solo alla detenuta madre.

La Consulta, però, sottolineando l'importanza dell'interesse del minore a mantenere i rapporti con entrambi i genitori detenuti, con la sentenza 215 del 1990<sup>43</sup> taccia la norma di incostituzionalità.<sup>44</sup> La sentenza sottolinea come anche la figura paterna sia rilevante all'interno del processo di crescita del figlio, ma subordina la possibilità del padre di accedere alla misura della detenzione domiciliare al decesso o all'impossibilità assoluta della madre.

Il caso riguardava un padre di prole al di sotto dei 3 anni di cui la madre non riusciva a prendersi cura perché affetta da psicosi invalidante. Il Tribunale di Sorveglianza aveva sollevato la questione di costituzionalità della norma prevista dall'art. 47 ter dell'Ordinamento penitenziario.

La questione di costituzionalità viene ritenuta effettivamente fondata dalla Consulta, avendo la norma in questione violato gli articoli 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, che concernono non solo l'uguaglianza sostanziale ma anche il diritto ai rapporti familiari, all'interesse del minore e alla salute psico-fisica.<sup>45</sup> La sentenza, in forma additiva, introduce così la possibilità anche per il padre di uscire di prigione per assumersi i diritti e i doveri conferiti dal suo ruolo. Ciò solo laddove la madre sia impossibilitata o deceduta.

Quanto affermato dalla Corte Costituzionale nel 1990 viene recepito appieno solo svariati anni dopo con la Legge 27 maggio 1998, n. 165, "Modifiche all'art. 656 del codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni"<sup>46</sup> soprannominata Legge Simeone-Saraceni.<sup>47</sup>

La disposizione include la possibilità per il padre ristretto di ottenere la detenzione domiciliare, aggiungendo al comma 1 dell'art. 47 ter o.p. la lettera b e amplia la possibilità di accedere alla misura *ex art. 47 ter*, estendendo il limite massimo di pena da 2 a 4 anni e l'età del minore da 5 a 10 anni.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Cfr. *Riv. Cassazione penale*, 1990, I, 1887. La questione era stata sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Trieste con ordinanza pubblicata in G.U., I serie spec., 1990, n.6.

<sup>44</sup> Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 Giugno 2013, dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale. *'La famiglia davanti ai suoi giudici'*.

<sup>45</sup> La sentenza recupera argomenti già sviluppati dalla Corte costituzionale in una precedente pronuncia: Corte cost., 19 gennaio 1987, (ud. 28 ottobre 1986), n. 1, Pres. La Pergola, rel. Spagnoli, <https://www.giurcost.org>.

<sup>46</sup> Legge 165/1998 consultabile presso <https://www.gazzettaufficiale.it/>.

<sup>47</sup> CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, 2010, 243ss.

<sup>48</sup> FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, 2013, 267.

Nel processo a tappe verso una sempre maggiore apertura dei diritti dei detenuti va citato anche il Decreto del Presidente della Repubblica del 30 giugno 2000, n.230, “Regolamento recante norme sull’Ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà”<sup>49</sup>, che si sostituisce al precedente Decreto del Presidente della Repubblica del 29 aprile 1976, n.431, “Approvazione del regolamento di esecuzione della Legge 26 luglio 1975, n.354, recante norme sull’Ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà”.<sup>50</sup> Il nuovo Regolamento, subentrato per raccordare la nostra legislazione interna con le norme comunitarie ed internazionali, conferisce una maggiore attenzione al nucleo familiare.<sup>51</sup>

La circolare allegata al D.P.R 230/2000 afferma difatti che alla base delle disposizioni vi sia una “considerazione che un più frequente e intenso contatto dei reclusi con le persone di riferimento all’esterno, particolarmente i familiari, può avere solo effetti positivi: il rafforzamento o almeno il contrasto all’indebolimento delle relazioni con la famiglia, il contenimento dell’effetto dell’isolamento della persona prodotto dalla reclusione, la riduzione delle tensioni dei detenuti e internati all’interno dell’istituto”.<sup>52</sup>

La tutela dell’affettività garantita dal nuovo Regolamento d’esecuzione si focalizza principalmente sui rapporti esterni che il detenuto ristretto può intrattenere con i propri familiari e in particolar modo con la prole in tenera età.

Vi sono numerose deroghe che il Regolamento adduce alla disciplina ordinaria, tra cui i colloqui<sup>53</sup> aggiuntivi permessi al genitore di bambino al di sotto dei 10 anni e le telefonate che il detenuto può effettuare con la prole anche superando il limite consentito mensilmente.<sup>54</sup>

È importante notare come in questo caso il Regolamento d’esecuzione tuteli in generale il diritto alla genitorialità intesa non solo come maternità e fornisca questi diritti e permessi indistintamente ad entrambi i genitori.

---

<sup>49</sup> D.P.R. 230/2000 consultabile su: <https://www.gazzettaufficiale.it/>.

<sup>50</sup> D.P.R. 431/1976 consultabile su: <https://www.gazzettaufficiale.it/>.

<sup>51</sup> CANAVELLI P., *Emanato il regolamento dell’ordinamento penitenziario*, in *Riv. Diritto penale e processo*, 2000, p. 1318

<sup>52</sup> BARGIACCHI C., *Esecuzione della pena e relazioni familiari*, in *Riv. ADIR- L’altro diritto*, 2002, <http://www.adir.unifi.it>.

<sup>53</sup> ARDITA F., DEGL’INNOCENTI L., FALDI S., *Diritto penitenziario*, 2012, 77; BELLANTONI G., in CORSO P., *Manuale dell’esecuzione penitenziaria*, 2019, 142; CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell’esecuzione delle sanzioni penali*, 2010, 150 ss.; DELLA CASA F., in *Riv. Diritto e procedura penale*, 1999, 122 ss.; MASTROPASQUA G., *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, 2007, 78;

<sup>54</sup> Come previsto dall’articolo 18 della Legge 354/1975, rubricato “colloqui, corrispondenza e informazione”.



Viene così a delinarsi un quadro normativo che presenta uno scompenso alquanto evidente: da un lato il diritto a mantenere rapporti con i familiari<sup>55</sup> e in particolar modo con i figli all'interno delle mura del carcere è consentito ad entrambi i genitori, dall'altro le misure che permettono l'uscita dall'istituto detentivo sono previste solamente per la madre e in via sussidiaria ed eccezionale per il padre. Sembra che nel caso in cui uno dei genitori sia stato condannato a pena detentiva, il legislatore abbia voluto riconoscere l'importanza per il minore al diritto di mantenere rapporti affettivi con entrambi i genitori, garantendogli invece il diritto a vivere in famiglia solo nei casi in cui sia la madre ad essere condannata.<sup>56</sup>

In linea con tale politica legislativa volta alla protezione esclusiva del rapporto genitoriale materno, si inserisce anche la Legge dell'8 marzo 2001, n. 40, "Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori"<sup>57</sup>.<sup>58</sup>

Questa previsione legislativa per tutelare la maternità e i diritti del bambino ha modificato numerose disposizioni non solo della Legge sull'ordinamento penitenziario, ma anche dello stesso Codice Penale, estendendo l'età del figlio minore da 1 a 3 anni per il rinvio obbligatorio e facoltativo previsto rispettivamente negli articoli 146 e 147 del Codice Penale.<sup>59</sup>

All'interno dell'Ordinamento penitenziario ha invece introdotto l'art. 21 bis che, garantendo l'assistenza all'esterno del figlio minore, permette alle madri che non hanno ottenuto la detenzione domiciliare o altra misura alternativa di accudire il bambino.<sup>60</sup>

Grazie alla medesima disposizione legislativa il Parlamento ha poi inserito all'interno della Legge 345/75 la detenzione domiciliare speciale<sup>61</sup>, una misura sussidiaria alla detenzione domiciliare ordinaria, richiedibile da parte della madre detenuta con condanna superiore a 4 anni.<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> BRUNETTI C., in *Riv. Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2008, f. 3, 107.; P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, 1981, 175 ss.

<sup>56</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 232.

<sup>57</sup> Legge 40/2001 consultabile presso: <https://www.gazzettaufficiale.it/>

<sup>58</sup> Riguardo tale legge si è pronunciata la dottrina, vedi in particolare: CANEVELLI P., *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Riv. Diritto penale e processo*, 2001, 807, e CESARIS L., *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *Riv. Legislazione penale*, 2002, 547.

<sup>59</sup> V. GRASSO G., ROMANO M., *Commentario Sistematico del codice penale II, art. 146*, 2012, 417.

<sup>60</sup> V. BELLANTONI G., *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1759; CESARIS C., *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8 marzo 2001, n. 40)*, cit., 547; KHRAISAT L., *sub art. 21 bis o.p.*, in *Codice di procedura penale commentato vol. III*, a cura di GIARDA A., SPANGHER G., 2017, 2283; MARCHETTI M.R., *Commento all'art. 21 bis o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2015, 294.

<sup>61</sup> Prevista dall'articolo 47 quinquies della Legge 354 del 1975.

<sup>62</sup> CESARIS L., *Art. 47 quinquies*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2015, 605

Come appare abbastanza evidente anche dal titolo della novella, l'intero ventaglio di misure concerne esclusivamente la figura materna, lasciando aperto un vuoto di tutela per quanto riguarda quella paterna. Benché il legislatore in un'ottica anche sovranazionale – accogliendo quanto previsto dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n.1469 del 2000 su “madri e bambini in carcere” – abbia previsto tali modifiche al nostro ordinamento, onde proteggere l'interesse del fanciullo e il suo diritto alla genitorialità, nell'atto pratico si è però pronunciato nella sola tutela della maternità.

Un importante passo in avanti in questo senso si ha con la riforma all'Ordinamento penitenziario operata dalla 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”<sup>63</sup> che, grazie alla formulazione del nuovo art. 21 ter, al primo comma fornisce un ulteriore beneficio a tutela della genitorialità, intesa nel suo complesso.<sup>64</sup>

La disposizione concerne una situazione eccezionale, in cui il minore potrebbe aver bisogno della presenza genitoriale a prescindere dal limite di età consueto (10 anni), quella di un figlio che versi “in gravi condizioni di salute” o “affetto da grave handicap”<sup>65</sup>.<sup>66</sup>

La particolarità della novella si rileva per molteplici aspetti: *in primis* non richiede il consueto requisito della convivenza con il genitore, presupposto per la concessione della misura di detenzione domiciliare ordinaria – art. 47 ter – e obiettivo della detenzione domiciliare speciale *ex art. 47 quinquies*.

In più tale permesso, ampliando la tutela del minore, può essere concesso indistintamente anche al padre alle medesime condizioni della madre a differenza di quanto previsto per l'assistenza all'esterno di figlio minore *ex art. 21 bis* che è fruibile per il padre solo laddove la madre sia impossibilitata o deceduta.

Nel 2011 la riforma, al fine di completare la tutela offerta al minore dall'art. 47 quinquies o.p., conferisce la possibilità di evitare l'ingresso in carcere a tutte le detenute madri che, seppur integrando gli altri presupposti dell'art. 47 quinquies, non avevano scontato un terzo di pena (o 15 anni in caso di ergastolo).

---

<sup>63</sup> Legge 62/2011 consultabile presso: <https://www.gazzettaufficiale.it/>.

<sup>64</sup> V. in materia anche SCOMPARI L., *Una “piccola” riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. Legislazione penale*, 2011, 597.

<sup>65</sup> In tale ipotesi il caso di figlio affetto da handicap grave è previsto dall'art. 4, comma 1, lett. c), della legge 16 aprile 2015, n. 47.

<sup>66</sup> Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 Giugno 2013, dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale, “*La famiglia davanti ai suoi giudici*”.

Il provvedimento istituisce gli ICAM<sup>67</sup> – Istituti a custodia attenuata per detenute madri – già esistenti in via sperimentale dal 2006<sup>68</sup> dove le condannate che mirano ad ottenere la detenzione domiciliare speciale possono iniziare a scontare la frazione di pena necessaria per poi ottenere la misura alternativa.

Gli istituti, come si evince dalla loro denominazione, presentano misure di sicurezza “attenuate” o meglio dissimulate in modo tale da facilitare la permanenza dei bambini al loro interno. Sono infatti nascosti tutti i sistemi di sicurezza, il personale non indossa le divise e si cerca di ricostruire il più possibile l’atmosfera dell’ambiente familiare.

Agli ICAM possono adire tutte le detenute con figli di età inferiore a 6 anni e che in seguito a vaglio giudiziale non siano risultate propense alla commissione di ulteriori delitti.

Altra possibilità che prevede la riforma del 2011, riguarda questa volta tutte le madri detenute che pur soddisfacendo completamente i parametri dell’art. 47 quinquies o.p. non detengono un luogo di stabile dimora.

In tal caso la Legge 62 del 2011 all’art. 3 garantisce al minore una continuità nel rapporto genitoriale, permettendo alla madre di scontare la pena residua in case famiglia protette, gestite dai servizi sociali.<sup>69</sup>

Va detto che tanto gli ICAM quanto le case famiglia protette hanno visto nel tempo una scarsa attuazione per la mancanza di finanziamenti statali.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Riguardo agli Istituti a Custodia Attenuata per detenute madri v. ROMBI N., in *Riv. Giurisprudenza Penale*, *L’articolo 21 bis o.p. al vaglio della Consulta*, “sono strutture dotate di un modello organizzativo analogo a quello, già sperimentato, degli istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti (c.d. «I.C.A.T.T.») di cui all’art. 95 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Si tratta, nello specifico, di istituti esterni alle carceri, costituenti unità di piccole dimensioni chiuse o semi chiuse, caratterizzati da un’organizzazione di tipo comunitario, in cui si tenta di ricreare un ambiente che appaia al minore il più familiare possibile. Un simile scopo è perseguito anche eliminando ogni riferimento all’edilizia carceraria, utilizzando sistemi di sicurezza che non risultino riconoscibili dai bambini, nonché, tra l’altro, prevedendo che gli stessi agenti di polizia penitenziaria operino senza divisa. Si prevede, altresì, l’intervento educativo di operatori specializzati con il compito di prendersi cura dei minori, di assicurare loro regolari uscite all’esterno e, soprattutto, di supportare le detenute nella costruzione di un rapporto madre -figlio sano, oltre che predisponendo un percorso individualizzato con opportunità scolastiche, di mediazione linguistica e culturale. Chiaro è come attraverso il ricorso all’istituto a custodia attenuata, il legislatore vorrebbe ridurre al minimo il rischio d’insorgenza di problemi nella crescita del minore legati allo sviluppo della sfera emotiva e relazionale. Dal punto di vista pratico, tali istituti sollevano non poche problematiche. Secondo la Relazione al Parlamento del Garante dei detenuti, spesso tali strutture sono posizionate in zone distanti o mal collegate dai servizi e dalle città. Il rischio, in questo caso, è che il prezzo che tali persone devono scontare per stare insieme, sia l’isolamento e la separazione dal resto della famiglia, oltre al difficile inserimento dei bambini in un contesto con altri coetanei e nella società stessa”, <https://www.giurisprudenzapenale.com>

<sup>68</sup> BELLANTONI G., *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Riv. Ordines*, n. 2/15, 15 ss., [www.ordines.it](http://www.ordines.it)

<sup>69</sup> FIORENTIN F., *La misura dell’affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Riv. Guida al diritto*, 2011, n. 23, 46.

<sup>70</sup> v. DEL GROSSO I., in PAJARDI D., ADORNO R., LENDARO C. M., ROMANO C. A., *Donne e carcere*, 2018, 199 ss.; per la nascita e lo sviluppo degli Icam, v. DI ROSA G., *Codice penale*, 2009, 4899 ss.; LONGO G. e MUSCHITIELLO A., *L’accoglienza dei bambini negli Istituti Penitenziari della Lombardia -l’esperienza pilota dell’ICAM di Milano*, in *Quad. ISSP*, n. 13/2015, pp. 129 ss.; MANZELLI, in ADORNO R. I., LENDARO C. M., PAJARDI D., *Donne e carcere*, 2018, 211 ss. Sull’attuale situazione delle coppie madre-figlio presenti nel circuito intramurario v.,

Va osservato che il superiore interesse del minore a crescere con entrambi i genitori è comunque divenuto via via più pregnante nel nostro ordinamento soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte Costituzionale: È quanto fa, per esempio, la Consulta nella sentenza 31/2012<sup>71</sup> dove non solo afferma come i diritti del bambino devono essere presi in considerazione rispetto alla pretesa punitiva dello Stato, ma ribadisce come a livello sovranazionale e non differentemente nel nostro sistema giuridico interno “l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”.<sup>72</sup> Emerge dalle testuali parole del giudice delle leggi che: “Come si vede, nell’ordinamento internazionale è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse, considerato preminente. E non diverso è l’indirizzo dell’ordinamento interno, nel quale l’interesse morale e materiale del minore ha assunto carattere di piena centralità, specialmente dopo la riforma attuata con la Legge 151/1975 – Riforma del diritto di famiglia – , e dopo la riforma dell’adozione realizzata con la Legge 184/1983 – Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori – come modificato dalla Legge 149/2001, cui hanno fatto seguito una serie di leggi speciali che hanno introdotto forme di tutela sempre più incisiva dei diritti del minore”.

Appena un anno dopo, con la sentenza 7/2013<sup>73</sup>, la Consulta, coinvolta in una vicenda analoga, non manca di ribadire come “l’interesse superiore del fanciullo”<sup>74</sup> debba essere posto in primo piano anche per assolvere agli adempimenti assunti dall’Italia nel contesto internazionale.

La spinta è verso uno spiccato processo di riforma, a cui hanno tentato di rispondere prima gli Stati Generali dell’Esecuzione penale nel 2015 (di cui si parlerà più approfonditamente nell’ultimo capitolo), seguiti dalla Commissione Giostra del 2017.

Tale Commissione legislativa, così denominata in virtù del professore Glauco Giostra che la presiedeva, aveva il compito di attuare le prescrizioni contenute nella Legge delega 23 giugno 2017, n.103 “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario”<sup>75</sup>.

---

altresi, i dati ed i rilievi contenuti in Antigone, *Mamme e bambini, XV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, <https://www.antigone.it>.

<sup>71</sup> Corte Costituzionale, sentenza 31/2012, consultabile su <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>72</sup> Articolo 3 della Legge di ratifica 176/1991 della Convenzione sui diritti del fanciullo, New York 20 Novembre 1989.

<sup>73</sup> Corte Costituzionale sentenza 7/2013, consultabile su <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>74</sup> Legge 77/2003 di ratifica della Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo il 25 Gennaio del 1996.

<sup>75</sup> Legge 103/2017 consultabile presso: <https://www.gazzettaufficiale.it>.

Un anno dopo nel 2018 in attuazione della Legge delega vengono emanati dal Governo tre decreti legislativi, il 121<sup>76</sup>, 123<sup>77</sup> e 124<sup>78</sup> che disciplinano la materia non affrontando però il *vulnus* degli automatismi ostativi.

### 3. L'intervento suppletivo della Corte Costituzionale

Il mancato recepimento all'interno dei decreti legislativi di molte proposte contenute nella Legge delega ha però visto ancora una volta il subentrare della Corte Costituzionale nelle veci del legislatore per colmare le lacune lasciate dalla Commissione Giostra.<sup>79</sup>

Uno dei temi lasciati in sospeso nell'attuazione della legge delega, in particolare, riguarda gli automatismi ostativi alle misure a tutela della maternità dell'ordinamento penitenziario nonostante numerose pronunce del giudice delle leggi per bandire ogni preclusione *a priori contra reum*.

La giurisprudenza, anche prima della Commissione Giostra, si è mostrata sempre più attenta ai diritti di un soggetto terzo e indifeso che non può soccombere alla mera possibilità di presenza di un pericolo sociale, come invece prevedevano le disposizioni ostativo. Non è sufficiente dunque prevedere istituti a tutela del genitore se questi possono essere svuotati di efficacia dalle numerose preclusioni automatiche contenute nelle stesse disposizioni che li garantiscono.

La Consulta si prefigge dunque di attuare in concreto il diritto del minore alla genitorialità, cercando di eliminare dal nostro ordinamento ogni condizione ostativa operante *ex tunc* che privi il giudice di potere discrezionale.

Il Tribunale o il magistrato di Sorveglianza, a seconda dei casi, nel momento in cui rilevavano una delle preclusioni predeterminate dalle norme si trovavano a ricoprire il ruolo di *bouche de loi* senza poter valutare le circostanze del caso concreto.

Già prima degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, le sentenze del giudice delle leggi numero 31 del 2012 e 7 del 2013 avevano iniziato a demolire gli automatismi legislativi a

---

<sup>76</sup> Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n.121, "Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103", <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>77</sup> Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n.123, "Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103." <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>78</sup> Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n.124, "Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103", <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>79</sup> V. FIORENTIN F., *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare per condannate madri*, in *Sistema Penale*, 19 Febbraio 2021, <https://www.sistemapenale.it> ; DELLA BELLA A., *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); RUARO M., *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, *ivi*; CARACENI L., *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, *ivi*.

ostacolo della genitorialità con due pronunce che riguardavano però il vaglio di costituzionalità della pena accessoria prevista dall'art. 569 del codice penale.

L'articolo della norma, che prevedeva la decadenza obbligatoria dalla responsabilità genitoriale per colui che fosse stato condannato per un delitto contro lo stato di famiglia, era stato ritenuto incostituzionale. La pronuncia aveva sancito come la privazione della responsabilità genitoriale non possa avvenire automaticamente per la commissione del delitto di alterazione di stato di famiglia previsto dall'art. 567 del codice penale.

Nell'anno seguente la Corte estende il medesimo principio anche per quanto riguarda il delitto ex art. 566 del codice penale (delitto di soppressione di stato).

Il punto cardine di entrambe le decisioni è chiaramente esposto nelle motivazioni delle sentenze: il giudice delle leggi addita la norma come contrastante con l'art. 3 della Costituzione, non solo perché va a privare il giudice del potere di discernimento della questione, ma soprattutto in quanto tale impedimento alla discrezione del magistrato comporta un sacrificio dell'interesse del minore senza che siano previamente ponderate le circostanze del caso.<sup>80</sup>

Non basta. Sulla stessa linea anche la pronuncia numero 239 del 2014 della Corte Costituzionale<sup>81</sup> sull'incostituzionalità del comma 1 dell'art. 4 bis della Legge 354/1975, laddove precludeva per determinate tipologie di reati la concessione della misura della detenzione domiciliare ordinaria e speciale (ex art. 47 ter e 47 quinquies o.p.).<sup>82</sup> Da questo momento in poi, una volta ottenuta la prognosi negativa di recidiva, anche un condannato per reato compreso nel novero contenuto nel primo comma dell'art. 4 bis dell'Ordinamento penitenziario può ottenere una misura alternativa volta all'accudimento della prole.

---

<sup>80</sup> La Corte Costituzionale nella sentenza 31/2012 afferma: "Tuttavia, proprio perché la pronuncia di decadenza va ad incidere sull'interesse del minore sopra indicato, non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato dell'art. 3 Cost., il disposto della norma censurata che, ignorando il detto interesse, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse. [...] È ragionevole, pertanto, affermare che il giudice possa valutare, nel caso concreto, la sussistenza di detta idoneità in funzione della tutela dell'interesse del minore." consultabile su <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>81</sup> Corte Cost. sentenza 239/2014 consultabile presso: <https://www.cortecostituzionale.it>

<sup>82</sup> Corte cost., sentenza 22 ottobre 2014, n. 239, commentata, fra gli altri, da CAPITTA A. M., *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Riv. Archivio penale*, n. 3/2014; PACE L., *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5/2014, 3948 ss.; SIRACUSANO F., *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5/2014, 3940 ss.; TABASCO G., *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. Archivio penale*, n. 3/2015; ZINGALES U., *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in *Riv. Minori e giustizia*, n. 2/2015, 186 ss.

La Corte Costituzionale riprendendo l'argomentazione, con la sentenza numero 76 del 2017<sup>83</sup> ritiene poi che il comma 1 bis dell'art. 47-quinquies dell'ordinamento penitenziario fosse contrario alla nostra Carta dei Diritti. Il comma in rilievo, impedendo a priori alle condannate per i reati dell'art. 4 bis o.p. di accedere alla misura, violava il comma 2 dell'art. 31 della Costituzione che sancisce i diritti di tutti i bambini alla genitorialità e all'infanzia.<sup>84</sup> Per il giudice delle leggi la sicurezza collettiva non può essere perseguita senza un preventivo bilanciamento dei diritti da effettuarsi in concreto e nel caso dell'articolo in oggetto: “non si è più in presenza di un bilanciamento tra principi, che si traduce nella determinazione di una ragionevole regola legale: si è al cospetto dell'introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore”.

È rilevante considerare come ancora una volta la Corte, all'interno del suo ragionamento, punti l'attenzione solo sulla figura materna, riconoscendo sì l'esigenza del minore all'affetto genitoriale, ma ristretto solo al rapporto con la madre come risulta evidente dalla proposizione di chiusura del considerato in diritto della sentenza “l'istituto in oggetto è [...] beneficio prioritariamente finalizzato a tutelare il rapporto tra la madre e il figlio minore”.

Di matrice giurisprudenziale, poco prima dei Decreti attuativi della Commissione Giostra, è l'ulteriore apertura del 2018 verso la protezione del diritto alla maternità intramuraria. La decisione 174 del 2018 riguarda il diritto della detenuta all'assistenza all'esterno nei confronti dei propri figli minori di 10 anni.<sup>85</sup> La Legge Finocchiaro, nell'introdurre questa misura aveva rimandato i presupposti per accedervi all'art. 21 o.p. riguardante la possibilità per i detenuti di lavorare all'esterno del carcere. Tra le varie condizioni per poter accedere a tale beneficio l'inammissibilità del permesso qualora il recluso sia stato condannato per uno dei reati elencati ai commi 1, 1 ter e 1 quater dell'art. 4 bis della l. 354/1975. In tal caso il detenuto può essere ammesso al lavoro extramurario solo laddove abbia scontato almeno un terzo della pena o 10 anni se si tratta di ergastolo.

La Legge 40 del 2001 facendo coincidere i requisiti dell'art. 21 bis con quelli dell'art. 21, ha di conseguenza limitato l'applicabilità della misura anche alle madri recluse ex art. 4 bis o.p. e la Corte, oltre a rilevare l'ennesimo automatismo incompatibile con l'assegnazione di un

---

<sup>83</sup> Corte Cost. sentenza 76/2017 consultabile presso: <https://www.cortecostituzionale.it>

<sup>84</sup> Articolo 31.2 Costituzione afferma: “La Repubblica [...] protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.

<sup>85</sup> Corte Cost. sentenza 174/2018 consultabile presso: <https://www.cortecostituzionale.it>

trattamento penitenziario individualizzante, sottolinea come la differente natura dei due istituti debba condurre a richiedere requisiti differenti.<sup>86</sup>

Mentre il lavoro all'esterno è un istituto con una funzione risocializzante e risponde principalmente ad una *ratio* rieducativa, l'assistenza all'esterno dei figli minori ha anche un altro scopo.

L'art. 21 bis, in accordo con la legge che lo ha introdotto, aggiunge uno strumento a tutela della maternità e la rieducazione della condannata che avviene permettendole di coltivare le relazioni affettive con la prole, è una conseguenza di rilievo secondario rispetto al reale obiettivo della norma.

Avendo considerato la filosofia di entrambi gli istituti, risulta oggettivo come le condizioni previste per l'art. 21 siano eccessivamente limitanti per una disposizione che come quella dell'art. 21 bis coinvolge un interesse terzo al processo.<sup>87</sup> La Consulta conclude quindi ritenendo che l'art. 21 bis sia incostituzionale per aver violato il comma 2 dell'art. 31 della Costituzione, laddove rinvia alla disposizione dell'Ordinamento penitenziario sul lavoro all'esterno anche in riferimento alle condizioni di applicazione della misura.

A completare il quadro giurisprudenziale a tutela del minore si inserisce poi anche la sentenza 18 del 2020<sup>88</sup> della Corte Costituzionale che va a smontare una presunzione legale assoluta dovuta all'età del minore prevista nell'art. 47 quinquies o.p. Tale norma viola gli articoli 3 e 31 della Costituzione laddove non prevede che la detenzione domiciliare speciale possa essere applicata a prescindere dall'età anche nel caso di madre con figlio affetto da handicap grave<sup>89</sup>.

Ancora una volta la giurisprudenza tenta di rendere effettivo il diritto del bambino a vivere in famiglia eliminando gli automatismi ostativi che le riforme fino al 2018 avevano lasciato intatti.

---

<sup>86</sup> La Corte nella sentenza 174/2018 afferma difatti che : “In definitiva, i requisiti legislativi previsti per l'accesso a un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto tra madre e figli in tenera età, non possono coincidere con quelli per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno, il quale è esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato, senza immediate ricadute su soggetti diversi da quest'ultimo” .

<sup>87</sup> Per approfondimenti vedi Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174 : CESARIS L., *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Riv. italiana diritto e procedura penale*, 2018, 1798; SCHIRÒ D. M., *L'interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile “normale” con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Riv. Diritto penale contemporaneo*, 2018, 11, 105; MENGHINI A., *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione*, in *Riv. Diritto penale e processo*, 2019, 48; MANTOVANI G., *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, in *La legislazione penale*, 1/2018, <https://www.penalecontemporaneo.it>; ROMBI N., *L'art. 21 bis o.p. al vaglio della Consulta: illegittime le condizioni ostative previste per le condannate per uno dei delitti di cui all'art 4bis o.p.* in *Riv. www.giurisprudenzapenale.com*

<sup>88</sup> Corte Cost. sentenza 18/2020 consultabile presso: <https://www.cortecostituzionale.it>

<sup>89</sup> Per “handicap grave” va inteso quanto stabilito nell'art. 3, comma 3, della Legge 5 febbraio 1992, n. 104 “*Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*”. <https://www.gazzettaufficiale.it>.



#### 4. Articoli che tutelano la maternità

Le norme che nel nostro Ordinamento penitenziario salvaguardano il diritto della prole a proseguire un rapporto affettivo-filiale anche all'interno del carcere sono molteplici.

Se il Codice Penale Rocco del 1930 forniva una “primitiva”<sup>90</sup> protezione al rapporto genitoriale materno, una tutela particolare prende il via con le riforme all'Ordinamento penitenziario adottate dalla Legge n. 40 del 2001 e da quella n. 62 del 2011 (vedi nel dettaglio l'evoluzione storica al paragrafo precedente).

Nel Codice Penale le due norme cardine in materia sono gli articoli 146<sup>91</sup> e 147 che disciplinano rispettivamente il rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena.<sup>92</sup> La *ratio* del legislatore è quella di garantire un trattamento umanitario e non degradante alla detenuta madre e proteggere quanto più possibile il bambino.

Nel caso della donna incinta entra in rilievo anche il diritto alla salute della detenuta<sup>93</sup>, che richiede una gestazione al di fuori delle mura carcerarie.

Lo stesso diritto *ex art.* 32 della Costituzione deve essere garantito anche al bambino che ancora dipende fisicamente dalla madre almeno fino al primo anno di età.

Le norme sul rinvio dell'esecuzione della pena trovano dunque la loro ragion d'essere nel combinato disposto degli articoli 32 e 27 della Costituzione, per cui il trattamento penitenziario non potrà essere contrario al senso di umanità, non dovrà andare a ledere la salute del condannato, né tantomeno quella di un terzo estraneo al reato, quale è il bambino figlio della detenuta.<sup>94</sup>

L'applicazione viene però meno in seguito alla Legge Simeone-Saraceni n.165/1998<sup>95</sup> che estende l'ambito di applicazione della detenzione domiciliare alle detenute madri modificando l'art. 47 ter dell'ordinamento penitenziario.<sup>96</sup>

---

<sup>90</sup> La tutela alla maternità fornita dal Codice penale può essere considerata “primitiva” perché non solo l'ordinamento penitenziario ma anche le successive leggi di modifica a quest'ultimo estesero la sfera dei diritti delle madri condannate a pena detentiva.

<sup>91</sup> Per un esame approfondito dell'argomento v. CALAIOLLI A., BRANCACCIO M., *Commento all'art. 146 c.p.* in PADOVANI T., *Codice penale, Volume I*, 2011, 951 ss.; GRASSO G., *Commento all'art. 146 c.p.*, in ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale, Volume II*, 2012, 416 ss.

<sup>92</sup> DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice Penale commentato*, 2015, 2059.; PULVIRENTI R., *Dal giusto processo alla giusta pena*, 2008, 169; ROMANO M., *Commentario Sistematico del Codice Penale Volume II, articolo 146*, 2012, 417;

<sup>93</sup> La Costituzione all'articolo 32 sancisce che: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo [...]”

<sup>94</sup> V. Corte Cost. sentenza 145/2009, in <https://www.cortecostituzionale.it>; DI CHIARA G., *Osservatorio Corte Costituzionale*, in *Riv. Diritto Penale e Processo*, 2009, 9, 1095; GALLISAI P., *Rinvio dell'esecuzione della pena*, in *Riv. NsDI*, A, VI, 1986, 850

<sup>95</sup> E già con la l. 27.5.1998, n. 165, che ha introdotto la misura *ex* articolo 47 ter o.p. le due disposizioni avevano perso gran parte della loro importanza.

<sup>96</sup> Per quanto riguarda le specifiche modifiche introdotte dalla Legge in questione si rinvia al paragrafo precedente.

Il comma 1 ter dell'articolo detta che: "Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli art. 146 e 147 del Codice Penale, il Tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare".

In seguito all'introduzione di questo articolo la detenzione domiciliare *ex art. 47 ter o.p.* ingloba al suo interno tutti i casi che prima rientravano nel rinvio dell'esecuzione obbligatoria o facoltativa.<sup>97</sup>

Si sono susseguite interpretazioni contrastanti riguardo come dovesse essere inteso questo nuovo comma.

La dottrina maggioritaria<sup>98</sup> ritiene che debba applicarsi in via prevalente la misura alternativa della detenzione domiciliare e solo laddove le condizioni di salute risultino incompatibili con tale misura vada rinviata l'esecuzione della pena.

L'applicazione dell'art. 47 ter o.p in luogo del 146 presenta infatti due vantaggi: da un lato la detenzione domiciliare è una misura che salvaguarda maggiormente la sicurezza collettiva rispetto all'alternativa della libertà, dall'altro il periodo trascorso scontando la pena presso il domicilio viene imputato ai fini della durata della stessa.

Dottrina minoritaria<sup>99</sup> afferma invece che la misura alternativa debba essere concessa esclusivamente nei casi in cui si applicherebbe il rinvio facoltativo dell'esecuzione *ex art. 147 c.p.* e non invece per quanto concerne il rinvio obbligatorio.

Tale tesi considera infatti un eccessivo nocumento applicare una misura alternativa alla detenzione, che nei fatti prevede comunque delle restrizioni, al condannato che invece grazie all'art. 146 c.p. dovrebbe ottenere la libertà.

La giurisprudenza in materia<sup>100</sup> ha preso posizione conforme a quella della dottrina prevalente, ritenendo che si debba preferire la detenzione domiciliare in tutti i casi in cui questa sia compatibile con lo stato di salute del condannato e soprattutto laddove possa conseguirsi, nonostante le condizioni di salute, il fine rieducativo della pena.

---

<sup>97</sup> Ciò è riconosciuto anche dalla giurisprudenza: sentenza Corte di Cass. Pen. Sez. 1, n. 39497 del 03/10/2007; sentenza Corte di Cass. Sez. F, n. 38036 del 28/08/2014, Sibio, <http://www.italgiure.giustizia.it>;

<sup>98</sup> CESARIS L., *La detenzione domiciliare come modalità alternativa dell'esecuzione penitenziaria*, in GREVI V., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, 344; DOLCINI E., DELLA BELLA A., *Commento all'art. 146 c.p.*, in CRESPI A., FORTI G., ZUCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, 2008, p. 496.

<sup>99</sup> ROMANO M., *Commentario Sistematico del Codice Penale Volume II, articolo 146*, 2012, 420; CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, 2006, 360.

<sup>100</sup> V. Corte di Cass. sentenza n. 4328 del 12/06/2000, Sibio; Corte di Cass. sentenza n. 26806 del 27/05/2008, Nunnari; Corte di Cass. sentenza n. 28555 del 18/6/2008, Graziano; Corte di Cass. sentenza n. 26136 del 06/06/2012, Scudera, <http://www.italgiure.giustizia.it>;

Un'interpretazione confermata anche dal giudice di legittimità soprattutto nel caso di donna in stato di gravidanza.<sup>101</sup>

La Corte Costituzionale nel 2009<sup>102</sup> investita del dubbio di costituzionalità del comma 1 numeri 1 e 2 dell'art. 146 c.p., con ordinanza dichiara infondata la questione, ribadendo come il comma 1 ter dell'art. 47 ter o.p. costituisca una misura ad integrazione del rinvio obbligatorio della pena (si è accennato a tale sentenza già nel paragrafo precedente).

Il caso di specie riguarda una condannata madre di un bambino di età inferiore a un anno già beneficiaria durante la gestazione del provvedimento di scarcerazione *ex art.* 146 c.p. Il Tribunale di sorveglianza di Venezia ha ritenuto che la norma in questione violasse il principio di proporzionalità e quello di individualizzazione e progressione del trattamento penitenziario, là dove il rinvio dell'esecuzione dovesse essere disposto anche qualora non fosse adeguato a prevenire la commissione di ulteriori reati da parte della donna.

I parametri di costituzionalità ritenuti violati consisterebbero negli articoli 3, 27, terzo comma, e 30 della Carta delle leggi.

Il rimettente ritiene infatti che qualora, in seguito a prognosi effettuata *ex ante*, risulti in concreto sussistente per la condannata il pericolo di recidiva e nel caso in cui la pena detentiva possa essere scontata in carcere senza arrecare un danno al bambino o alla donna in stato di gravidanza, il giudice dovrebbe poter negare il rinvio obbligatorio della pena. Per questo il Tribunale di sorveglianza di Venezia attribuisce all'automatismo del rinvio obbligatorio, a prescindere da ogni valutazione giudiziale, una violazione dei principi costituzionali.

Il giudice delle leggi ritiene la questione infondata affermando che: “la norma impugnata [...] è mossa dall'esigenza di offrire la massima tutela al nascituro e al bambino di età inferiore ad un anno, e mira ad evitare che l'inserimento in un contesto punitivo e normalmente povero di stimoli possa nuocere al fondamentale diritto tanto della donna di portare a compimento serenamente la gravidanza, quanto del minore di vivere la peculiare relazione con la figura materna in un ambiente favorevole per il suo adeguato sviluppo psichico e fisico”.

La Corte Costituzionale prosegue sostenendo che lo stesso legislatore ha previsto che, la tutela del rapporto materno nel periodo della gestazione e della prima infanzia del bambino, debba avvenire in luogo adatto. Di conseguenza, qualora ciò possa essere perseguito solo con il rinvio dell'esecuzione della pena, l'interesse statale ad eseguirla viene meno, in virtù della salvaguardia del rapporto madre-figlio.

---

<sup>101</sup> Corte di Cass., Sezione I, sentenza n. 20480 del 19/03/2001, Gabrielli, <http://www.italgiure.giustizia.it>;

<sup>102</sup> Ordinanza 145/2009 della Corte Costituzionale, in *Riv. Diritto Penale Processuale*, 2009, 9, 1095.

Rispetto a quanto affermato dal giudice rimettente circa la violazione della funzione della pena, la Corte sottolinea che la misura *ex art.146 c.p.* non consiste in una “rinuncia *sine die* alla relativa esecuzione, ma solo ad un differimento per un periodo limitato”.

Tra l'altro la tutela general-preventiva viene garantita applicando, in luogo del rinvio della pena, la detenzione domiciliare *ex comma 1 ter dell'art. 47 ter o.p.* che il Tribunale di sorveglianza può disporre *ex officio* laddove, come più volte ribadito sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, tale misura non implichi un pregiudizio per le condizioni di salute sia della madre che del bambino.

La Corte supera anche il dubbio di incostituzionalità dell'art. 146 c.p. con l'art. 30 della Costituzione, dimostrando che la norma del codice non possa essere utilizzata per eludere l'entrata in carcere. Qualora infatti la condannata decada dalla responsabilità genitoriale, abbandoni l'infante o lo affidi ad altri, il rinvio dell'esecuzione non sarà concesso e se già ottenuto verrà revocato.

La conclusione della Corte è che quanto ipotizzato dal Tribunale di sorveglianza di Venezia circa l'abuso della condizione di genitore con il fine di ottenere la misura prevista dall'art. 146 c.p. è nei fatti impossibile, dato che uno dei requisiti per ottenerla consiste nell'adempimento dei doveri genitoriali nei confronti dell'infante.

Come affermato dalla sentenza appena esaminata i due strumenti, di detenzione domiciliare e di rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena, si integrano a vicenda per completare le esigenze costituzionalmente protette della maternità e della protezione sociale.

Nei fatti però, l'art. 146 del c.p. ha perso il suo carattere obbligatorio.<sup>103</sup>

Il comma 1 ter dell'art. 47 ter o.p stabilisce infatti che il Tribunale di sorveglianza “può disporre la detenzione domiciliare” anche nei casi rientranti nel rinvio obbligatorio, sarà dunque demandato alla discrezionalità giudiziaria se accordare il rinvio dell'esecuzione o la detenzione domiciliare. Eppure il tenore testuale dell'art. 146 c.p. non implica alcuna discrezionalità giudiziaria in materia, ma anzi di per sé vincola l'organo decidente ad applicare il rinvio dell'esecuzione laddove la condannata sia donna incinta o madre di un infante minore di un anno.

Il legislatore, ha controbilanciato l'automatica concessione della norma ponendo una serie di condizioni ostative alla misura che, qualora verificatesi, impediscono la concessione tanto del rinvio obbligatorio quanto del rinvio *ex art. 147 c.p.* Tra queste rientrano: l'interruzione della gravidanza, la decadenza dalla responsabilità genitoriale<sup>104</sup> o la morte del

---

<sup>103</sup> CESARIS L., *Sub art. 47 ter ordinamento penitenziario*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, 2011, 647.

<sup>104</sup> Ai sensi dell'articolo 330 del Codice Civile.

bambino, il suo abbandono o affidamento a terzi.<sup>105</sup> Nei casi di interruzione di gravidanza o di decesso del bambino durante il parto, perché il rinvio venga revocato è però necessario che siano intercorsi almeno due mesi da tali eventi.<sup>106</sup> L'art. 147 del Codice Penale completa poi la tutela della maternità andando ad estendere il rinvio dell'esecuzione della pena anche ai casi in cui la condannata sia madre di un bambino di età compresa fra uno e tre anni.

Rispetto alla norma precedente che riguarda i casi di rinvio obbligatorio – o che tali dovrebbero essere in accordo con l'elemento testuale<sup>107</sup> – il rinvio della pena ex art.147, come anticipato, differisce per la sua facoltatività: prevede cioè una ponderazione giudiziale tra le esigenze della condannata e del bambino e quelle di sicurezza sociale. Il Tribunale di sorveglianza deve quindi effettuare una prognosi in merito al pericolo di commissione di ulteriori delitti e solo laddove quest'ultima abbia esito positivo, accordare la misura.<sup>108</sup>

A prescindere dalla facoltatività o dall'obbligatorietà del rinvio, presupposto alla base di tali misure è la sentenza di condanna ad una pena non pecuniaria.<sup>109</sup> All'interno del novero delle pene che possono essere rinviate ex art.146 o 147 rientrano quelle detentive, sostitutive (semidetenzione e libertà controllata)<sup>110</sup>, le pene che risultano dalla conversione di quelle pecuniarie (lavoro sostitutivo e libertà vigilata) e quelle per i reati di competenza del giudice di pace (permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità)<sup>111, 112</sup>

Inoltre, gli articoli 146 e 147, oltre a rinviare l'esecuzione della pena, ne permettono anche la sospensione qualora l'esecuzione sia già in corso.<sup>113</sup>

Il rinvio della pena è nel nostro ordinamento la misura che tutela in modo più completo la maternità, in virtù dell'interesse del figlio alla presenza del genitore e le altre misure, disciplinate invece nell'Ordinamento penitenziario, forniscono delle tutele via via decrescenti.

All'interno della Legge 354/1975, il principale strumento che il Parlamento pone per riscattare il diritto alla genitorialità consiste nell'art. 47 ter dell'Ordinamento penitenziario, ovvero la misura alternativa della detenzione domiciliare ordinaria concessa alla madre condannata (e in casi residuali al padre) dal comma 1 e in via sussidiaria dal comma 1 ter. La

---

<sup>105</sup> GUAZZALOCA B., PAVARINI M., *L'esecuzione penitenziaria*, 1995, 182;

<sup>106</sup> DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice Penale Commentato, Tomo I, Articoli 1-313*, 2015, 2059.

<sup>107</sup> Si è visto come in seguito all'introduzione del comma 1 ter dell'articolo 47 ter dell'o.p. anche il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena ha perso il suo connotato di obbligatorietà.

<sup>108</sup> DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice Penale Commentato, Tomo I, Articoli 1-313*, 2015, 2058..

<sup>109</sup> Corte Cost. sentenza 25/1979, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale* 1979, I, 285

<sup>110</sup> Come stabilito dagli articoli 57, 69 e 107 della l.689/1981 e in accordo con l'articolo 684 c.1 del Codice di Procedura Penale.

<sup>111</sup> V. articolo 58 d.lgs. 274/2000, <https://www.gazzettaufficiale.it>..

<sup>112</sup> DOLCINI E., DELLA BELLA A., *Commento all'art. 146 c.p.*, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, 2008, 495; ROMANO M., *Commentario Sistematico del Codice Penale Volume II, articolo 146*, 2012, 423.

<sup>113</sup> Come previsto dall'articolo 684 c.2 c.p.p. v. MASELLI E., *Rinvio dell'esecuzione della pena*, NsDI, XV, 1968, 1182; ROMANO M., *Commentario Sistematico del Codice Penale Volume II, articolo 146*, 2012, 419.

detenzione domiciliare costituisce un istituto di cui il legislatore spesso ha abusato per cercare di rispondere alle esigenze di sovraffollamento carcerario, in particolar modo dopo la Sentenza della Cedu del 2013 sul ricorso Torreggiani e altri contro l'Italia.<sup>114</sup>

Nel caso però della concessione alla madre di bambino in tenera età viene in rilievo una *ratio legis* diversa, basata su una finalità assistenziale e umanitaria e non invece su una politica legislativa, volta a risolvere un problema strutturale.

Destinataria della misura è la madre di un bambino al di sotto di 10 anni, condannata a non più di 4 anni di detenzione oppure colei che debba finire di scontare un residuo di pena sempre al di sotto di tale limite.

Originariamente le soglie per l'accesso alla misura erano molto più strette, tanto che prima della Legge 165/1998<sup>115</sup> la condanna della detenuta madre non doveva superare i 3 anni di detenzione. Anche il limite dell'età del bambino è stato via via innalzato grazie a modifiche legislative, dai tre anni che erano previsti dalla Legge istitutiva della detenzione domiciliare<sup>116</sup>. Il Decreto Legge 187/1993 convertito poi nella Legge 296/1993 ha ulteriormente esteso la soglia per ottenere la misura fino al quinto anno del bambino, e infine la Legge Simeone-Saraceni<sup>117</sup> ha abrogato il comma 1 lett. a) nella parte in cui parla di "donna che allatta la propria prole" e ha allungato il presupposto d'accesso alla misura fino al decimo anno d'età del fanciullo, conducendo alla sua formulazione attuale.<sup>118</sup>

La dottrina in passato, basandosi sulla precedente formulazione della disposizione che riguardava principalmente la donna incinta o la madre di un infante, sosteneva che l'art. 47 ter o.p. avesse come fine ultimo quello di evitare l'entrata del fanciullo in carcere.<sup>119</sup> Infatti qualora la detenuta avesse dovuto scontare la pena all'interno dell'istituto, il bambino non poteva non seguirla, dipendendo da lei per via dell'allattamento. L'evoluzione normativa della detenzione domiciliare per le detenute madri ha tuttavia reso evidente come il bene giuridico tutelato dal legislatore sia di gran lunga più ampio e vada a ricomprendere il rapporto materno fino circa alla pubertà del bambino. Di conseguenza anche dopo aver usufruito del rinvio obbligatorio fino a un anno del bambino e di quello facoltativo fino ai 3 anni, il minore potrà vivere insieme

---

<sup>114</sup> Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, in *www.echr.coe.int*. Vedi anche TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Riv. Cassazione penale*, 2013, 11; VIGANO F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>115</sup> Legge 165/1998, *https://www.gazzettaufficiale.it*.

<sup>116</sup> La cosiddetta Legge Gozzini n. 663 del 1986, *https://www.gazzettaufficiale.it*.

<sup>117</sup> L. 165/1998, *https://www.gazzettaufficiale.it*.

<sup>118</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 658.

<sup>119</sup> V. PRESUTTI A., in *Riv. La Legislazione Penale*, 1987, 164; CESARIS L., in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, 348; in generale sul problema v. BIONDI G., in *Riv. Diritto penale e processo*, 1997, 632; SCHIRÒ D. M., in *Riv. Archivio Penale*, f. 2/2019; COMUCCI V., in PRESUTTI A. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, 1999, 190; PRESUTTI A., *ivi*, 1999, 58 s.; GRIFFEY M., in *Riv. Critica penale* 1998, 23.

al genitore fino all'età di 10 anni, qualora ciò sia in linea con la sicurezza collettiva e con il suo interesse.

Rimangono controverse le possibili motivazioni che abbiano indotto il legislatore a considerare non indispensabile la protezione del rapporto materno del bambino ultradecenne. Sul tema la Corte Costituzionale nella sentenza 350/2003 ha per la prima volta incrinato il limite della soglia d'età del bambino, sancendo come l'art. 47 ter o.p. debba poter essere applicato anche alla madre di un soggetto incapace a prescindere dall'età. Se così non fosse, la *ratio* della norma verrebbe meno e il soggetto per il solo fattore anagrafico verrebbe pregiudicato dall'assenza del genitore detenuto.

Secondo il giudice delle leggi il soggetto debole protetto dalla norma non è solo il minore di 10 anni, incapace per via dell'età, ma anche colui che è affetto da handicap totalmente invalidante, in entrambi i casi il ruolo materno è considerato fondamentale ai fini della cura del figlio e della sua crescita sana, ovvero quello che l'art. 3 della Costituzione intende come mezzo per "rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità". La Consulta con una sentenza additiva sancisce dunque l'incostituzionalità del comma 1 lett. a) e b) dell'art. 47 ter o.p. laddove la misura alternativa non sia concessa al genitore di figlio con handicap totalmente invalidante.

Restano, ovviamente, le ulteriori condizioni perché alla detenuta sia concessa la detenzione domiciliare come il requisito di convivenza con il figlio e, se la donna ha già iniziato a scontare la pena in carcere, la possibilità di ripristinarla.

Anche il padre condannato può beneficiarne ma a patto che la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata ad accudire il bambino. A introdurre per la prima volta questa possibilità è la Legge 165/1998 che, con la lettera b) al comma 1 e la concede solo qualora prima della condanna convivesse con il figlio.

Non solo, nel testo di legge è richiesta espressamente anche la responsabilità genitoriale, nonostante risulti evidente come la prima condizione implichi in via automatica la sussistenza della seconda, per cui anche nel caso del primo comma alla lettera a), la madre per accedere alla misura non deve essere né decaduta né sospesa dalla responsabilità genitoriale (nonostante l'articolo non lo richieda esplicitamente).

L'art. 47 ter dell'Ordinamento penitenziario presenta una formulazione molto generica<sup>120</sup> che consente di richiedere la detenzione domiciliare anche alla madre non naturale ma adottiva di prole al di sotto dei 10 anni.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> L'articolo 47 ter o.p. parla infatti di "madre di prole" e non di "madre di un figlio" che lascerebbe intendere una certa connotazione naturale della filiazione.

<sup>121</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 659.

Va detto che la detenzione domiciliare per la detenuta madre prevede requisiti meno rigidi rispetto a quelli richiesti per la semilibertà regolata dall'art. 50 o.p.<sup>122</sup>. Per l'accesso non viene richiesta infatti la prova di un'evoluzione positiva della condotta del detenuto durante il trattamento penitenziario, dimostrazione invece necessaria per accedere alla semilibertà *ex art. 50 o.p.*<sup>123</sup>

L'ultimo comma dell'art. 50 o.p. si applica poi unicamente alla madre di figlio al di sotto dei 3 anni, una soglia di età di molto più bassa rispetto a quella prevista dalla detenzione domiciliare. In più l'articolo non fa riferimento alcuno all'ipotesi di concessione della medesima misura al padre detenuto.

Ciò nonostante questo impianto normativo è stato considerato incompleto e inadatto a tutelare il minore in accordo con il dettato normativo dell'art. 31 della Costituzione e si pone di integrare il sistema di protezione del fanciullo e introdurre ulteriori strumenti di tutela. Un tentativo in tal senso è quello fatto dalla Legge 40/2001<sup>124</sup>, dal titolo "Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori", che si pone l'obiettivo di "attuare il dettato costituzionale abolendo la carcerazione dei minori e assicurando l'assistenza materna in modo continuato ed in ambiente familiare"<sup>125</sup>

La Legge introduce l'art. 47 quinquies, la cosiddetta detenzione domiciliare speciale e l'art. 21 bis nell'Ordinamento penitenziario che permette alla detenuta madre e in taluni casi anche al padre condannato di ottenere una misura alternativa alla detenzione.<sup>126</sup> Oltre ad attuare l'art. 31 della Costituzione, la misura costituisce una risposta a quanto richiesto dalla Raccomandazione 2000/1469<sup>127</sup> del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa riguardo la condizione delle detenute madri.<sup>128</sup>

---

<sup>122</sup> L'ultimo comma dell'art. 50 o.p., riguardante l'ammissione alla semilibertà, prevede che : "Se l'ammissione alla semilibertà riguarda una detenuta madre di un figlio di età inferiore a tre anni, essa ha diritto di usufruire della casa per la semilibertà di cui all'ultimo comma dell'articolo 92 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431".

<sup>123</sup> CESARIS L, *op. cit.*, 348; *contra* TAMPIERI L, in FLORA G, *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, 1987, 223.

<sup>124</sup> Per maggiori approfondimenti vedi paragrafo precedente sull'evoluzione storica delle norme.

<sup>125</sup> È quanto affermato dalla Relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997, in *Atti Camera, XIII legislatura, stamp. n. 4426*.

<sup>126</sup> DELLA CASA F. , GIOSTRA G. , *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 706.

<sup>127</sup> Raccomandazione 2000/1469 consultabile su: <https://www.giustizia.it> .

<sup>128</sup> Il provvedimento non è rimasto un caso isolato, è stato infatti poi succeduto da ulteriori misure sia comunitarie che internazionali in materia tra cui ad esempio la Risoluzione del 13 marzo del 2008 del Parlamento europeo "sulla particolare situazione delle donne detenute", nonché le Regole per il trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reati, adottate dalle Nazioni Unite (c.d. Regole di Bangkok, adottate il 6 ottobre 2010), che incoraggiano gli Stati membri ad "adottare una legislazione per predisporre delle alternative alla detenzione e dare priorità al finanziamento di tali sistemi, nonché all'elaborazione dei meccanismi necessari per la loro realizzazione" e sottolineano che "al momento di decidere le misure pre-sentenza o la pena da irrogare ad una donna incinta o ad una donna che rappresenta l'unico sostegno di un bambino, bisognerà privilegiare le misure non privative della libertà quando possibile e appropriato, e non prevedere la detenzione se non in caso di reati gravi o violenti".



Anche la legge 40 del 2001 non pone però una soluzione definitiva al problema dei bambini in carcere, perciò sono state adottate ulteriori misure di salvaguardia del “diritto del bambino ad avere un sano e corretto rapporto con la madre”<sup>129</sup>.

Con tali strumenti si è cercato di completare il progetto che la legge del 2001 aveva per certi versi lasciato in sospeso.<sup>130</sup>

Uno dei principali elementi che i progetti legislativi hanno cercato di colmare, consiste nella realizzazione delle case famiglia protette, ovvero “strutture capaci di considerare, insieme alla sicurezza, anche le necessità dei bambini così da garantire a questi ultimi per quanto possibile un corretto e sano sviluppo psicofisico”<sup>131</sup>.

La Legge che istituisce le case famiglia protette assume un ruolo meramente programmatico tanto da venir definita “legge manifesto”<sup>132</sup> dato che prevedeva che il Ministro della Giustizia stabilisse entro centottanta giorni con un decreto “le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette”, facendo in modo che tale introduzione non richiedesse un ulteriore finanziamento statale.<sup>133</sup>

Destinatari della misura sono le “condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci” e il padre, qualora “la madre sia deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”<sup>134</sup>

Tale espressione che sancisce la possibilità per il padre condannato di accedere alla misura, ricorda quella prevista dalla detenzione domiciliare ordinaria, ma a differenza di questa viene meno il termine “assolutamente” riguardo l’impossibilità della madre.

L’assenza di tale avverbio ha portato ad un’interpretazione differente tra le due disposizioni *ex art.47 ter e art. 47 quinquies* riguardo il significato dell’“impossibilità” della madre.

Mentre il primo articolo sembra alludere a una vera e propria incapacità, il secondo invece concerne la situazione di “grave difficoltà”<sup>135</sup>.

Il settimo comma dell’art. 47 quinquies o.p. ha poi ulteriormente ridotto la possibilità di concedere al padre la misura, prevedendo come requisito ulteriore che non vi sia modo di affidare il bambino ad altre persone,<sup>136</sup> un’indicazione aggiuntiva, non contenuta invece nella

---

<sup>129</sup> Relazione al d.d.l. d’iniziativa del DEP. BERNARDINI e altri, in *Atti Camera. XVI leg.*, stamp. n. 1814.

<sup>130</sup> V. Relazioni al d.d.l. d’iniziativa dei DEP. BRUGGER e ZELLER, in *Atti Camera. XVI leg.*, stamp. n. 52; al d.d.l. d’iniziativa del DEP. FERRANTI e altri, *ivi*, stamp. n. 2011

<sup>131</sup> Relazione al d.d.l. stamp. n. 1814, *cit.*

<sup>132</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 707.

<sup>133</sup> MARCOLINI S., *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in *Riv. Penale contemporaneo*, 5 maggio 2011, <https://www.penalecontemporaneo.it/>

<sup>134</sup> Articolo 47-quinquies settimo comma Ordinamento penitenziario.

<sup>135</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 707.

<sup>136</sup> V. PICCIOTTO A., in *Riv. Diritto e giustizia*, f. 13, 18, 2001, il quale la considera una “facoltà residuale”.

detenzione ordinaria, considerata dalla dottrina una “*deminutio* del padre rispetto ad altri, anche terzi rispetto al consorzio affettivo di regola rappresentato da parenti ed affini”<sup>137</sup>

Requisito per l’applicazione della misura è innanzitutto l’età del minore, che in accordo con quanto disposto anche dalla detenzione domiciliare ordinaria non deve aver ancora compiuto dieci anni.

Il limite di età si intende riferito al momento del deposito della richiesta e non a quello in cui il Tribunale di Sorveglianza decide se concedere o meno la misura, la durata del procedimento non può infatti andare a carico del genitore e del bambino. Perciò nel caso in cui durante l’*iter* di decisione della misura il bambino compia 10 anni, il Tribunale di Sorveglianza deve valutare la richiesta della misura come se fosse un’istanza di proroga.

In deroga all’età del bambino va considerato poi quanto affermato dalla Consulta nel 2020 con la sentenza numero 18<sup>138</sup>, per cui diventa possibile assegnare a detenzione domiciliare speciale anche la detenuta madre di figlio ultradecenne malato di grave handicap<sup>139</sup>.

Presupposto aggiuntivo per poter accedere a tale misura consiste nel limite di pena: il detenuto deve aver scontato almeno un terzo della condanna o almeno 15 anni in caso di ergastolo e non deve aver diritto alla detenzione domiciliare ordinaria, dato che la pena è superiore al limite previsto dall’art. 47 ter o.p. La pena che deve essere presa in considerazione ai fini della concessione della misura è quella ottenuta scomputando la somma tra le riduzioni di pena e le cause estintive di essa.

La detenzione domiciliare speciale è stata concepita dal legislatore soprattutto per il detenuto che sia diventato padre o madre durante il periodo di espiazione della pena<sup>140 141</sup> ed è dunque da ritenersi speciale non solo per i limiti di pena ma anche per la sua applicazione in casi particolari, come quello del detenuto che durante l’espiazione sia diventato padre o madre.<sup>142</sup>

---

<sup>137</sup> FIORIO C., in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2452, 2009.

<sup>138</sup> Corte cost., sent. 18/2020 <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>139</sup> V. anche Corte di Cassazione Sez. 1, n. 25164 del 19/12/2017, dep. 2018, Troia, secondo cui la previsione è volta a mantenere il rapporto con almeno un genitore, non ad assicurare alla famiglia l’assistenza necessaria, che è onere delle autorità competenti fornire, a prescindere dalle condizioni personali dei genitori.

<sup>140</sup> CESARIS L., in *Riv. La Legislazione penale*, 2001, 553; PICCIOTTO A., in *Riv. Diritto e giustizia*, 2001, f. 13, 18; CANEVELLI P., in *Riv. Diritto penale procedurale*, 2001, 810.

<sup>141</sup> La Relazione al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997, in *Atti Camera, XIII legislatura, stamp. n. 4426*, statuisce che la misura della detenzione domiciliare speciale trova la sua origine “soprattutto per salvaguardare la maternità iniziata durante l’esecuzione della pena, allo scopo di evitare un lungo periodo di interruzione della funzione genitoriale”.

<sup>142</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 708, 2019.

Parte della dottrina<sup>143</sup> invece sostiene che la misura sia riferita indifferentemente sia al caso di donna libera che detenuta.

La Legge 62 del 2011 ha poi introdotto il comma 1 bis all'art. 47 quinquies, prevedendo la possibilità per le madri condannate di scontare fuori dal carcere anche la parte di pena necessaria per accedere alla misura.

Se invece non si può escludere la recidiva o la fuga, la madre può espiare un terzo della pena o quindici anni in caso di ergastolo in un ICAM (Istituto a custodia attenuata per detenute madri)<sup>144</sup>, altrimenti può addirittura rimanere nel proprio domicilio o se priva nelle case famiglia protette.

Risulta evidente come il legislatore preferisca per la madre condannata la misura extramuraria alla detenzione, onde tutelare l'interesse del minore, ma non si comprende per quale motivo non abbia previsto anche per il caso dell'art. 47 ter o.p. la possibilità di espiare nelle case famiglia protette la parte di pena necessaria per poter ottenere la misura alternativa.<sup>145</sup>

Il comma 1 bis, nel momento in cui parla degli ICAM e delle case famiglia protette, menziona esclusivamente le "madri condannate", e questo ha portato a domandarsi se tale comma potesse applicarsi anche al padre detenuto. In realtà la possibilità di creare Istituti a Custodia Attenuata anche per i padri condannati era stata analizzata dal decreto ministeriale dell'8 marzo del 2013, ma non ha mai avuto alcuno sbocco per impedimenti tecnici, finanziari e logistici.

Più chiaro, invece, l'ultimo comma della disposizione che prevede che la detenzione domiciliare speciale possa essere concessa anche al padre secondo i medesimi presupposti richiesti alla madre, ovvero i requisiti oggettivi e soggettivi, ma questi nulla hanno a che vedere con il comma 1 bis che disciplina "le modalità di espiazione" del *quantum* di pena necessario per accedere alla misura.<sup>146</sup>

La norma, come si desume dal titolo della Legge che l'ha introdotta, tutela in via prioritaria il rapporto materno, in questo modo discriminando non solo il rapporto paterno, non contemplato se non in via eccezionale, ma anche il bambino che abbia come genitore esclusivamente il padre.

---

<sup>143</sup> V. CANEVELLI P., in *Riv. Diritto penale procedurale*, 2001,810,; nello stesso senso CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, 2010, 322, secondo cui lo stato di detenzione sarebbe condizione apparente, giacché si parla di "condannate" e non di detenute.

<sup>144</sup> Tali istituti hanno previsto una lenta e ancora incompleta attuazione tanto che solo con il decreto del Ministro della giustizia dell'8 marzo 2013 si è provveduto ad individuare i requisiti di tali strutture funzionali alla loro realizzazione. *Boll. uff. min. giust.* 2013, f. 10, 2; inoltre attualmente esistono solo cinque Istituti a Custodia Attenuata per detenute madri a Milano, Venezia, Lauro, Torino e Cagliari il che rende per l'appunto ancora poco attuabile la misura in questione.

<sup>145</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 709, 2019.

<sup>146</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 709.

Ulteriore requisito per l'adozione della detenzione domiciliare speciale concerne il preventivo vaglio giudiziale riguardo il possibile pericolo di recidiva da parte del detenuto, un rischio che deve essere rigorosamente escluso per potervi accedere. L'articolo al riguardo parla di "concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti", specificando ciò che poi verrà ribadito dalla giurisprudenza<sup>147</sup>, ovvero che la prognosi di recidiva deve essere valutata in relazione alle circostanze del caso concreto e che tale valutazione deve essere effettuata dal Tribunale di Sorveglianza di volta in volta. L'espressione utilizzata dall'art. 47 quinquies o.p. è molto più vicina a quella del comma 1 dell'art. 274 del Codice di Procedura Penale che a quella prevista dall'articolo dell'ordinamento penitenziario sulla detenzione domiciliare che come presupposto parla di misura "idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta ulteriori reati".

Ultimo requisito per ottenere la detenzione domiciliare *ex* art. 47 quinquies è che, ome previsto nella Legge Finocchiaro, i genitori non siano decaduti dalla responsabilità genitoriale *ex* art. 330 del Codice Civile e vi siano le condizioni perché, una volta usciti dal carcere, tornino a convivere con i figli. La dottrina<sup>148</sup> ha sottolineato come, pur se nel silenzio della norma, tale possibilità vada concessa anche nel caso in cui la condannata non sia mai entrata in carcere e di conseguenza la convivenza con il figlio non sia mai venuta meno, avendo la madre scontato nel domicilio la pena prevista per accedere alla misura *ex* art. 47 quinquies o.p.

La condizione in questione è fondamentale, perché per l'ennesima volta ribadisce l'obiettivo della misura che è quello di garantire al bambino la presenza del genitore e scongiura la possibilità che si utilizzi l'istituto solo per eludere il carcere.<sup>149</sup> Nel concedere la misura il tribunale di Sorveglianza deve quindi sottoporre al suo vaglio anche il concreto interesse del bambino ad instaurare un rapporto con la madre o il padre condannato.<sup>150</sup>

Il comma 1-bis dell'articolo prevedeva poi il divieto di applicazione della misura per le detenute condannate per uno dei delitti rientranti nell'art. 4 bis o.p., tale limite è venuto meno grazie alla sentenza della Corte Costituzionale numero 239 del 2014 (su cui ci si è già soffermati in precedenza)<sup>151</sup>, dato che presentava un automatismo collegato ad una "presunzione di pericolosità sociale"<sup>152</sup> che lungi dal vaglio concreto sul pericolo di recidiva sacrificava a priori l'interesse del bambino al diritto di vivere con i genitori.

---

<sup>147</sup> V. Sentenza Corte Cost. 230/2014 e C. Cass. n. 16945 del 2020, rispettivamente su <https://www.cortecostituzionale.it> e <https://www.sistemapenale.it>.

<sup>148</sup> PAVARIN M, in FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, 2012, 283.

<sup>149</sup> CANEVELLI P., in *Riv. Diritto penale procedurale*, 2001,810

<sup>150</sup> V. Cass. sentenza Sez. 1, n. 38731, del 7 marzo 2013, Radouane, secondo cui si deve verificare la possibilità per la condannata sia di reinserimento sociale sia di effettivo esercizio delle cure parentali nei confronti di prole di età non superiore ai dieci anni; v. anche Cass. Sez. 1, n. 47092 del 19 luglio 2018, Barbi Cinti.

<sup>151</sup> Sentenza Corte Cost. 239/2014 consultabile presso <https://www.cortecostituzionale.it> ; v. anche [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) , 2014, f. 3.

<sup>152</sup> DELLA CASA F. , GIOSTRA G. , *op. cit.*, 711.

La Consulta ribadisce infatti come il comma 1 dell'art. 4 bis violi la Costituzione agli articoli 3, 29, 30 e 31 laddove "non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare speciale". Affermando ancora una volta la preminenza dell'interesse del minore rispetto ad ogni automatismo volto a tutelare la sicurezza sociale.<sup>153</sup> La madre, dunque, può essere ammessa alla detenzione domiciliare speciale anche qualora sia stata condannata per uno dei delitti previsti nell'art. 4 bis dell'Ordinamento penitenziario, salva la prognosi di recidiva effettuata dal Tribunale di Sorveglianza.

Come accennato in precedenza le misure a salvaguardia del diritto del minore alla genitorialità costituiscono un ventaglio di misure sussidiarie con tutela via via decrescente. Di conseguenza laddove la detenuta madre (o in casi eccezionali il padre condannato) non possa accedere alle misure alternative alla detenzione *ex* articoli 47 ter e quinquies dell'Ordinamento penitenziario, il legislatore ha comunque garantito al minore il diritto a mantenere un rapporto con il genitore, seppur detenuto, predisponendo l'istituto dell'assistenza all'esterno dei figli minori *ex* art. 21 bis o.p.

La misura è di fondamentale importanza per evitare che l'entrata in carcere privi repentinamente il bambino della presenza genitoriale, tanto che parte della dottrina l'ha definita: "una forma preferenziale di esecuzione esterna in favore delle madri e in alternativa dei padri"<sup>154</sup>.

L'art. 21 bis o.p. ricalca per requisiti e disciplina, purché compatibili, quello del lavoro all'esterno previsto *ex* art. 21 o.p.<sup>155</sup> tanto che la Relazione al disegno della Legge Finocchiaro, che ha introdotto la norma, giustifica tale scelta giuridica sostenendo che l'esercizio della responsabilità genitoriale dei figli al di sotto dei dieci anni "ha lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa"<sup>156</sup>.

Ne discende che tra i vari requisiti per accedere all'istituto vi sia la sua inclusione nel programma di trattamento da parte del direttore dell'istituto e la conseguente autorizzazione del magistrato di sorveglianza.<sup>157</sup>

Oltre alle condizioni previste dall'art. 21 vi è quella di fornire cura e assistenza al figlio che non deve aver superato la soglia di dieci anni.

---

<sup>153</sup> V. al riguardo Corte Cost. 12/31 e 13/7; Corte Cost. 17/76 consultabile presso <https://www.cortecostituzionale.it>; LARIZZA S., in *Riv. Diritto penale processuale*, 2013, 554 s.; LEO G., in *Riv. Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2017; MENGHINI A., in *Riv. Diritto penale processuale*, 2017, 1047 s.

<sup>154</sup> BRONZO P., in FIORENTIN F., SIRACUSANO F., *L'esecuzione penale*, 2019, 351

<sup>155</sup> LANZANI A., in *Riv. Guida diritto*, 2001, f. 12, 47, che ritiene l'assistenza all'esterno un'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 21 ord. Penit.

<sup>156</sup> Relazione al d.d.l., d'iniziativa del dep. Finocchiaro, in *Atti Camera. XIII leg.*, stamp. n. 4426.

<sup>157</sup> CANEVELLI P., in *Riv. Diritto penale processuale*, 2001, 809; KHRAISAT L., Commento in GIARDA A., SPANGHER G., *Codice di Procedura penale commentato*, 2017, 2284.

La norma è destinata anche al padre condannato ma solo nel caso in cui la madre sia morta o impossibilitata e non si possa affidare la prole ad altri che a lui<sup>158</sup>, come già avvenuto negli istituti della detenzione domiciliare ordinaria e in quella speciale, dunque, la paternità anche in questo caso trova una tutela solo in via sussidiaria.<sup>159</sup>

Ancora una volta poi il legislatore non solo ha preposto la figura genitoriale materna a quella paterna, ma in più, come nell'art. 47 quinquies o.p., al padre vengono addirittura preferiti altri soggetti tanto che l'istituto *ex art. 21 bis o.p.* è possibile per il padre detenuto solo laddove il figlio non possa essere assistito da altre persone.<sup>160</sup>

Per ciò che concerne invece i casi di impossibilità di accesso alla misura previsti dall'art. 21 o.p. questi si ritenevano applicabili anche all'istituto dell'assistenza all'esterno fino alla sentenza Costituzionale 174 del 2018<sup>161</sup>

L'art. 21 sancisce infatti che il detenuto condannato per uno dei delitti contenuti nei commi 1, 1 ter e 1 quater dell'art. 4 bis o.p. non possa beneficiare del lavoro all'esterno.

Il 23 luglio 2018<sup>162</sup> la Consulta ha ritenuto che l'art. 21 bis o.p. violasse il secondo comma dell'art. 31 della Costituzione, laddove per concedere la misura in questione rinviava ai presupposti previsti dall'art. 21 o.p. e in particolar modo alla condizione ostativa per la madre autrice di reato compreso nei commi 1, 1 ter e 1 quater dell'art. 4 bis o.p. . “I requisiti legislativi previsti per l'accesso a un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto tra madre e figli in tenera età, non possono coincidere con quelli per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno, il quale è esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato, senza immediate ricadute su soggetti diversi da quest'ultimo” afferma la Corte. Che la giudica una condizione ostativa e l'ennesimo “automatismo di preclusione assoluta” da rimuovere, non solo perché lede la madre o il padre detenuto, che si vedono impossibilitati all'applicazione del beneficio, ma anche perché lo stesso bambino privato a prescindere dei genitori viene danneggiato in una fase fondamentale per il suo sviluppo psico-fisico.<sup>163</sup>

Ultimo requisito disposto ad *hoc* per l'istituto della concessione del beneficio dell'assistenza all'esterno è l'assenza della pronuncia di decadenza genitoriale *ex art. 330 del*

---

<sup>158</sup> FILIPPI L., SPANGHER G., *Diritto penitenziario*, 2000,157.

<sup>159</sup> DELLA CASA F. , GIOSTRA G. , *op. cit.*, 349.

<sup>160</sup> Si pone in visione critica anche CESARIS L., in *Riv. La Legge penale* 2002, 549.

<sup>161</sup> Corte Cost. sentenza 174 del 2018, consultabile su: <https://www.cortecostituzionale.it>;

<sup>162</sup> BRONZO P., in FIORENTIN F., SIRACUSANO F., *L'esecuzione penale*, 2019, 353 s.; CESARIS L., in *Riv. Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2018, 1798 s.

<sup>163</sup> V. CESARIS L., *Op. da ultimo cit.*, 1802 ss.; MANTOVANI G., *Donne ristrette*, 2018, 246.

Codice Civile. Qualora poi il genitore venga dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale dopo la concessione del beneficio, l'assistenza all'esterno viene revocata.<sup>164</sup>

In verso opposto invece viene interrotta la pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale nel momento in cui gli è concesso il beneficio *ex art. 21 bis o.p.*. Ciò però solo qualora il delitto non comporti un abuso della responsabilità genitoriale, non costituisca un reato proprio perché commesso dal genitore o non interessi il minore in quanto soggetto passivo del reato.<sup>165</sup>

La revoca della misura deve essere disposta nelle stesse ipotesi in cui viene prevista dall'art. 21 o.p., ovvero non solo per violazione di regole predisposte per il comportamento al di fuori delle mura carcerarie ma anche per la trasgressione degli orari previsti per il ritorno nell'istituto, salvo i casi di "ritardo per forza maggiore".

A completare il quadro normativo della tutela genitoriale all'interno dell'Ordinamento penitenziario si pone anche il permesso di natura eccezionale, concesso dall'art. 21 ter o.p. L'istituto viene introdotto dalla Legge 62 del 2011<sup>166</sup> e come chiaramente afferma la Relazione al disegno di legge, depositato il 29 aprile 2008, la norma è volta a completare e rendere effettive le tutele introdotte dalla legge Finocchiaro e "rimuovere [...] quelle rigidità che di fatto hanno reso difficoltosa la concessione di benefici nei confronti delle detenute madri"<sup>167</sup>

La disposizione si pone a salvaguardia non solo del diritto di salute del bambino, tra l'altro Costituzionalmente protetto dall'art. 32 della Costituzione, ma anche della più generale esigenza del minore ad avere dei genitori presenti durante la sua crescita specie in situazioni di difficoltà come quella prescritta dall'art. 21 ter o.p.

Qualora il figlio si trovi "in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute", l'articolo consente al genitore di potergli fornire assistenza al di fuori del carcere.

In virtù della *ratio* umanitaria della disposizione, l'art. 21 ter o.p., a differenza di tutte le altre misure introdotte dalla Legge del 2011, ha una valenza precettiva e non programmatica e perciò è stato applicato sin dalla promulgazione della legge e non in seguito all'"attuazione del piano carceri".<sup>168</sup>

Durante la fase di stesura del progetto di legge sussisteva però incertezza circa la collocazione della disposizione, si alternavano l'ipotesi di strutturare un articolo ad *hoc* (come è poi avvenuto) e quella di far confluire l'istituto all'interno dell'articolo disciplinante i permessi di

---

<sup>164</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 350.

<sup>165</sup> CANEVELLI P., *op. cit.*, 815; CESARIS L., *op. ult. cit.*, 549.

<sup>166</sup> Legge n. 62 del 2011 consultabile presso: <https://www.gazzettaufficiale.it/>.

<sup>167</sup> cfr. la Relazione al d.d.l. d'iniziativa dei DEP. BRUGGER E ZELLER, depositato il 29 aprile 2008, in *Atti Camera. XVI leg.*, stamp. n. 52.

<sup>168</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 352.

necessità, art. 30 dell'Ordinamento penitenziario. Inizialmente nei primi disegni di legge che prevedevano l'ipotesi di creazione di un articolo separato, la natura eccezionale del permesso concesso dalla misura faceva sì che la sua collocazione comunque seguisse quella dei permessi di necessità, tanto che i progetti di legge parlavano di un "art. 30 quinquies o.p".<sup>169</sup>

Nelle bozze legislative che invece prevedevano l'istituzione di un nuovo comma all'art. 30 o.p. quella che poi è diventata la disposizione dell'art. 21 ter o.p. veniva scissa in due componenti: da un lato i permessi per gravi motivi di salute del figlio infradecenne confluivano nell'articolo dei permessi di necessità, dall'altro invece i benefici concessi perché il genitore fornisse assistenza al minore per visite e ricoveri venivano disciplinati in un articolo separato.<sup>170</sup>

Sebbene possa essere messo in discussione l'approdo finale del Parlamento con la costituzione dell'art. 21 ter o.p., dato che la situazione dell'"imminente pericolo di vita" era già disciplinata dall'art. 30 o.p., va però considerato che il neo articolo prende in considerazione anche l'ipotesi delle "gravi condizioni di salute". Ed è, dunque, di applicazione di gran lunga più ampia.

Per quanto riguarda la collocazione della norma non è stato adottato quanto proposto nei disegni di legge ma l'articolo è stato posto in seguito all'assistenza all'esterno del figlio minore *ex art.21 bis o.p.* per ribadire il principale destinatario della norma, ovvero il fanciullo.<sup>171</sup>

Data l'ampia portata della norma, che ora comprende al secondo comma anche i permessi concessi per diritto di visita, è stato poi sollevato l'interrogativo circa la durata del permesso, ovvero se questo copra solo un arco temporale ridotto o il tempo necessario per fornirgli le cure genitoriali necessarie.<sup>172</sup> L'articolo sembra voler sostenere la seconda ipotesi nel punto in cui sancisce che: "le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia"<sup>173</sup>. Su questa base il magistrato di sorveglianza emette provvedimento che concede il permesso, prendendo in considerazione di volta in volta la differente situazione del minore. Proprio in ragione dell'eccezionalità della situazione, il legislatore, a differenza di quanto previsto nelle disposizioni sulla detenzione domiciliare o sull'assistenza all'esterno, concede al genitore con l'art. 21 ter o.p. di uscire dal carcere senza porre alcuna condizione.

In più il permesso di visita al minore infermo nei casi previsti al comma 1 dell'articolo presenta una tutela rafforzata: nelle ipotesi in cui il bambino versi "in pericolo di vita o in gravi

---

<sup>169</sup> il d.d.l. stamp. n. 52 cit., il d.d.l. d'iniziativa del DEP. BERNARDINI ed altri del 20 ottobre 2008, in *Camera dei dep. XVI leg.*, stamp. n. 1814

<sup>170</sup> cfr. il d.d.l. d'iniziativa del DEP. FERRANTI e altri, in *Atti Camera. XVI leg.*, stamp. n. 2011.

<sup>171</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 353.

<sup>172</sup> ampio è stato il dibattito nel corso dei lavori parlamentari in relazione al significato e alla diversa portata delle due espressioni: cfr. gli interventi al Senato in Assemblea, ad es. dei SEN. BAILO, SERAFINI, INCOSTANTE, in *Atti Senato. XVI leg.*, sed. 29-3-11, n. 528.

<sup>173</sup> V. MARCOLINI S., in *Riv. Diritto penale contemporaneo*, 5 maggio 2011.



situazioni di salute” il permesso è accordato non solo alla madre ma anche al padre alle stesse condizioni.

Non è infatti prevista nella disposizione in questione alcuna clausola di impossibilità materna, contenuta invece nell’art. 47 ter, 47 quinquies e 21 bis dell’Ordinamento penitenziario, che permette l’assegnazione al padre della misura solo in via residuale.

A differenza delle norme menzionate, nel comma 1 dell’art. 21 ter o.p. non sussiste neanche il limite dell’età del bambino, dato che il dato testuale parla genericamente di “minore” e non di figlio al di sotto dei dieci anni. E la disposizione non richiede neppure il presupposto della convivenza con il genitore destinatario della misura.

In aggiunta alle ipotesi previste nel primo comma che presentano situazioni d’emergenza, il comma 2 dell’articolo conferisce la possibilità per il genitore di assistere il bambino durante gli accertamenti medici di tipo specialistico nei casi in cui questi versi in gravi condizioni di salute. L’ipotesi, comportando una situazione di minore urgenza del minore, torna a sancire i consueti requisiti previsti dalle misure volte a tutelare la maternità all’interno dell’Ordinamento penitenziario, di conseguenza il padre può ottenere il beneficio previsto solo laddove la madre sia deceduta o impossibilitata ad accudire la prole (stessa formulazione che si riscontra anche nell’art. 47 ter o.p.). La soglia anagrafica del minore viene ripristinata, indi per cui il genitore anche se non convivente per poter auspicare alla misura deve essere padre o madre di un bambino al di sotto dei dieci anni. La discrepanza fra i due commi, tuttavia, potrebbe essere considerata contraddittoria se si ritiene che anche il bambino al di sopra dei dieci anni necessiti dell’assistenza genitoriale durante gli accertamenti medici specialistici.<sup>174</sup>

In attuazione di quanto disposto dalla Corte Costituzionale nella sentenza 350 del 2003<sup>175</sup>, la norma ha poi paragonato la situazione del minore in pericolo di vita o in gravi condizioni di salute a quella del figlio affetto da handicap grave<sup>176</sup>. E difficilmente avrebbe potuto essere altrimenti dato che la pronuncia della Consulta, sebbene riferita esclusivamente all’art. 47 ter o.p., ha una portata più generale nel momento in cui va a individuare nella *ratio* delle norme penitenziarie a tutela della genitorialità la salvaguardia di soggetti deboli, quale è indubabilmente il figlio portatore di handicap grave, a prescindere dalla sua età.<sup>177</sup>

Oltre al minore infermo e al figlio affetto da handicap grave, il permesso di visita può essere infine concesso anche per prestare assistenza al coniuge o al convivente qualora questi

---

<sup>174</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 354.

<sup>175</sup> Sentenza Corte Cost. 350 del 2003, consultabile su <https://www.cortecostituzionale.it>; Per un’analisi approfondita della sentenza v. MANTOVANI G., in *Riv. La Legislazione Penale*, 2011, 604 s.

<sup>176</sup> Per tale intendendosi la disabilità grave accertata ai sensi dell’art. 4 l. 5 febbraio 1992 n. 104.

<sup>177</sup> v. CARACENI L., in GIULIANI L., *La riforma delle misure cautelari personali*, 2015, 282 s

sia gravemente disabile, sempre che siano soddisfatti i requisiti del comma 1 e 2 dell'art. 21 ter o.p.

## 5. Paternità per impossibilità

In seguito alla sentenza della Consulta numero 215 del 1990<sup>178</sup>, e all'intervento del Parlamento con la Legge del 27 maggio 1998, n. 165<sup>179</sup>, è stata introdotta nel nostro Ordinamento penitenziario la possibilità anche per il padre, alle stesse condizioni della madre, di avvalersi della detenzione domiciliare ordinaria.

L'art. 47 ter o.p. viene modificato dal legislatore e ricalcando quanto disposto dalla Sentenza della Consulta<sup>180</sup> ora comprende al primo comma anche la lettera b), prevedendo che, in accordo con le condizioni previste al comma 1, può ottenere la detenzione domiciliare ordinaria il "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 padre può quindi fruire del beneficio non solo nel caso in cui sia titolare di responsabilità genitoriale ma anche nelle ipotesi alternative di decesso o di stato d'impossibilità della madre di fornire assistenza.<sup>181</sup>

La disposizione in questione fa emergere dopo tanto tempo all'interno dell'ordinamento penitenziario il diritto per il bambino alla paternità, subordinandolo però a casi eccezionali come l'impossibilità della madre o il suo decesso ma la formula adottata dal legislatore è tutt'altro che chiara e comprensibile, difatti le circostanze che rendono la madre impossibilitata non vengono esplicitate dal legislatore.

Perciò la giurisprudenza sin dall'introduzione della lettera b) nell'art. 47 ter o.p. ha cercato di ovviare ai dubbi interpretativi con una lettura rigida della norma che ha da subito ristretto, se non svuotato, il suo campo applicativo.

---

<sup>178</sup> V. Sentenza Corte Cost. 215/90, *Riv. Cassazione penale*, 1990, I, 1887. La questione era stata sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Trieste con ordinanza pubblicata in G.U., I serie spec., 1990, n.6.

<sup>179</sup> Legge 165/1998 consultabile presso <https://www.gazzettaufficiale.it/>.

<sup>180</sup> La quale a sua volta seguiva un orientamento consolidato che trovava le sue basi nella precedente sentenza della stessa Corte numero 1 del 1987, riguardante l'incostituzionalità della legge che prevedeva il diritto della sola madre all'astensione dal lavoro e ai riposi giornalieri.

La Consulta sottolinea che "di qui una seria e discriminante limitazione in seno a quella famiglia che, privata dell'apporto fondamentale della donna, appare ancor più necessitante di protezione esterna e, soprattutto per quel che riguarda il neonato, di un apporto materiale ed affettivo che solo all'interno della famiglia stessa può immediatamente e compiutamente essere garantito. Questa esigenza non potrebbe essere negata senza violare la posizione di eguaglianza del padre e del figlio di fronte alla legge, proprio nel momento in cui il padre, in mancanza dell'altro genitore, è chiamato a svolgere l'intera funzione familiare stabilita dalla legge nei confronti del figlio e mentre quest'ultimo vede accentuarsi il proprio bisogno di protezione".

La Consulta estende anche al padre la facoltà di poter invocare il diritto all'astensione dal lavoro e ai riposi giornalieri, ma solo nei casi in cui "l'assistenza della madre al minore sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità". <https://www.giurcost.org>

<sup>181</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 660.

Una delle prime pronunce della Suprema Corte in materia è riconducibile alla sentenza del 16 febbraio del 1994<sup>182</sup> dove il Giudice di legittimità respinge l'istanza di accesso alla misura, proposta dal padre di un bambino la cui madre era impegnata in turni di lavoro notturni.

Secondo tale interpretazione per impossibilità non può intendersi il semplice impegno lavorativo della madre; perché si verifichi la condizione della norma è infatti necessario un *quid pluris* che connoti la situazione materna di eccezionalità.<sup>183</sup>

La sentenza è stata poi seguita da un lungo filone giurisprudenziale che ha riconosciuto in rari casi la sussistenza del requisito di impossibilità della madre, privando nei fatti la disposizione di applicazione per lungo tempo.<sup>184</sup>

Varie sentenze, seppur riguardanti la misura cautelare personale *ex art. 275 c.p.p.* sono state fondamentali per l'esegesi del concetto di "madre impossibilitata" e adottate a lungo dalla giurisprudenza a sostegno dell'interpretazione restrittiva della lettera b) del primo comma dell'art. 47 ter o.p.

In particolare anche con la sentenza numero 47073 del 14 ottobre del 2003<sup>185</sup> la Corte Suprema ha confermato l'orientamento e lo ha esteso anche ai casi in cui il

Codice di Procedura Penale sancisce il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere verso l'imputato padre di un bambino di età inferiore ai tre anni<sup>186</sup> nel caso in cui la madre sia assolutamente impossibilitata.

La stessa Corte nel 2006 in una vicenda analoga chiarisce: "l'attività di lavoro svolta dalla madre non costituisce di per sé ostacolo tale da impedirle di attendere alla cura del minore, anche con l'eventuale aiuto di familiari disponibili o con il ricorso a strutture pubbliche abilitate"<sup>187</sup><sup>188</sup>. In questa pronuncia viene in rilievo il nuovo elemento dell'aiuto di parenti e dell'ausilio di strutture pubbliche, il cui intervento può supplire del tutto l'assistenza materna a tal punto da rendere inutile la liberazione del padre imputato o condannato.

In senso contrario, altra parte della giurisprudenza sin dai primi anni dell'introduzione della lettera b) nell'art. 47 ter nell'Ordinamento penitenziario ha cercato invece di rendere effettiva

---

<sup>182</sup> Cass. sentenza n. 849 del 16-2-94, Rossetti, in *Riv. Giustizia penale*, 1995, III, 36.

<sup>183</sup> È un orientamento che è stato giudicato "rigoroso", ma attribuibile alla preoccupazione di evitare il pericolo di strumentalizzazioni, CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, 2010, 316, i quali ritengono che il criterio preferibile, sul piano generale, sarebbe quello di individuare l'impossibilità assoluta in un'ipotesi in cui la madre anche laddove faccia uso della "massima diligenza possibile, non sia in grado di provvedere, secondo lo *standard* minimo, alle esigenze della prole"; in accordo con la stessa tesi si è espresso anche FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *L'ordinamento penitenziario*, 2005, 220-221.

<sup>184</sup> V. FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, 2012, 269.

<sup>185</sup> Cass. Sez. II, 14/10/2003, n.47073, in *Riv. La Rivista Penale*, 2004, 1138.

<sup>186</sup> Ora la norma prevede una soglia d'età del bambino che è stata innalzata fino a 6 anni.

<sup>187</sup> Cass. pen. Sez. V, 26/04/2006, n. 33850, in *Riv. La Rivista Penale*, 2007, 9, 932.

<sup>188</sup> Vedi anche Sentenze Cass. Sez. 1, n. 44910 del 28/10/2011, Monti Condesnitt; Cass. Sez. 1, n. 13021 del 28/01/2009, Parrino; Cass. Sez. 1, n. 44910 del 28/10/2011, Monti, relativa a donna giostraia che svolgeva attività solo nelle ore pomeridiane e in giorni climaticamente favorevoli, <http://www.italgiure.giustizia.it/>

la possibilità di concedere la misura al padre detenuto, abbracciando un'interpretazione estensiva della clausola di "impossibilità materna".<sup>189</sup> In particolar modo la pronuncia del Giudice di legittimità nel 1994 nel caso Borzachetli<sup>190</sup> cerca proprio di ostacolare l'interpretazione abrogativa emersa dalla sentenza della stessa Corte di pochi mesi prima, nel caso Rossetti<sup>191</sup>.

La decisione della Suprema Corte sul caso Borzachetli sembra ridimensionare la rigidità della pronuncia precedente, difatti la I Sezione precisa che: "l'assoluta impossibilità della madre ad accudire la prole non può essere intesa in modo talmente rigido, da escludere la stessa applicazione del beneficio, nel senso di richiedere una difficoltà estrema, tale da superare le normali capacità reattive della persona, autonomamente considerata e nel contesto familiare". Per l'applicazione della misura sembra venire meno la necessità che la situazione della madre del bambino sia connotata da eccezionalità, definita dalla Corte come "difficoltà estrema".

La sentenza della Corte di Cassazione nel caso Borzachetli del 1994 viene adottata dallo stesso organo giudicante anche nella sentenza dell'8 aprile del 2002<sup>192</sup> a sostegno della sua decisione, in un caso che riguarda l'impugnazione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza da parte del padre della misura di detenzione domiciliare prevista dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 47 ter o.p.

I motivi che il ricorrente adduce a sostegno della situazione di impossibilità in cui si trova la madre del bambino consistono ancora una volta nell'attività lavorativa: la donna in questione aveva turni di lavoro che si protraevano dalle 4,30 sino alle 12,30 e di conseguenza a parere del ricorrente non poteva fornire alla prole l'assistenza necessaria.

La Suprema Corte accoglie il ricorso e lo dichiara fondato, sostenendo che la mancata concessione della misura del primo comma, lett. b) dell'art. 47 ter o.p. non può fondarsi sulla rigida interpretazione conferita dalla stessa Corte nella sentenza n. 849 del 1994<sup>193</sup> che è stata tra l'altro superata da giurisprudenza successiva<sup>194</sup>: lo svolgimento di attività lavorativa da parte della madre è di per sé motivo sufficiente per consentire al padre la misura alternativa a giudizio della Cassazione. Ciò però non implica che al verificarsi di questa condizione il beneficio consegua in via automatica, è invece comunque necessaria una valutazione giudiziale in concreto per accertare se "detta attività comporti una difficoltà estrema nell'assistenza alla prole

---

<sup>189</sup> DELLA CASA F. , GIOSTRA G. , *op. cit.*, 660.

<sup>190</sup> Sez. 1, n. 1740 del 15/04/1994, dep. 18/05/1994, Borzachetli in *Riv. La Rivista Penale*, 1995, 402.

<sup>191</sup> Cass. sentenza del 16-2-94, Rossetti, in *Riv. Giustizia penale*, 1995, III, 36.

<sup>192</sup> Cass. sentenza del 8/4/2002, Gallo, in *Riv. Famiglia e diritto*, 02, 483, nota FOLLA

<sup>193</sup> Cass. sentenza del 16-2-94, Rossetti, in *Riv. Giustizia penale*, 1995, III, 36.

<sup>194</sup> Qui la Corte di Cassazione sta facendo chiaramente riferimento alla sentenza della Cass. Sez. 1, n. 1740 del 15/04/1994, dep. 18/05/1994, Borzachetli.

tale da superare le normali capacità reattive della persona, autonomamente considerata e nel contesto familiare”.

Tra i vari parametri che il Tribunale di sorveglianza deve considerare ai fini della concessione della misura, vengono sicuramente in rilievo “le condizioni economiche che impongono lo svolgimento dell’attività lavorativa, l’impegno e l’assenza che quest’ultima comporta, i tempi di recupero necessari per il riposo, la salute della lavoratrice e la impossibilità di usufruire di una collaborazione domestica da parte di dipendenti o familiari”. Solo una volta raccolti tutti gli elementi per ricostruire il quadro complessivo della situazione della donna lavoratrice, per la Cassazione, potrà valutarsi il suo reale stato di incapacità di assistere la prole causato dall’attività lavorativa.

Da notare che la pronuncia, ponendosi sulla scia di quanto sancito dal Giudice di legittimità con la sentenza del 22 dicembre del 1999<sup>195</sup>, non fa riferimento alcuno alle strutture pubbliche di assistenza ai minori. La detenzione domiciliare può di conseguenza essere concessa al padre condannato anche laddove non sia stato previamente chiesto l’intervento di tali enti per supplire l’assenza di cura materna. Vengono invece in rilievo in via sostitutiva nella pronuncia, l’aiuto dei familiari nella cura del bambino che, a differenza di quanto sarà affermato dalla sentenza del 2006<sup>196</sup>, vengono considerati esclusivamente una delle molteplici circostanze che possono venire in rilievo ai fini della valutazione della situazione di impossibilità della madre.

Interpretazione opposta, invece, quella del 2006 quando la Cassazione ponendosi in linea con il filone giurisprudenziale che adotta un’*interpretatio abrogans* della lettera b) del comma 1 art. 47 ter o.p., ritiene invece che basti il semplice aiuto dei parenti nella cura del minore perché venga meno l’eccezionalità della situazione e di conseguenza quanto richiesto per l’applicazione della misura in questione.

Più di recente, il Giudice di legittimità sembra finalmente essersi orientato nel senso di accogliere l’interpretazione della misura in senso più ampio, rifiutando invece quella abrogativa. In tal senso si pone la sentenza numero 21966 del 2018<sup>197</sup> che ricostruisce l’intero percorso legislativo e giurisprudenziale, giungendo a considerazioni che definiscono lo stato attuale di interpretazione della lettera b) del primo comma dell’art. 47 ter o.p.

La pronuncia in questione è fondamentale, non solo perché la Cassazione sembra porre un punto sulla questione dell’impedimento della madre alla cura della prole derivante da attività

---

<sup>195</sup> Cass. sentenza 22/12/1999, Castelletto, in <http://www.italggiure.giustizia.it/>.

<sup>196</sup> Cass. pen. Sez. V, 26/04/2006, n. 33850, in *Riv. La Rivista Penale*, 2007, 9, 932.

<sup>197</sup> Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 19-12-2017) 17-05-2018, n. 21966, <http://bd47.leggiditalia.it/>.

lavorativa, ma anche perché si pronuncia su un nuovo profilo di impossibilità materna, ovvero quello derivante da malattia psichica.

Il caso in esame riguarda un detenuto condannato per associazione mafiosa *ex art. 416 bis c.p.*, il quale per esercitare il suo diritto genitoriale propone al Tribunale di sorveglianza di Reggio Calabria l'istanza per ottenere la detenzione domiciliare ordinaria *ex art. 47 ter, comma 1, lettera b) o.p.*

Il condannato, padre di prole infradecenne, adduce che la madre del bambino è incapace di prendersi cura della prole perché affetta da “disturbo dell'adattamento con ansia e depressione misto a disturbo dipendente da personalità”, ma il Tribunale di sorveglianza di Reggio Calabria rigetta l'istanza, sostenendo che non sussistente il requisito di “impossibilità della madre” necessario per ottenere la misura alternativa richiesta. A giudizio di quest'ultimo, infatti, il disturbo psichico di cui è affetta la madre del bambino non comporta uno stato di incapacità nell'accudimento e ciò, secondo il giudice di merito, è dimostrato dal fatto che la donna aveva in via continuativa svolta una normale professione. Ulteriore motivo addotto per il rigetto dell'istanza, consiste poi nel comportamento assunto dal condannato all'interno dell'istituto detentivo, condotta che lascia presumere una prognosi positiva di recidiva.

In seguito al diniego della concessione della detenzione domiciliare ordinaria, il detenuto-padre promuove ricorso presso la Corte di Cassazione, sostenendo che il lavoro svolto dalla madre del bambino non può di per sé provare l'assenza di un'incapacità genitoriale. E la Corte ritiene il ricorso fondato, *in primis* ribadendo il criterio interpretativo da utilizzare per comprendere quanto disposto dalla lettera b), primo comma dell' 47 ter o.p., ovvero che sia necessario adottare un'“interpretazione che tenga, da un lato, conto del necessario rigore imposto dalla eccezionalità della situazione e, dall'altro, dei diritti, costituzionalmente protetti, all'uguaglianza dei vari membri della famiglia, all'assistenza della prole, alta funzione rieducativa della pena”<sup>198</sup>.

Non solo, la Corte prosegue affermando come di per sé il fatto che la donna svolga attività lavorativa non comporti automaticamente una sua capacità nell'assistenza della prole<sup>199</sup>, semmai si tratta di una circostanza da prendere in considerazione insieme a molte che nel complesso possono determinare lo stato di impossibilità eventuale della madre.

Per quanto riguarda poi il fatto oggetto d'esame, il Tribunale di Sorveglianza aveva capovolto il ragionamento usualmente adottato dalla giurisprudenza nel rapporto tra attività lavorativa e incapacità materna di fornire assistenza al bambino, facendo uso della condizione di lavoratrice della donna non per dimostrare la sua impossibilità ad accudire la prole, quanto invece per

---

<sup>198</sup> Sez. 1, n. 2183 del 15/05/1992, dep. 15/06/1992, P.M. in proc. Di Bella, <http://bd47.leggiditalia.it/>

<sup>199</sup> V. Sez. 1, n. 1740 del 15/04/1994, dep. 18/05/1994, Borzachetli in *Riv. La Rivista Penale*, 1995, 402.

provare la sua capacità genitoriale. E desumendo l' idoneità genitoriale della donna dal fatto che questa in precedenza avesse ricoperto il lavoro di parrucchiera ed estetista.

La Corte ritiene dunque manifestamente illogica la decisione di rigetto dell'istanza della misura di detenzione domiciliare ordinaria proposta dal detenuto, sottolineando, tra l'altro, come l'incapacità genitoriale della donna fosse già stata accertata sia dall'Ufficio Esecuzione Penale Esterna che dalla perizia dei medici che le avevano diagnosticato un "disturbo dell'adattamento con ansia e depressione misto" e un "disturbo dipendente di personalità".

Il Collegio, inoltre, afferma che "il Tribunale, compiendo una illogica omologazione tra attività ontologicamente diverse, quella lavorativa e quella di genitore, ha erroneamente ritenuto che il progresso svolgimento di un'attività professionale potesse attestare anche delle adeguate capacità in ambito educativo e di cura della prole."<sup>200</sup>

Appare anche evidente come, dal momento che la donna svolgeva le menzionate professioni in un periodo precedente a quello attuale, pur volendo adottare la logica del Tribunale di merito, non si potesse considerare l' idoneità genitoriale della donna nel presente sulla base di un'attività lavorativa svolta in passato.

La Cassazione conclude così accogliendo il ricorso e rinviando al giudice di merito la vicenda per un nuovo esame.

Anche per quanto riguarda la detenzione domiciliare speciale, nel corso degli ultimi anni si sono susseguite ulteriori sentenze che ricalcano quella già citata per la detenzione ordinaria. In particolare per l'interpretazione della condizione di "impossibilità".

L'art. 47 quinquies dell'Ordinamento penitenziario sancisce al settimo comma 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." L'espressione è analoga a quella utilizzata dall'articolo sulla detenzione domiciliare ordinaria ma rispetto a quest'ultima non presenta il termine "assolutamente" per indicare il grado di incapacità materna ad accudire il figlio.<sup>201</sup>

Il termine in questione ha la funzione di discriminare fra una reale situazione di "impossibilità" e quello che può essere ritenuto un semplice impedimento alla funzione genitoriale che però non consiste in un'incapacità assoluta.

Nel caso dell'art. 47 quinquies o.p. il legislatore non sembra aver adottato questo ragionamento, tanto che anche la giurisprudenza nell'interpretazione dell'articolo ha inteso l'"impossibilità"

---

<sup>200</sup> Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 19-12-2017) 17-05-2018, n. 21966, <http://bd47.leggiditalia.it/>.

<sup>201</sup> DELLA CASA F. , GIOSTRA G. , *op. cit.*, 707.

come un impedimento insormontabile per l'accudimento genitoriale, nonostante l'articolo non espliciti la natura assoluta di tale ostacolo.<sup>202</sup>

La formula che nell'articolo concede la misura alternativa è però ancora più limitativa, non solo rispetto a quanto disposto nella disposizione sulla detenzione domiciliare ordinaria, ma anche rispetto a quanto previsto dal Codice di Procedura Penale per l'esclusione dalla misura cautelare in carcere *ex art. 275 comma 4 c.p.p.*

La detenzione speciale, perché possa essere ottenuta dal padre di prole infradecenne oltre alle condizioni alternative di decesso o impossibilità della madre richiede infatti il requisito concomitante dell'impossibilità "di affidare ad altri la prole".<sup>203</sup>

La Cassazione di recente si è pronunciata proprio in merito alle condizioni previste per l'accesso del padre alla misura della detenzione speciale, emettendo la sentenza del 24 dicembre 2019, n. 51998<sup>204</sup> sul caso di un detenuto condannato per tentato omicidio, padre di una bambina al di sotto dei dieci anni, malata di patologia nefrologica, con madre affetta da grave malattia cardiaca.

Nonostante la situazione di salute della donna e della figlia, il Tribunale di sorveglianza di Catanzaro aveva rigettato l'istanza di detenzione domiciliare speciale proposta dal detenuto in accordo con quanto disposto dal settimo comma dell'art. 47 quinquies dell'Ordinamento penitenziario. Il rigetto era stato motivato dal fatto che tali condizioni di salute non risultano sufficienti a motivare lo stato di impossibilità previsto a condizione della concessione della misura, qualora gli enti assistenziali o i parenti del bambino possano sostituirsi alla cura materna.

Anche in questo caso il detenuto aveva impugnato tale ordinanza in Cassazione, sostenendo che le condizioni di salute materne, testimoniate da certificati medici, erano idonee di per sé a soddisfare lo stato di incapacità della madre ad accudire la bambina. Non solo, nell'atto di impugnazione si sottolineava come l'interesse del minore che l'ordinamento si impegna a tutelare preveda necessariamente la presenza di almeno uno dei due genitori.

La Cassazione ritiene il ricorso fondato e smentisce l'impostazione del Tribunale di Sorveglianza che riteneva sufficiente l'ausilio parentale o delle strutture pubbliche: per la Corte suprema la filosofia alla base della norma consiste nella tutela dell'integrità psicofisica del minore<sup>205</sup> e non invece nel fornire alla famiglia il sostegno che è invece dovere degli enti

---

<sup>202</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 707.

<sup>203</sup> V. PICCIOTTO A., in *Riv. Diritto e giustizia*, 2001, f. 13, 18, che la considera una "facoltà residuale"; FIORIO C., in *Riv. Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 2452

<sup>204</sup> Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 22-11-2019) 24-12-2019, n. 51998, <http://bd47.leggiditalia.it>.

<sup>205</sup> V. anche sentenze Cassazione Sez. 1, n. 47092 del 19/07/2018, Barbi Cinti; Cass. Sez. 1, n. 32331 del 10/07/2018, Giugliano; Sez. 1, n. 38731 del 07/03/2013, Radouane, <http://bd47.leggiditalia.it/>.



assistenziali.<sup>206</sup> La Cassazione distingue poi il caso in cui la madre si trovi di fronte ad una semplice difficoltà di accudire la prole, da quello invece in cui la donna sia impossibilitata del tutto.

È ascrivibile alla prima situazione l'ipotesi in cui l'attività lavorativa ordinaria ostacoli la donna nella cura della prole ma vengano in suo soccorso gli altri parenti.<sup>207</sup>

Per individuare i casi in cui la madre sia “assolutamente impossibilitata” è invece necessario considerare le varie circostanze del fatto, tenendo in debita considerazione l'interesse del minore e la funzione della pena nell'ottica rieducativa.<sup>208</sup>

La decisione del Tribunale di sorveglianza di Catanzaro, invece, “si è discostata da tali principi, avendo attribuito alla presenza dei nonni, e al loro apporto, peraltro indicato come sporadico, rilievo ostativo dirimente, senza accertare l'effettiva sussistenza della condizione di impedimento materno nella nozione sopra individuata.”<sup>209</sup>

In più, doveva poi essere onere del magistrato di sorveglianza richiedere la documentazione utile sulle condizioni di salute della madre ai fini della decisione<sup>210</sup> mentre il Tribunale aveva ritenuto le certificazioni addotte dal condannato insufficienti rigettando illegittimamente l'istanza.

La Cassazione conclude annullando l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Catanzaro e rinvia la questione per un ulteriore esame in merito.

Situazione che richiede ancora un più attento vaglio è quella che si verifica in seguito alla sentenza della Consulta n.18 del 2020<sup>211</sup>. Nella pronuncia si è estesa l'applicazione della detenzione domiciliare speciale anche ai casi in cui il bambino, benché abbia superato la soglia dei 10 anni, sia affetto da handicap grave, per tale intendendosi la patologia di livello grave prevista dalla Legge n.104 del 1992.<sup>212</sup>

In queste ipotesi è necessario che il Tribunale di sorveglianza effettui una ponderazione maggiore delle circostanze, per valutare le esigenze del figlio gravemente disabile e il principio viene affermato chiaramente anche dalla Corte di Cassazione, che nella sentenza numero 4796

---

<sup>206</sup> Sentenza Cass. Sez. 1, n. 25164 del 2017, dep. 2018, Troia, <http://bd47.leggiditalia.it/>.

<sup>207</sup> V. sentenze della Cass. Sez. 1, n. 44910 del 28/10/2011, Monti Condesnitt; Cass. Sez. 1, n. 13021 del 28/01/2009, Parrino; Cass. Sez. 1, n. 849 del 16/02/1994, Rossetti <http://bd47.leggiditalia.it/>.

<sup>208</sup> V. Cass. Sez. 1, n. 2183 del 15/05/1992, Di Bella; Cass. Sez. 1, n. 21966 del 19/12/2017, dep. 2018; Sez. 1, n. 1740 del 15/04/1994, Borzachelli; <http://bd47.leggiditalia.it/>.

<sup>209</sup> Sentenza Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 22-11-2019) 24-12-2019, n. 51998, <http://bd47.leggiditalia.it/>.

<sup>210</sup> Cass. Sez. 1, n. 3092 del 07/11/2014, dep. 2015, De Costanzo; Cass. Sez. 3, n. 31031 del 20/05/2016, Giordano; Cass. Sez. 1, n. 34987 del 22/09/2010, Di Sabatino; Sez. 1, n. 46649 del 11/11/2009, Nazar; su <http://bd47.leggiditalia.it/>.

<sup>211</sup> Corte cost., sent. 18/2020, <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>212</sup> Legge 5 febbraio 1992, n. 104, “Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”, <https://www.gazzettaufficiale.it>.

del 2021<sup>213</sup> si pronuncia su un caso concernente l'applicazione della misura *ex art. 47 quinquies o.p.* al padre di due bambini affetti da handicap grave.

Il caso è sottoposto al vaglio del Giudice di legittimità in seguito a ricorso proposto da un detenuto nella Casa di Reclusione di San Gimignano contro l'ordinanza di rifiuto della misura di detenzione domiciliare speciale da parte del Tribunale di Sorveglianza di Firenze.

Il giudice di merito aveva infatti motivato il provvedimento di diniego sostenendo che nel caso in questione non sussistesse la condizione di impossibilità per la madre prevista dal settimo comma dell'art. 47 quinquies o.p. e per di più il detenuto non aveva assunto durante la detenzione un comportamento tale da potersi escludere il pericolo di commissione di ulteriori delitti.

Il ricorrente invece riteneva che l'ordinanza in questione fosse affetta da vizio di legge e difetto di motivazione e cita come la medesima Corte, già chiamata a pronunciarsi su un precedente diniego del giudice di merito, avesse sancito come il Tribunale di sorveglianza doveva vagliare le difficoltà per i due bambini che gli derivavano dalla loro malattia.

L'handicap grave, sostiene la difesa, comporta difficoltà maggiori con il crescere dei soggetti e rende indispensabile un accudimento ulteriore che in piena emergenza sanitaria diviene ancora più necessario e difficile da gestire con "il centro diurno e la piscina frequentati dei due figli disabili chiusi e, quando fossero stati riaperti, non avrebbero potuto esserlo con eguali modalità."

La difesa poi sottolinea come la condizione in cui si trovano i due bambini necessita di quello che viene definito "un sostegno uno ad uno", ovvero la presenza di entrambi i genitori che il giudice di merito non ha preso adeguatamente in considerazione soprattutto nel momento in cui ha ritenuto non assoluto l'impedimento della madre che, oltre alla cura dei due figli è impegnata in attività lavorativa.

Quanto alla prognosi di recidiva, per il ricorrente il Tribunale di sorveglianza non ha tenuto conto del comportamento positivo del detenuto grazie al quale ha potuto raggiungere 360 giorni di liberazione anticipata.

Il Giudice di legittimità ritiene la questione fondata e l'ha accoglie in seguito alla valutazione delle circostanze del caso concreto, riconoscendo il peso del momento di emergenza sanitaria, l'interruzione dell'attività delle strutture riabilitative e l'attività lavorativa della madre presso una farmacia e come domestica che le impedisce di accudire i figli nel modo in cui questi necessiterebbero.

---

<sup>213</sup> Sentenza Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 10-12-2020) 08-02-2021, n. 4796, <http://bd47.leggiditalia.it>.

Il collegio giudicante ricorda poi la sentenza della Consulta numero 18 del 2020<sup>214</sup> che ha esteso l'ambito applicativo dell'art. 47 ter e di quello della disposizione che concede la detenzione domiciliare speciale in materia, prevedendo che in accordo con il principio costituzionale di uguaglianza debbano essere fornite tutele adeguate per quei soggetti ritenuti dall'ordinamento vulnerabili, quali sono i minori o i portatori di handicap grave.

Da questa pronuncia la Corte di Cassazione ritiene consolidato il principio che prevede che il Tribunale di sorveglianza, nel momento in cui viene interpellato per concedere o negare la misura *ex art. 47 quinquies o.p.*, debba porre in bilanciamento le necessità del figlio portatore di grave handicap con quelle general preventive, dato che alla base di tale norma vi è la tutela del benessere psicofisico del figlio e della maternità.

Il giudice di legittimità prosegue sostenendo come il settimo comma dell'articolo sulla detenzione domiciliare speciale, nel momento in cui concede al padre la medesima misura della madre sia mosso da identica *ratio*.

Il Tribunale di sorveglianza nel caso concreto non ha invece ragionato in questi termini, né ha motivato esaurientemente l'assenza del requisito della condizione di impossibilità della madre ad accudire la prole.

La Corte di Cassazione nello spiegare l'essenza di tale impedimento materno cita a titolo esplicativo l'interpretazione formatasi giurisprudenzialmente del comma quarto dell'art. 275 del Codice di Procedura Penale. La norma che prevede l'esenzione dalla misura cautelare detentiva presenta una funzione analoga a quella della detenzione domiciliare speciale e può essere applicata al padre anche nel caso in cui intervengano nella cura del minore i familiari o gli enti assistenziali.<sup>215</sup>

L'impedimento materno, di conseguenza non consiste in una semplice assenza di poche ore da casa<sup>216</sup>, quanto piuttosto nell'"impossibilità per il genitore non detenuto di garantire una presenza in famiglia che assicuri la continuità affettiva, avendo riguardo non solo al soggetto chiamato a prestare assistenza, ma anche, e soprattutto, alla situazione del figlio, in considerazione del rischio in concreto derivante per quest'ultimo dal deficit assistenziale, sotto il profilo della irreversibile compromissione del processo evolutivo-educativo".<sup>217</sup>

È dunque evidente come nel caso di figlio gravemente disabile il pericolo di un danno psicofisico derivante dall'assenza genitoriale sia particolarmente elevato e influenzato da

---

<sup>214</sup> Corte cost., sent. 18/2020, <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>215</sup> V. Cass. Sez. 6, n. 29355 del 30/04/2014, Astuccia, <http://bd47.leggiditalia.it>.

<sup>216</sup> Situazione che a parere della Corte "non si determina neanche nelle famiglie con genitori non detenuti ed entrambi occupati in attività lavorativa".

<sup>217</sup> V. Sentenze Cass. Sez. 4, n. 23268 del 19/04/2019, Rao; Cass. Sez. 6, n. 35806 del 23/06/2015, Pepe; Sez. 4, n. 40076 del 03/06/2015, Tomaselli, <http://bd47.leggiditalia.it>.

elementi singolari strettamente connessi con la sua patologia. Nel caso in esame, i due figli gravemente disabili necessitano di un accudimento ininterrotto che a causa della pandemia non può essere più supplito parzialmente dai centri assistenziali né assicurato dalla madre che svolge un'attività lavorativa indispensabile per il sostentamento economico della famiglia.

L'ordinanza del giudice di merito risulta dunque viziata per carenza di motivazione circa questi profili che non sembrano stati sufficientemente valutati.

Un'ulteriore lacuna nel ragionamento del Tribunale di sorveglianza viene individuata dalla Suprema Corte anche nel giudizio di prognosi di recidiva, che non ha rivalutato quanto intercorso successivamente al 2016.

La Corte di conseguenza accoglie il ricorso, annulla l'ordinanza di rigetto della misura e rinvia al giudice di merito per nuovo esame in accordo con quanto disposto dalla sentenza in questione.

Con la pronuncia sembra essersi di fatto compiutamente definito lo stato di "assoluta impossibilità" in cui deve versare la madre affinché il padre di figlio al di sotto dei dieci anni o portatore di grave handicap (e in tal caso a prescindere dall'età) possa assistere la prole e fornirgli l'indispensabile apporto genitoriale.

## **6. Profili problematici di parità genitoriale**

Per la prima volta nel nostro ordinamento con la legge numero 165 del 1998<sup>218</sup> è stata riconosciuta l'importanza della genitorialità anche per il padre detenuto.

La legge ha posto nero su bianco quanto già disposto dalla sentenza della Corte Costituzionale con la sentenza numero 215 del 1990<sup>219</sup> che ha introdotto la lettera b) al comma 1 dell'art. 47 ter o.p..<sup>220</sup>

La nuova previsione normativa ha però suscitato perplessità per il fatto che prevede l'estensione al padre della concessione della misura solo in casi eccezionali.<sup>221</sup>

Il fatto che la detenzione domiciliare sia concessa al padre solo nel caso di morte o assoluta impossibilità della madre<sup>222</sup> rende evidente come il legislatore abbia concepito la disposizione sulla base del ragionamento che la madre ricopra un ruolo imprescindibile nel corretto sviluppo del bambino, mentre la figura paterna viene in rilievo solo in situazioni particolari e ha un ruolo sussidiario.<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> Legge 27 maggio 1998, n. 165 del 1998 consultabile su [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>219</sup> Sentenza Corte cost., n. 215 del 1990, in *Riv. Giurisprudenza costituzionale*, 1990, 1206

<sup>220</sup> CORSO P., *Codice di procedura penale e leggi complementari*, 2014, 812-813, note 1-17.

<sup>221</sup> FIORIO C., in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2452, 2009.

<sup>222</sup> PICCIOTTO A., in *Riv. Diritto e giustizia*, 2001, f. 13, 18, SCHIRÒ D. M., *Responsabilità genitoriale*, in *Riv. Digesto Penale*, 2016, 653 SS.

<sup>223</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento Penitenziario*, 2019, 660.

Che il legislatore nelle varie riforme succedutesi nel tempo si sia concentrato prevalentemente sul rapporto genitoriale materno risulta chiaro, lo dimostrano persino i titoli delle due riforme legislative più importanti in materia, prima la Legge Finocchiaro<sup>224</sup>, intitolata “Misure alternative alla detenzione e tutela del rapporto tra detenute e figli minori” e poi la novella 62 del 2011 “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”<sup>225</sup>.

Il divieto di esecuzione della pena detentiva prevista dall’art. 47 ter o.p. si applica dunque diversamente a seconda che il genitore condannato sia la madre o il padre: per la prima la concessione della misura “*opera tout court*”<sup>226</sup> nel momento in cui si realizzano i requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla norma, ovvero il limite di pena inferiore ai 4 anni, il bambino con lei convivente non deve aver compiuto dieci anni e la condannata non deve presentare pericolo di commissione di ulteriori reati.

Il divieto di esecuzione della pena previsto dalla misura non prevedendo ulteriori condizioni non implica alcun ulteriore vaglio da parte del Tribunale di sorveglianza se non quello relativo all’accertamento dei presupposti oggettivi e soggettivi contenuti nel primo comma dell’art.<sup>227</sup>

La situazione è radicalmente differente nel caso in cui sia il padre a proporre istanza di detenzione domiciliare ordinaria: l’art. 47 ter comma 1 lettera b) dell’Ordinamento penitenziario, prevede infatti ulteriori condizioni rispetto ai presupposti soggettivi e oggettivi che il detenuto deve soddisfare per accedere alla misura.

Ciò dimostra come la presenza del padre e l’esercizio della sua responsabilità genitoriale nei confronti del figlio minore sia considerato dall’ordinamento di scarso rilievo, a tal punto da non concedergli alcun diritto ad esercitare la genitorialità se non nei casi estremi di morte o impossibilità della madre a fornire assistenza alla prole.

In tale ipotesi, dunque, al giudice verrà demandato l’ulteriore compito di verificare, in aggiunta ai presupposti previsti dalla prima parte del comma 1, anche le due condizioni che legittimano in via eccezionale la concessione della misura.<sup>228</sup>

Per il riscontro della prima condizione (prevista dal primo comma alla lettera b dell’art. 47 ter o.p.) che prevede il decesso della madre, non si pongono particolari problemi interpretativi trattandosi di un evento oggettivo.

---

<sup>224</sup> Legge 8 marzo 2001, n. 40, <https://www.parlamento.it>.

<sup>225</sup> Legge 21 aprile 2011, n.62, <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>226</sup> BELLANTONI G., *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione ai fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, 2015, f.1, *Ordines*,25, <http://www.ordines.it>.

<sup>227</sup> Per approfondimenti v. FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, 2012, 265 ss.

<sup>228</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*,11.

Come già visto nel paragrafo precedente, lo stato di assoluta impossibilità della madre richiede invece un'attenta ponderazione delle innumerevoli circostanze del caso concreto, la cui differente valutazione in via giurisprudenziale ha nel tempo sollevato innumerevoli problemi esegetici.<sup>229</sup>

I termini contenuti nella lettera b dell'art. 47 ter o.p. sembrano alludere ad un impedimento materno insuperabile, citando una condizione di "assoluta impossibilità" della madre nell'accudimento dei figli, il che non può essere interpretato se non come un ostacolo assoluto.<sup>230</sup> Di conseguenza il riconoscimento della figura genitoriale paterna avviene solo nel caso in cui il figlio infradecenne sia privato del tutto della cura materna.<sup>231</sup>

La situazione delineata avviene nel momento in cui gli oneri genitoriali in capo ai coniugi previsti dall'art. 147 del Codice Civile<sup>232</sup> e dall'art. 315 bis c.c.<sup>233</sup> non potrebbero essere altrimenti esercitati se non con l'uscita del padre dall'istituto penitenziario. Identiche circostanze si verificano ovviamente nell'ipotesi in cui muoia la madre di bambino infradecenne, legittimando anche in tal caso l'intervento genitoriale del padre in accordo con quanto disposto dal primo comma dell'art. 47 ter o.p.

Un ulteriore ostacolo all'applicazione della misura al condannato riguarda quanto disposto sempre dal primo comma dell'art. 47 ter o.p. rispetto all'occasione di poter scontare la pena all'interno delle case famiglia protette, dato che la norma prevede testualmente che tale ipotesi sia prevista esclusivamente "nell'ipotesi di cui alla lettera a)", per cui solo nei casi in cui l'istanza sia proposta dalla madre.

Ciò comporta un problema per tutti i padri condannati che, pur soddisfacendo le numerose condizioni previste dall'articolo per accedere alla misura, non detengono un'abitazione o un luogo di privata dimora dove poter scontare la misura alternativa.

In realtà nel caso analogo previsto invece per quanto riguarda le misure cautelari personali, l'art. 284 del Codice di Procedura Penale<sup>234</sup>, al primo comma parla in via generica di "imputato"

---

<sup>229</sup> V. in materia le già citate sentenze Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 10-12-2020) 08-02-2021, n. 4796, Cassazione Sez. 1, n. 47092 del 19/07/2018, Barbi Cinti; Cass. Sez. 1, n. 32331 del 10/07/2018, Giugliano; Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 19-12-2017) 17-05-2018, n. 21966; Sez. 1, n. 38731 del 07/03/2013, Radouane, <http://bd47.leggiditalia.it>.

<sup>230</sup> L'avverbio "assolutamente" viene definito come sinonimo dei termini "del tutto" e "completamente", ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, 2009, 200, dove, in specifico, viene a maggior ragione ad assumere tale accezione nel momento in cui, come nel caso concreto, si trova "in unione con aggettivi".

<sup>231</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 11.

<sup>232</sup> L'articolo 147 del Codice Civile prevede infatti per entrambi i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente la prole.

<sup>233</sup> L'articolo 315 bis c.c. prevede invece rispettivamente per il minore "il diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni [...] di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti".

<sup>234</sup> L'articolo 284 c.p.p. prevede infatti che "Con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, da una casa famiglia protetta". Tra l'altro il riferimento

non precludendo dunque al padre la concessione degli arresti domiciliari presso una casa famiglia protetta.<sup>235</sup>

Per di più sembra porsi in tal senso anche il Decreto del Ministro della Giustizia del 26 luglio 2012<sup>236</sup>, revocato prima dal Decreto Ministeriale dell'11 gennaio 2013<sup>237</sup> e infine dal Decreto Ministeriale del 13 marzo 2013<sup>238</sup> che individua le caratteristiche indispensabili delle case famiglia protette.<sup>239</sup> Al punto 5 tale norma stabilisce infatti che “le stanze per il pernottamento e i servizi igienici dei genitori e dei bambini dovranno tenere conto delle esigenze di riservatezza e differenziazione venutesi a determinare per l'estensione del dettato della legge 62/2011 anche a soggetti di sesso maschile”. Dal dettato normativo risulta dunque implicito come nonostante quanto disposto dall'art. 47 ter o.p. le strutture in questione siano destinate ad accogliere anche i genitori maschi.<sup>240</sup>

Ad ogni modo la residualità della concessione al padre della misura alternativa non trova alcuna spiegazione a livello normativo, né all'interno della Costituzione né tanto meno nel nostro Codice Civile.<sup>241</sup>

L'art. 30 della Costituzione al primo comma, nel momento in cui sancisce per i genitori il dovere di mantenere, istruire ed educare la prole, fa riferimento ad entrambi, ponendoli su un piano di parità che già era stata sancita dall'art. 29 della Costituzione prevedendo “l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi”.<sup>242</sup>

Lo Stato italiano assumendosi poi il compito di proteggere l'infanzia, in accordo con quanto previsto dall'art. 31 della Costituzione, non può esimersi dal dover fornire al bambino i diritti che gli sono garantiti a livello sia nazionale che comunitario.

Nel nostro ordinamento interno infatti il Codice Civile non sembra minimamente assecondare la valenza residuale della figura paterna prospettata dalle norme dell'ordinamento penitenziario e dalle previsioni del Codice di Procedura Penale sulle misure cautelari.

Piuttosto il Codice ribadisce, prima con l'art. 147 e poi in quanto disposto dall'art. 315 bis, che entrambi i genitori sono titolari dei doveri e diritti inerenti alla responsabilità genitoriale.<sup>243</sup>

---

alle case famiglia protette è stato inserito dal secondo comma dell'articolo 1 della novella n. 62 del 2011, <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>235</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 24.

<sup>236</sup> Decreto del Ministro della Giustizia del 26 luglio 2012, *Normattiva.it*.

<sup>237</sup> Decreto Ministeriale dell'11 gennaio 2013, *Normattiva.it*.

<sup>238</sup> Decreto Ministeriale del 13 marzo 2013, <https://www.Normattiva.it>.

<sup>239</sup> V. in materia FIORENTIN F., *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Riv. Guida al diritto*, 2011, n. 23, 46.

<sup>240</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 24.

<sup>241</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 9.

<sup>242</sup> Le sentenze della Corte Costituzionale n. 126/1968 e 147/1969, parlano della “piena parità” tra i coniugi a partecipare alla vita familiare, <https://www.cortecostituzionale.it>

<sup>243</sup> Per una più attenta disamina degli articoli in questione v. Capitolo I del presente scritto.

Rispettivamente il primo parla di doveri genitoriali di “ambedue i coniugi”, il secondo viceversa prevede il diritto del figlio a ricevere dai “genitori” quanto previsto dall’art. 147 c.c.<sup>244</sup>

In più l’art 315 bis del Codice Civile, prevedendo il diritto del minore di crescere in famiglia, testimonia ancora una volta come sia interesse del minore la convivenza con entrambi i genitori, senza dare peso maggiore alla presenza materna piuttosto che a quella paterna.

Se si considera, poi, che l’affidamento condiviso introdotto dalla Legge 54 del 2006<sup>245</sup> sancisce il principio di bigenitorialità, che consiste secondo quanto ribadito dalla giurisprudenza<sup>246</sup> in “una paritaria condivisione del ruolo genitoriale”, ci si chiede per quale motivo le riforme dell’ordinamento penitenziario e in particolar modo la Legge 62 del 2011<sup>247</sup>, posteriore rispetto alla normativa sull’affidamento condiviso, non abbiano tenuto in debita considerazione tali principi, ma piuttosto si siano poste esclusivamente nell’ottica di tutelare il solo rapporto materno.<sup>248</sup>

In aggiunta vale la pena ricordare, come si è approfonditamente detto nel capitolo I, che anche nel diritto sovranazionale e internazionale viene salvaguardato il diritto del minore ad avere un rapporto con entrambi i genitori senza preferire l’uno o l’altro.

L’art. 24 della Carta di Nizza<sup>249</sup> all’ultimo capoverso afferma, per esempio, 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” e parlando dei “due genitori” l’articolo rende palese come sia necessaria per il bambino la presenza di entrambi i genitori, salvi casi eccezionali.

Difficile conciliare una tale previsione con quanto stabilito nell’art. 47 ter dell’Ordinamento Penitenziario dove la situazione sembra essersi del tutto rovesciata dato che la concessione della detenzione domiciliare al padre non costituisce la regola ma avviene invece nella sola ipotesi di carattere straordinario in cui la madre risulti deceduta o del tutto incapace di accudire la prole.

---

<sup>244</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 9.

<sup>245</sup> Legge numero 54 del 2006 su <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>246</sup> Vedi in materia sentenze: App. Bologna, 8 gennaio 2007, n. 36; Trib. Messina, 18 luglio 2006; Cass., 18 agosto 2006, n. 18187, PADALINO C., *La giurisprudenza sull’affidamento condiviso*, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 20/10/2007.

<sup>247</sup> Legge numero 62 del 2011 su <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>248</sup> V. FIORIO C., *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, 2447.

<sup>249</sup> Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), proclamata una prima volta il 7 dicembre del 2000 e una seconda il 12 dicembre 2007, <https://fra.europa.eu>.



La norma si pone in contrasto anche con il diritto alla vita privata e familiare<sup>250</sup> disposto dall'art. 8 della CEDU<sup>251</sup>, nel punto in cui l'autorità statale ingerendosi all'interno del rapporto genitoriale priva il padre della possibilità di ripristinare la convivenza con il figlio, a meno che non ricorrano le circostanze eccezionali disposte dalla lettera b) del primo comma dell'art. 47 ter o.p. Il che sembra al contempo costituire anche violazione del principio di non discriminazione<sup>252</sup> che prevedrebbe un'analoga possibilità per entrambi di accedere alla misura alternativa.

E questi dubbi sulla legittimità dell'art. 47 ter dell'Ordinamento penitenziario si ripercuotono anche sull'art. 47 quinquies o.p.,<sup>253</sup> data la sua struttura analoga.

Inoltre la detenzione domiciliare speciale al settimo comma prevede un ulteriore requisito perché venga concessa al padre: ovvero che il bambino “non sia affidato ad altri”, per tali vanno intesi i parenti del padre o della madre del minore e le strutture pubbliche assistenziali.<sup>254</sup> Questa previsione entra però in aperto contrasto con quanto affermato più volte dalla giurisprudenza che, interpretando la diversa disposizione prevista dal quarto comma dell'art. 275, aveva sancito che “l'infungibilità (dell'assistenza genitoriale) deve, pertanto, fin dove è possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia”<sup>255256</sup>

La responsabilità genitoriale come prospettata poi anche dal Codice civile nell'art. 316 non sembra poter esser di per sé condivisa dai genitori con i loro parenti e affini, ma costituisce un complesso di diritti e doveri di cui il padre e la madre sono esclusivi titolari. Se da un lato il nostro ordinamento prevede per il bambino con l'art. 315 bis c.c. il diritto di mantenere rapporti significativi con i parenti,<sup>257</sup> dall'altro ciò non implica che le funzioni genitoriali possano essere in linea di principio svolte anche da tali soggetti.

Per queste ragioni l'articolo sulla detenzione domiciliare speciale non tenendo conto di quanto disposto dal nostro ordinamento interno in materia di responsabilità genitoriale rischia

---

<sup>250</sup> All'Articolo 8 della CEDU è stato assegnato un significato ampio dalla Corte EDU che l'ha elaborato in accordo con un'interpretazione estensiva, facendovi ricomprendere “i coniugi nonché i figli legittimi dal momento della loro nascita ed a prescindere dal requisito della coabitazione”, DONATI M. G. P., *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, <http://www.europeanrights.eu>.

<sup>251</sup> Convenzione Europea dei Diritti Umani, firmata il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848, <https://www.echr.coe.int>.

<sup>252</sup> Tale principio è sancito dall'articolo 14 della CEDU, <https://www.echr.coe.int>

<sup>253</sup> CORSO P., *Codice di procedura penale e leggi complementari*, cit., 814, note 1-3.

<sup>254</sup> V. DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 707.

<sup>255</sup> Cass., sez. I, 31 gennaio 2014, n. 4748, in accordo con tale sentenza e con il ragionamento da questa perseguito v anche Corte cost., n. 251/1990, e dello stesso Giudice di Legittimità anche, Cass., sez. V, 9 novembre 2007, n. 41626, Verde; Cass., sez. IV, 19 novembre 2004, n. 6691, Roccaro.

Di parere opposto invece v. Cass., sez. V, 15 febbraio 2008, n.8636.

<sup>256</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 13.

<sup>257</sup> DI ROSA G., *Commentario del Codice Civile, Della famiglia (da art.231 a 455)*, 2018, 566.

di provocare esattamente ciò che le norme codicistiche si impegnano ad evitare: ovvero un danno alla crescita e formazione del minore che venendo privato dell'accudimento della madre (perché morta o impossibilitata) non può contare neppure sulla presenza paterna e ciò per il solo fatto della presenza nella vita del bambino di ulteriori familiari.

L'art. 47 quinquies o.p. presenta poi un ulteriore elemento discriminante nei confronti della figura paterna, non prevedendo al comma 1 bis che il detenuto padre possa scontare il *quantum* di pena per accedere alla misura<sup>258</sup> nei cosiddetti Istituti a Custodia Attenuata per detenute madri oppure, qualora sia stata effettuata prognosi negativa di recidiva e non vi sia pericolo di fuga, che il condannato possa espiare tale pena nella propria abitazione, in luogo di privata dimora o nelle case famiglia protette.<sup>259</sup>

Il capoverso in considerazione infatti prevede espressamente che tali misure possano essere concesse alle madri, non accennando minimamente alla figura genitoriale maschile.

In realtà, come già detto, tanto gli ICAM quanto le case famiglia protette, nei rispettivi Decreti Ministeriali che ne hanno specificato le caratteristiche<sup>260</sup>, sono considerate strutture al cui interno possono esser presenti anche soggetti di sesso maschile e ciò implicitamente ha significato che, nonostante il silenzio normativo, entrambi gli istituti potrebbero essere concessi anche al padre del bambino.<sup>261</sup>

Una lacuna permane invece circa la possibilità per il padre di espiare la frazione di pena prevista per la concessione della misura alternativa nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora.

Proseguendo l'analisi delle varie incongruenze presentate dalle numerose misure che tutelano la genitorialità nell'ordinamento penitenziario va di conseguenza esaminato quanto risulta dall'art. 21 bis o.p. in tema di assistenza all'esterno del figlio minore che prevede la medesima formulazione rispetto all'art. 47 quinquies o.p. per l'accesso al padre della detenzione domiciliare speciale, subordinandola anche questa volta al decesso, all'incapacità assistenziale della madre o all'impossibilità di affidare il figlio ad altri.<sup>262</sup> Anche in tale

---

<sup>258</sup> “Un terzo della pena o quindici anni in caso di ergastolo”.

<sup>259</sup> V. BELLANTONI G., *Il trattamento dei condannati*, in CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 2015, 173 ss.

<sup>260</sup> Per quanto riguarda gli ICAM si tratta del Decreto Ministeriale dell'8 marzo 2013, per le case famiglia protette del Decreto Ministeriale 13 marzo 2013, *Normattiva.it*.

<sup>261</sup> Ciò è confermato anche dall'articolo 285 bis del Codice di Procedura Penale, rubricato “Custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri”, prevede esplicitamente che nei casi in cui possa essere vietata anche per il padre l'applicazione della misura cautelare detentiva *ex* articolo 275, comma 4, il giudice può disporre per costui la custodia cautelare presso un Istituto a Custodia Attenuata per detenute madri.

<sup>262</sup> KHRAISAT L., *sub art. 21 bis o.p.*, in *Codice di procedura penale commentato vol. III*, a cura di GIARDA A., SPANGHER G., 2017, 2283; MARCHETTI M.R., *Commento all' art. 21 bis o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2015, 294, DELLA CASA F., GIOSTRA G., *op. cit.*, 349.

disposizione, il fatto di subordinare la presenza genitoriale paterna a quella di altri lascia svariate perplessità.

La dottrina<sup>263</sup> ponendo infatti a raffronto quanto disposto dal quarto comma dell'art. 275 del Codice di Procedura Penale in materia di misure cautelari detentive e quanto disposto dal terzo comma dell'art. 21 bis e dal settimo comma dell'art. 47 quinquies o.p. sottolinea come sussista una "disomogeneità critica" nei presupposti per accedere a quelle che costituiscono misure analoghe.

Infatti la norma che prevede il divieto di applicazione della misura cautelare della custodia del detenuto in carcere, ne concede l'estensione al padre richiedendo solo i due requisiti alternativi del decesso o dell'impedimento materno, per cui il genitore imputato rimane fuori dal carcere anche qualora vi possano essere parenti o strutture assistenziali disponibili a prendersi cura della prole.

Dall'altro canto invece nelle misure citate dell'Ordinamento penitenziario è previsto l'ulteriore requisito dell'impossibilità "di affidare la prole ad altri che al padre", risulta dunque evidente come l'infungibilità della figura genitoriale prevista nell'art. 275 c.p.p. sia venuta meno "ma risulta totalmente svilita e nientemeno degradata e relegata a ultimissima ipotesi opzionalmente percorribile, subordinata com'è, la sua entrata in gioco, alla condizione che non vi sia modo di affidare la prole ad altri."<sup>264</sup>

L'autore prosegue poi sostenendo che risulta difficile comprendere per quale motivo nel momento dell'esecuzione della pena e per la concessione delle misure alternative vengano apposti limiti all'esclusività della titolarità della responsabilità genitoriale che invece non sono presenti per l'applicazione di una misura cautelare detentiva durante lo svolgimento del processo penale.

Un'apertura verso la parificazione dei diritti dei due genitori sembra essere disposta dalla disposizione del primo comma dell'art. 21 ter o.p. che prevede la possibilità per entrambi i genitori di assistere il bambino qualora questo sia gravemente malato o in pericolo di morte. Sebbene la disposizione in questione costituisca un caso eccezionale, presenta comunque una novità nel panorama normativo che usualmente prevede differenti condizioni per il padre e per la madre per accudire la prole al di fuori dal carcere. In questo caso, infatti, la visita al figlio

---

<sup>263</sup> BELLANTONI G., *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione ai fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, 2015, f.1, *Ordines*,29, <http://www.ordines.it>.

<sup>264</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 30.

minore infermo<sup>265</sup> è concessa “per il padre che versi nelle stesse condizioni della madre” senza alcun discrimine.<sup>266</sup>

Tuttavia le condizioni di “assoluta impossibilità” o “morte materna” sembrano uscire dalla finestra per rientrare dalla porta, dato che se da un lato il legislatore sembrava averle espunte dal primo comma le reintroduce a pieno nel secondo capoverso dell’art. 21 ter dell’Ordinamento penitenziario che presenta il caso meno grave ed urgente dell’assistenza del figlio alle visite specialistiche.<sup>267</sup>

Ulteriori norme che si pongono nell’ottica della tutela della maternità, questa volta non considerando affatto la figura paterna neanche nelle due ipotesi residuali usali, sono gli articoli sul rinvio dell’esecuzione della pena.

Il rinvio obbligatorio *ex art.* 146 del Codice Penale e il rinvio facoltativo previsto dall’art. 147 c.p.<sup>268</sup> parlano rispettivamente di “donna incinta” o “madre di infante di età inferiore ad anni uno” e di “madre di prole di età inferiore a tre anni”.<sup>269</sup>

Sebbene per quanto riguarda il rinvio obbligatorio la mancata previsione della figura paterna possa essere chiaramente giustificata dall’età dell’infante che fino ad un anno di età può dipendere fisicamente dalla madre<sup>270</sup>, la stessa motivazione non può di certo venire in aiuto per giustificare l’assenza nella norma di qualsivoglia riferimento al padre per il rinvio facoltativo. Queste perplessità potrebbero esser state in qualche modo attenuate dall’introduzione del comma 1 ter nell’art. 47 ter dell’Ordinamento penitenziario che nella stragrande maggioranza dei casi ha sostituito al rinvio facoltativo l’applicazione della misura di detenzione domiciliare ordinaria.<sup>271</sup>

Se da un lato, come esaminato in questo paragrafo, le norme che concedono ai genitori detenuti la possibilità di fruire di misure alternative, uscendo quindi dal carcere, sono prevalentemente dirette alle condannate madri, la Legge 354 del 1975 prevede molteplici istituti che, senza comportare l’uscita dall’istituto penitenziario, sono volti a preservare il rapporto genitoriale sia materno che paterno con il bambino.<sup>272</sup>

---

<sup>265</sup> In seguito alle modifiche apportate dalla Legge del 16 aprile 2015, n. 47, “Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità” quanto previsto dall’articolo per le visite al minore infermo è stato esteso anche al figlio affetto da handicap grave, <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>266</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 22.

<sup>267</sup> BRONZO P., in FIORENTIN F., SIRACUSANO F., *L’esecuzione penale*, 2019, 351

<sup>268</sup> Così modificati dalla Legge 8 marzo 2001, n.40, <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>269</sup> v. BELLANTONI G., *Il trattamento dei condannati*, in CORSO P. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 2015, 173 ss.

<sup>270</sup> DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 658.

<sup>271</sup> CESARIS L., *La detenzione domiciliare come modalità alternativa dell’esecuzione penitenziaria*, in GREVI V., *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, 344; DOLCINI E., DELLA BELLA A., *Commento all’art. 146 c.p.*, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, 2008, p. 496.

<sup>272</sup> BELLANTONI G., *op. cit.*, 23.

Caso esemplificativo è quello del diritto ai colloqui e alla corrispondenza telefonica garantito dall'art. 18 dell'Ordinamento penitenziario.

I colloqui con i familiari non solo presentano un particolare regime di favore ma il Decreto del Presidente della Repubblica del 30 giugno 2000, n. 230 “Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”<sup>273</sup>, ne permette un'applicazione più ampia al di là dei limiti consentiti qualora siano intrattenuti con un figlio minore di 10 anni. L'art. 37 al nono capoverso del d.P.R. per quanto riguarda i colloqui, e il terzo comma dell'art. 39 del d.P.R. per la corrispondenza, concedono tale trattamento preferenziale non solo alla madre ma anche al padre.

Ciò è significativo di come la tutela del rapporto genitoriale non preveda di per sé alcuna differenza di genere.

---

<sup>273</sup> D.P.R. n. 230/2000, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 195 del 22 agosto 2000, consultabile su <https://www.gazzettaufficiale.it>.

## CAPITOLO III

### UNO SFORTUNATO EPILOGO

#### **1. Dalla non risolutiva ordinanza del Tribunale di Bari del 2009 agli Stati Generali dell'Esecuzione penale.**

Nonostante le varie sentenze della Corte Costituzionale abbiano influenzato il legislatore nel riporre una sempre maggiore attenzione verso la parificazione dei diritti tra il padre e la madre all'interno dell'Ordinamento penitenziario<sup>1</sup>, questo percorso non può considerarsi concluso.

In tale ottica nel 2008 il Tribunale di Sorveglianza di Bari ha sollevato con ordinanza questione di costituzionalità rispetto al comma settimo dell'art. 47 quinquies dell'Ordinamento penitenziario ritenendo che questo violasse gli articoli 2, 3, 30, primo comma, e 31, secondo comma della Costituzione.<sup>2</sup>

La disposizione dell'Ordinamento penitenziario è ritenuta dal giudice *a quo* incostituzionale nel punto in cui prevede come condizione di accesso per il padre alla detenzione speciale l'impossibilità che il figlio sia affidato ad altri<sup>3</sup>.

Il caso in questione riguarda un detenuto condannato nel 2007, con una pena residua da espiare di circa 7 anni e 3 mesi che ha proposto verso il Tribunale di Sorveglianza di Bari istanza per ottenere la detenzione domiciliare speciale o in alternativa il rinvio obbligatorio o facoltativo della pena o la misura alternativa della detenzione domiciliare ordinaria.

Il giudice di merito sottolinea come i reati per cui il detenuto è stato condannato riguardano fatti commessi fino al 2000 data dalla quale la condotta del soggetto si riallinea con la giustizia.

Il rimettente a dimostrazione dell'andamento favorevole del percorso rieducativo, riporta quanto affermato dagli operatori dell'istituto penitenziario nel documento d'osservazione, secondo il quale il detenuto sta svolgendo un percorso di rielaborazione dei fatti, indi per cui “è necessario verificare se tale riflessione proseguirà in futuro consentendogli di rafforzare quella riconsiderazione critica già avviata e tuttora in atto”.

---

<sup>1</sup> V. in primo luogo la sentenza della Corte Costituzionale del 13 aprile 1990, n. 215 che ha esteso la possibilità di ammettere alla detenzione domiciliare il padre che si trovi nella necessità di prendersi cura della prole, di conseguenza la Legge del 27 maggio 1998, n. 165, introduce tale ipotesi con la lettera b) al primo comma dell'articolo 47 ter dell'Ordinamento penitenziario.

Ulteriore passo in avanti viene compiuto dalla Consulta con la sentenza 350 del 2003 che ha esteso l'applicabilità della detenzione domiciliare al caso del padre condannato, convivente con un figlio portatore di handicap totalmente invalidante. V. <https://www.cortecostituzionale.it> e FILIPPI L., *Decisioni della Corte n. 350*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, f. 6, 3643 ss.

<sup>2</sup> Su cui si è pronunciata la Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 211 del 2009, <https://www.giurcost.org>

<sup>3</sup> Si è già specificato nel capitolo precedente come per “altri” debbano intendersi non solo i familiari del bambino ma anche le strutture pubbliche assistenziali. V. DELLA CASA F. , GIOSTRA G. , *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 707.

Quanto ai requisiti per l'applicazione della misura prevista dal comma settimo dell'art. 47 quinquies o.p. il soggetto in questione è padre di un bambino di 5 anni, la cui madre lavora ininterrottamente come badante presso un anziano.

Non possono essere considerati, in questo quadro, ai fini dell'affidamento del bambino né i genitori della madre che vivono in Romania, né tantomeno i parenti del padre, i quali svolgono quotidianamente lavori agricoli e per di più sono in età avanzata.

Un ulteriore elemento addotto dal giudice *a quo* a sostegno della condizione di impossibilità materna nell'accudire il bambino consiste nella precaria salute della donna che, come provato dal certificato medico del 2008, "è affetta da grave sindrome depressiva con attacchi di panico e di astenia grave, con calo di peso considerevole e necessita di assistenza psichiatrica e psicologica".

Delineata la situazione dell'istante, il Tribunale di Sorveglianza ritiene che il settimo comma dell'art. 47 quinquies sia da ritenersi incostituzionale per assegnare un'importanza secondaria al rapporto padre-figlio rispetto a quello materno, a tal punto che la concessione della misura al padre detenuto assume un "carattere residuale".

Secondo il rimettente, tra i vari parametri di costituzionalità violati dalla disposizione dell'Ordinamento penitenziario, risulta in primo luogo l'art. 2 della Costituzione che sancisce il principio del "primato della persona" su cui deve improntarsi anche l'esecuzione della pena. Tra l'altro, nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale il giudice di merito richiama a sostegno del diritto alla bigenitorialità quanto disposto dalla Corte EDU nel ricorso del 2004 sul caso Wallovà e Walla contro Repubblica Ceca<sup>4</sup>.

Nella fattispecie in questione, riguardante un episodio in cui i figli erano stati separati dai genitori che non riuscivano a sostenerli economicamente, la Corte sovranazionale ha ribadito come provvedimenti di tale genere debbano essere adottati in casi eccezionali nel rispetto di quanto previsto dall'art. 8 della Convenzione Europea<sup>5</sup>. Tale disposizione, secondo la CEDU, dispone un obbligo in capo all'autorità pubblica di "conservare, agevolare e rinsaldare le relazioni fra genitori e figli".

Il Tribunale di Sorveglianza di Bari sottolinea invece come la detenzione domiciliare speciale non subordini l'assistenza genitoriale del padre solo a quella della madre ma anche a quella degli altri parenti o addirittura delle strutture pubbliche assistenziali e così facendo viene meno al dovere di tutela dell'interesse del minore e del suo diritto a vivere con entrambi i genitori.

La disposizione viene ritenuta dal giudice di merito incostituzionale anche per quanto riguarda il principio di uguaglianza formale sancito dal primo comma dell'art. 3 della

---

<sup>4</sup> Ricorso numero 23848/2004, Wallovà e Walla contro Repubblica Ceca.

<sup>5</sup> Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950, <https://www.echr.coe.int>

Costituzione, in quanto prevedendo per la madre minori condizioni per l'accesso alla misura, nei fatti, le viene resa più agevole la detenzione domiciliare rispetto al padre che per poterla ottenere deve soddisfare presupposti ulteriori e per di più inerenti ad una situazione di natura straordinaria.

L'art. 47 quinquies o.p. nell'ostacolare il condannato dall'espletamento della sua paternità, impedisce poi anche quello che il comma successivo dell'art. 3 Cost. definisce il "pieno sviluppo della persona umana" così andando a violare anche il "principio di uguaglianza sostanziale"<sup>6</sup>. A sostegno di questa tesi il Tribunale di Sorveglianza richiama le pronunce della Consulta n. 215 del 1990<sup>7</sup> e n. 350 del 2003<sup>8</sup> che hanno decretato sul tema ribadendo che "garantire la vicinanza dei genitori al figlio significa, in definitiva dare attuazione ai principi contenuti negli artt. 2 e 3 Cost., secondo i quali debbono essere rimossi gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità di ciascuno"<sup>9</sup>.

Infine l'art. 47 quinquies genera da parte del padre una sostanziale "condizione di abbandono" del figli, pertanto risulta in conflitto anche con gli ulteriori parametri costituzionali a salvaguardia della genitorialità e dell'infanzia *ex* articoli 30 e 31 della Costituzione<sup>10</sup>. A fondamento di quanto affermato, viene richiamata anche la proposta di legge numero 6164 del 3 novembre del 2005 da parte della Camera dei Deputati, durante la XIV legislatura<sup>11</sup> che con l'art. 63 non prevede per la concessione al padre della misura *ex* art. 47 quinquies o.p. la condizione dell'impossibilità di "affidare la prole ad altri che al padre".

Nonostante i vari argomenti del giudice *a quo* la Consulta accoglie quanto sostenuto dall'Avvocatura generale dello Stato e dalla difesa erariale e respinge la questione di costituzionalità per manifesta inammissibilità.

La Corte Costituzionale afferma come la decisione sulla costituzionalità della norma in questione non vada a sortire alcun effetto nel caso concreto sull'accoglimento o il rigetto da

---

<sup>6</sup> CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G. E., *La Costituzione Italiana Commento articolo per articolo, Volume I*, 2018, 38; ROMAGNOLI U., *Articolo. 3 comma 2 Costituzione*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, 1975, 162 ss.

<sup>7</sup> V. FILIPPI L., *Decisioni della Corte n. 350*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, f. 6, 3643.

<sup>8</sup> V. CREMONESI L., *L'handicap del figlio vieta il carcere*, in *Riv. Diritto e giustizia*, 2004, n. 1, 40 ss.; MARCHESELLI A., *La Corte costituzionale elimina le disparità con il trattamento per i minori di 10 anni*, in *Riv. Guida al diritto*, 2004, n. 1, 67 ss.; FILIPPI L., *Decisioni della Corte n. 350*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, f. 6, 3649

<sup>9</sup> È quanto affermato dal giudice remittente nell'ordinanza della Corte Cost. n. 211 del 2009, <https://www.giurcost.org>

<sup>10</sup> CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G. E., *La Costituzione Italiana Commento articolo per articolo, Volume I*, 2018, 216 ss.

<sup>11</sup> Camera dei deputati, XIV Legislatura, Proposta di Legge 3 novembre 2005, n. 6164, *nuovo ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle pene e delle altre misure privative o limitative della libertà*, d'iniziativa dei deputati Boato, Finocchiaro, Fanfani, Pisapia, Brugger, Cento, Buemi, Oricchio, Maura Cossutta, Bonito, Bressa, Maccanico, Russo Spena, Falanga, Amici, Gerardo Bianco, Leoni, Mascia, Lucidi, Zaccaria, <http://leg14.camera.it/>



parte del Tribunale rimettente della misura alternativa per il detenuto, dato che i due presupposti per l'accesso del padre alla misura della detenzione domiciliare speciale sono soddisfatti: da un lato lo stato patologico della madre congiuntamente alla sua intensa attività lavorativa e dall'altro l'età dei nonni paterni del bambino.

Quanto poi ai requisiti soggettivi ed oggettivi per l'accesso alla misura<sup>12</sup> previsti dal primo comma dell'art. 47 quinquies della Legge 354 del 1975, nessun riferimento viene fatto al riguardo da parte del giudice rimettente, per cui la manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità deriva anche dalle suddette omissioni che ostacolano l'individuazione del “nesso di pregiudizialità” ovvero la dipendenza del caso di merito dalla decisione della Consulta<sup>13</sup>. Da quanto affermato nell'Ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Bari non sembra infatti soddisfatto il requisito che richiede per l'accesso alla misura la previa espiazione di almeno un terzo della pena, considerato che nell'atto del giudice *a quo* l'ingresso del detenuto in carcere sembra collocarsi nel 2007 e non viene fatto riferimento alcuno a periodi di presofferto.

Di dubbia valenza sono altresì i documenti su cui il rimettente basa la prognosi negativa di recidiva, dato che da quanto risulta negli stessi il condannato alterna “tratti di superficialità” a “momenti di riflessione e di consapevolezza”.

La Corte Costituzionale proprio a causa delle numerose lacune presenti nella descrizione della fattispecie da parte del Tribunale di Sorveglianza di Bari non può pronunciarsi sulla rilevanza della questione e di conseguenza ne dichiara la manifesta inammissibilità.

Nonostante la mancata pronuncia nel merito della costituzionalità della norma dell'Ordinamento Penitenziario, per la prima volta è comunque giunta al vaglio della Corte Costituzionale una discrasia che ancora permane nel nostro ordinamento con l'effetto che quanto disposto dal Codice Civile in tema di genitorialità soprattutto in seguito alla legge sull'affidamento condiviso<sup>14</sup> non è conciliabile con quanto previsto per l'accesso del padre alle misure alternative dalla Legge numero 354 del 1975.

È indubbio, nella sostanza, che come affermato dal Tribunale di Sorveglianza di Bari nell'Ordinanza del 2009, la detenzione domiciliare ordinaria e quella speciale previste rispettivamente agli articoli 47 ter e 47 quinquies dell'Ordinamento penitenziario, assegnano

---

<sup>12</sup> V. DELLA CASA F. , GIOSTRA G. , *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 709.

<sup>13</sup> V. sentenza Corte Cost. n.77/1983 per quanto riguarda il significato di “rilevanza” delle questioni di costituzionalità afferma che deve sussistere il “nesso di pregiudizialità fra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la decisione del caso concreto.”, <https://www.cortecostituzionale.it> .

<sup>14</sup> Legge 8 febbraio 2006, n.54, “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”. Consultabile presso: <https://www.camera.it> .

indubbiamente alla figura paterna una posizione secondaria o addirittura terziaria nel caso della detenzione domiciliare speciale.<sup>15</sup>

Il fatto che la figura genitoriale paterna sia subordinata a terzi può forse rappresentare l'intenzione del legislatore di ridurre al minimo la concessione della misura alternativa prevista dall'art. 47 quinquies o.p.<sup>16</sup> ma non può trovare alcun fondamento logico specie dopo quanto affermato dalla Consulta con la pronuncia del 1990 numero 215<sup>17</sup>.

La sentenza si rivela però sotto più punti contraddittoria in quanto da un lato afferma come la nostra Carta Costituente, in particolar modo agli articoli 30 e 31, riconosca ad entrambi i genitori oneri imprescindibili derivanti dalla loro responsabilità genitoriale, dall'altro ritiene che la norma sulla detenzione domiciliare, allora oggetto del vaglio della Corte, si debba applicarsi anche al padre "nel caso in cui la madre manchi o sia assolutamente impossibilitata". Tra l'altro la Corte pone alla base della sua pronuncia di incostituzionalità dell'art. 47 ter dell'Ordinamento penitenziario, il principio di uguaglianza tra i coniugi sancito dall'art. 29 della Costituzione<sup>18</sup> congiuntamente alla tutela dell'interesse del minore previsto dal capoverso dell'art. 31 cost.<sup>19</sup>

La dottrina<sup>20</sup> ha sottolineato come non sfugga ad incoerenza neanche l'attuale approdo legislativo che prima sancisce l'uguaglianza delle condizioni necessarie perché i genitori possano accedere alla misura ex 47 quinquies o.p. e poi ne prevede ulteriori a carico del padre. Continua l'autore sostenendo che "pare, pertanto, lecito attendersi nuovi interventi da parte del giudice delle leggi, nel momento in cui il giudice rimettente superi l'imprescindibile vaglio di rilevanza e di non manifesta infondatezza della questione dedotta".

All'interno del panorama del diritto penitenziario vi sono stati negli anni numerosi documenti ed eventi giuridici che al fine di tutelare l'interesse del minore hanno aperto uno spiraglio alla futura applicazione del principio della bigenitorialità anche in ambito penitenziario. I vari interventi in materia sebbene non proclamino mai in via esplicita un'uguaglianza della condizione del padre a quella della madre per l'accesso alle misure

---

<sup>15</sup> FIORIO C., *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, f.4, 2447, Nota a: Corte Costituzionale, 09 luglio 2009, n.211.

<sup>16</sup> V. PICCIOTTO G., *La detenzione domiciliare speciale premia la madre ma tutela il figlio*, in *Riv. Diritto e giustizia*, 2001, f. 13, 18, il quale si esprime in termini di "facoltà residuale, concessa al padre detenuto".

<sup>17</sup> Corte Costituzionale sentenza del 13 aprile 1990, n. 215, <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>18</sup> V. sull'eguaglianza dei coniugi PALADIN L., alla voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965, 537 ss.

<sup>19</sup> V. FILIPPI L., *Decisioni della Corte n. 350*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, f. 6, 3650.

<sup>20</sup> FIORIO C., *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, f.4, 2449, Nota a: Corte Costituzionale, 09 luglio 2009, n.211.

alternative, sembrano considerarla implicitamente parlando in via generale del diritto al bambino a vivere con i genitori e a non venirne privato *sine ratio*.

Per di più come si vedrà di qui a poco, tanto i vari Protocolli d'intesa<sup>21</sup> stipulati dal Governo con il Garante dell'infanzia, quanto la Raccomandazione del 2018<sup>22</sup> del Comitato dei Ministri trovano la loro origine nella necessità di garantire ai figli di condannati la presenza imprescindibile dei genitori. Tale obiettivo può essere realizzato a pieno solo con le misure alternative alla detenzione, indi per cui entrambe le disposizioni ne prevedono l'utilizzo in via preferenziale rispetto alla pena detentiva tanto per il padre quanto della madre senza distinzione al riguardo.

Il primo documento non solo in Italia ma persino in Europa con cui si riconoscono ai bambini dei genitori detenuti una molteplicità di diritti al fine di avvicinare la loro condizione quanto più possibile a quella dei figli di genitori non detenuti è del 21 marzo 2014, quando l'allora Ministro della Giustizia Orlando firma con il Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza e l'Associazione Bambinisenzasbarre ONLUS un Protocollo d'intesa<sup>23</sup>, poi definito la “Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti”<sup>24</sup>. Il Protocollo per cui viene fissata una durata biennale vede un rinnovo nel 2016 e nel 2018 ma alla sua scadenza nel 2020 non è ulteriormente prorogato.

Per comprendere la portata del Protocollo d'intesa<sup>25</sup> ne va specificata la natura giuridica che è nei fatti distinto da un contratto<sup>26</sup> e infatti a differenza di questi non presenta un'efficacia vincolante né tantomeno “forza di legge”, per cui in caso di inadempienza di una delle due parti stipulanti non può essere esperita alcuna esecuzione forzata. Il protocollo d'intesa ha invece solitamente la rilevanza giuridica di una semplice “dichiarazione d'intenti”, spesso all'interno della Pubblica Amministrazione ciò ha la funzione di raccordare e semplificare procedure complesse.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Protocolli d'intesa tra il Ministero della Giustizia, l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e Bambinisenzasbarre ONLUS, il primo firmato il 21 marzo 2014, il secondo il 6 settembre 2016 e il terzo del 20 novembre 2018 ha prorogato il primo fino al 20 novembre 2020, <https://www.giustizia.it>.

<sup>22</sup> Raccomandazione del 4 aprile 2018 Comitato dei Ministri CM/Rec(2018)5 diretta agli Stati membri, sulla tutela dei bambini con i genitori detenuti, 1312ª adunanza dei membri del Comitato, <https://rm.coe.int>

<sup>23</sup> Protocollo d'intesa tra il Ministero della Giustizia, l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e Bambinisenzasbarre ONLUS, firmato il 21 marzo 2014, <https://www.giustizia.it>.

<sup>24</sup> V. DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 157; TOMASELLI E., *La Carta dei figli dei genitori detenuti*, in *Riv. Minori e Giustizia*, 2014, f. 3, 175 ss.

<sup>25</sup> V. al riguardo STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, 1992, ove si affronta tale problematica nel riferimento all'introduzione di accordi procedurali effettuata dalla l. n. 241 del 1990; MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., COCA F. G., *Diritto amministrativo*, 1993, I, p. 1120 ss.; sentenza della Corte Costituzionale nella sentenza 16 luglio 1991, n. 351, in *Riv. Giustizia costituzionale*, 1991, p. 2086 ss.

<sup>26</sup> Il contratto è disciplinato dall'articolo 1321 del Codice Civile.

<sup>27</sup> CAPRIGLIONE F., *L'ordinamento finanziario italiano*, Tomo primo, 2010, 282.

Quando però il documento che costituisce tale protocollo contiene al suo interno gli elementi che normalmente connotano la struttura giuridica della convenzione ha una valenza superiore rispetto ad una semplice “convergenza di interessi” fra i partiti in causa. E questo sembra essere, in concreto, il caso del Protocollo d’intesa tra il Ministero della Giustizia, il Garante dell’Infanzia e Adolescenza del 2014 e l’Associazione Bambinisenzasbarre ONLUS i quali si assegnano reciprocamente doveri e funzioni che si impegnano a rispettare, a tal punto che nel documento si afferma che gli articoli al suo interno devono essere presi “come riferimento nell’assumere le decisioni e nello stabilire il modus operandi per ciò che riguarda tutti i genitori, anche minorenni, soggetti a misure restrittive della libertà”<sup>28</sup>.

Ad ulteriore dimostrazione di ciò, si pone anche l’art. 8 del Protocollo che dispone con l’istituzione di un Tavolo permanente, composto da parte di soggetti delegati dal Ministero della Giustizia, dall’Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza e dall’associazione Bambinisenzasbarre ONLUS.

Il Tavolo deve verificare in via periodica che quanto disposto dalla Carta non rimanga lettera morta ma sia invece eseguito correttamente e ha l’onere di “promuovere la cooperazione tra i soggetti coinvolti” e “lo scambio di buone prassi”.

Passando all’analisi del contenuto della Carta dei diritti dei bambini con genitori detenuti, documento a cui tra l’altro nei vari rinnovi sono state apportate solamente scarse modifiche, è importante spiegare per quale motivo il Governo ha sentito l’esigenza un tale accordo nonostante già nel 2012 il Ministro della Giustizia abbia emesso un decreto per approvare la Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati<sup>29,30</sup>.

Fino alla sottoscrizione del Protocollo d’intesa, infatti, non vi è alcuna norma o accordo che tuteli in via specifica la prole di genitori detenuti<sup>31</sup>, neppure la stessa Carta dei diritti e doveri dei detenuti e internati che coinvolge l’interesse del minore a mantenere un rapporto con il padre e la madre in carcere solo in via riflessa, nel capo in cui disciplina i rapporti del detenuto con la società esterna.

La Carta dei figli di genitori detenuti anticipa ai suoi nove articoli delle premesse volte ad individuare la *ratio* innovativa del Protocollo d’intesa, ovvero la necessità di salvaguardare

---

<sup>28</sup> Protocollo d’intesa tra il Ministero della Giustizia, l’Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza e Bambinisenzasbarre ONLUS, firmato il 21 marzo 2014, <https://www.giustizia.it>.

<sup>29</sup> Decreto ministro della Giustizia 5 dicembre 2012, intitolato appunto “Approvazione della Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati”. <https://www.giustizia.it>

<sup>30</sup> TOMASELLI E., *La Carta dei figli dei genitori detenuti*, in *Riv. Minori e Giustizia*, 2014, f. 3, 175.

<sup>31</sup> Al riguardo a lungo aveva riflettuto la dottrina, v. fra gli altri IORI V., AUGELLI A., BRUZZONE D., MUSI E., *Genitori comunque. I padri detenuti e i diritti dei bambini*, 2012; MUSI E., *Legami che liberano. Quando la relazione tra genitori in carcere e figli è occasione di crescita e libertà*, in *Riv. Minori giustizia*, 2012, 3, 195-203; AUGELLI A., *Il diritto agli affetti in carcere: creare spazi di incontro e di narrazione*, 2012, *ivi*, 204-211; BOUREGBA A., *I legami familiari alla prova del carcere*, *Bambinisenzasbarre*, 2005;

la relazione filiale tra il bambino e il genitore internato, limitando al minimo le differenze tra lo stato di figlio di genitori liberi e quello invece di genitori in carcere.

L'espiazione di pena detentiva, in accordo con quanto esposto della Carta, non deve assolutamente andare a ledere né gli interessi del minore né tanto meno quelli del detenuto relativi alla sua responsabilità genitoriale, piuttosto il trattamento rieducativo deve essere improntato su un percorso volto ad incentivare le relazioni familiari tra cui *in primis* il rapporto di filiazione.<sup>32</sup> Per realizzare ciò, all'art. 1 rubricato "decisioni relative ad ordinanze, sentenze ed esecuzione pena", prevede che tanto nell'applicazione di misure cautelari detentive, quanto nell'esecuzione della pena in carcere, l'autorità giudiziaria debba tenere in debito conto l'interesse del bambino.

Nei casi in cui il soggetto condannato detenga la responsabilità genitoriale, dunque, si devono preferire le misure alternative rispetto a quella della detenzione in Istituto Penitenziario onde soddisfare il diritto del bambino a vivere in presenza di entrambi i genitori. E non viene prevista alcuna funzione residuale del padre rispetto a quella materna, né tantomeno sono disposti requisiti particolari che subordinino per tale figura genitoriale l'applicazione del principio in questione.

Qualora poi, non possa essere accordata alcuna misura extramuraria va comunque evitato, mediante la concessione di permessi, che la separazione del figlio dal genitore generi un "blackout nei contatti"<sup>33</sup>.

Il primo articolo costituisce il principio cardine per eccellenza a cui l'organo giudiziario dovrà attenersi nello stabilire le modalità di esecuzione della pena, preferendo dove possibile la concessione ai genitori di misure alternative.<sup>34</sup> Gli altri articoli successivi della Carta vengono dunque in rilievo solo laddove, non potendo evitare l'entrata in carcere del genitore, diventa necessario comunque salvaguardare il suo rapporto con il figlio minore.

All'art. 2 del Protocollo viene disciplinato l'ingresso dei bambini in carcere per svolgere i colloqui con la madre o il padre detenuto: tali incontri devono essere consentiti già dal settimo giorno conseguente all'arresto ed effettuati in strutture consone e su misura di bambino.

L'articolo successivo, infine, completa il quadro di tutele per il minore, garantendogli durante particolari eventi, la presenza del genitore che in tali occasioni può di conseguenza ottenere il permesso temporaneo di uscita dall'Istituto Penitenziario. È questo il caso di feste,

---

<sup>32</sup> TOMASELLI E., *La Carta dei figli dei genitori detenuti*, in *Riv. Minori e Giustizia*, 2014, f. 3, 176.

<sup>33</sup> TOMASELLI E., *ivi*, 176.

<sup>34</sup> Anche all'articolo 7 della Carta, concernente le disposizioni transitorie, fa riferimento a come il documento "pur affermando con forza la necessità [...] di prevedere per il genitore misure alternative alla detenzione, qualora in casi eccezionali la detenzione non fosse possibile evitarla, le Parti scrupolosamente e obbligatoriamente verificheranno che..." sottolineando come i magistrati debbano sempre cercare di preferire le misure alternative alla detenzione intramuraria.

occorrenze o compleanni a cui il detenuto può partecipare in presenza o virtualmente con strumenti informatici.

La particolare importanza del Protocollo d'intesa può essere ricavata dall'esame dei dati statistici forniti nel prospetto del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria il 30 giugno del 2020 da cui emerge che in tale data nel territorio nazionale sono presenti negli Istituti penitenziari 53.921 detenuti e tra questi 24.233 sono genitori,<sup>35</sup> di conseguenza il documento in questione (all'epoca nella sua versione prorogata del 2018) aveva in linea potenziale un elevato numero di destinatari se si considera che in accordo con tali numeri il 45% dei detenuti in Italia nel 2020 è madre o padre.

Numeri che rendono chiara la portata di un esame caso per caso, a prescindere dalla condanna a pena detentiva, improntato alle concrete esigenze del minore per consentirgli, laddove possibile, di vivere con entrambi i genitori secondo il diritto previsto dall'art. 1 della Legge del 4 maggio 1983, numero 184, "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori"<sup>36</sup> che sancisce che: "Il minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia".

Le due proroghe del Protocollo, intercorse la prima il 6 settembre 2016 e la seconda il 20 novembre 2018<sup>37</sup>, non hanno apportato modificazioni rilevanti alla Carta, salvo la menzione fatta dal rinnovo del 2018 sulla Raccomandazione dello stesso anno emessa dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri<sup>38</sup> sulla protezione dei diritti dei figli di detenuti.

La pronuncia dell'organo sovranazionale focalizza anch'essa l'attenzione sul diritto del minore alla genitorialità e in particolar modo cerca di conciliare le difficoltà che possono sorgere dall'esercizio di questo diritto nei casi in cui il genitore sia detenuto.

Nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri ai fini dell'interpretazione del concetto di "detenzione" non debbono intendersi esclusivamente le pene da espiare in carcere derivanti da una sentenza di condanna, ma vanno incluse anche le semplici misure cautelari privative della libertà personale.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Ministero della Giustizia, *Detenuti con figli, aggiornamento al 30 giugno 2020*, [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14\\_1.page?facetNode\\_1=0\\_2&contentId=SST282635&previousPage=mg\\_1\\_14](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&contentId=SST282635&previousPage=mg_1_14)

<sup>36</sup> Legge del 4 maggio 1983, numero 184, "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", <https://www.gazzettaufficiale.it>.

<sup>37</sup> Protocolli d'intesa tra il Ministero della Giustizia, l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e Bambinisenzasbarre ONLUS, il primo firmato il 6 settembre 2016, il secondo del 20 novembre 2018 ha prorogato il primo fino al 20 novembre 2020, <https://www.giustizia.it>

<sup>38</sup> Raccomandazione del 4 aprile 2018 Comitato dei Ministri CM/Rec(2018)5 diretta agli Stati membri, sulla tutela dei bambini con i genitori detenuti, 1312ª adunanza dei membri del Comitato, <https://rm.coe.int>

<sup>39</sup> CESARIS L., *Una nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a tutela dei diritti dei figli delle persone detenute*, in *Riv. Giurisprudenza Penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)

La previsione specifica quali siano i soggetti beneficiari delle misure: la tutela non riguarda solo i figli di detenuti che non abbiano ancora compiuto la maggiore età ma anche gli stessi genitori titolari dei diritti inerenti al loro rapporto genitoriale tanto quanto i figli minori.<sup>40</sup>

La disposizione ha un valore vincolante per gli Stati membri del Consiglio d'Europa e di conseguenza impone a questi ultimi di adottare e rendere efficaci gli strumenti disposti dalla Raccomandazione al fine di perseguire il "superiore interesse del minore".

Per quanto possa apparire singolare che la disposizione ricalchi fedelmente quanto previsto dal nostro Protocollo d'intesa tra il Ministero della Giustizia, il Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza e l'Associazione Bambinisenzasbarre ONLUS del 2014 non si tratta di semplice casualità. L'organo sovranazionale prendendo ispirazione dall'atto italiano ha voluto "estendere la prassi virtuosa"<sup>41</sup> anche agli altri Stati membri.

All'interno della Raccomandazione viene in rilievo, ancor più che nel Protocollo d'intesa, il principio fondamentale di applicazione in via residuale di pena detentiva per il genitore detenuto. Al punto 2 della disposizione è infatti previsto che nel momento in cui il genitore sia stato condannato ad una pena da scontare in carcere, al fine di salvaguardare il prevalente interesse del figlio, in luogo della pena detentiva dovranno applicarsi fin dove possibile le misure alternative.

La preferenza per l'applicazione di misure extramurarie avrà ragion d'essere, come previsto dal Protocollo d'intesa italiano, soprattutto se il soggetto è titolare di responsabilità genitoriale.

Tale principio non può, in accordo con quanto previsto al punto 10, andare ad incidere sull'autonomia ed indipendenza dell'organo giudiziario, il quale però prima di eseguire la condanna dovrebbe considerare le necessità del bambino nel caso concreto e vagliare quantomeno la possibilità di applicare una misura alternativa.<sup>42</sup>

I punti 42 e 43 concernenti le modalità di esecuzione della sentenza e le procedure volte alla messa in libertà del detenuto, dispongono che le autorità penitenziarie dovranno far ampio uso di strumenti come i permessi, la semilibertà, le case famiglia, l'affidamento in prova ai servizi sociali e la detenzione domiciliare, al fine di rendere più semplice la transizione dallo stato detentivo allo *status libertatis* e per ristabilire il rapporto del ristretto con la famiglia, cercando di ridurre al minimo l'impatto sui figli della detenzione genitoriale.

Il punto 43 prosegue sulla stessa linea stabilendo che nel perseguire il medesimo fine, il Tribunale di Sorveglianza nel momento in cui è chiamato a decidere sulla liberazione anticipata deve tenere in debito conto i diritti e doveri della responsabilità genitoriale.

---

<sup>40</sup> CESARIS L., *Una nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a tutela dei diritti dei figli delle persone detenute*, in Riv. *Giurisprudenza Penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>41</sup> CESARIS L., *ivi*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>42</sup> V. Raccomandazione 5 del 2018 cit.

Nel suo epilogo la Raccomandazione esorta tanto gli enti pubblici quanto le varie associazioni ad assumere l'impegno di attuarne il disposto al fine di realizzare per i figli dei detenuti una tutela adeguata.

Come già accennato in precedenza anche all'interno del nostro quadro nazionale prima della Raccomandazione del 2018 c'è stata un'importante evoluzione in ambito penitenziario volta a ribadire il diritto alla genitorialità del minore e la sua tutela operata dagli Stati Generali dell'Esecuzione Penale del 2015<sup>43</sup>.

Il Decreto Ministeriale dell'8 maggio 2015<sup>44</sup> ha infatti predisposto un Comitato di esperti in esecuzione penale e 18 Tavoli tematici il cui obiettivo comune consisteva nella redazione di relazioni scritte da sottoporre poi all'opinione pubblica e che potessero influenzare un intervento del legislatore in materia.

Tra i vari argomenti affrontati nei Tavoli degli Stati Generali ricorre non solo quello volto a predisporre una maggiore tutela per i minori figli di detenuti, ma anche il più generale tema di una riforma delle modalità di applicazione della pena in linea con il *favor* già accordato dal Protocollo d'Intesa del 2014 alle misure alternative.

Linea guida dell'opera eseguita dagli Stati Generali è quella di creare "un modello di esecuzione della pena all'altezza dell'art. 27 della nostra Costituzione" in modo tale da definire "un nuovo modello di esecuzione penale"<sup>45</sup>.

Il Documento finale pubblicato il 19 Aprile 2016 contiene le diverse proposte derivanti dalle relazioni redatte dai Tavoli tematici le quali hanno tutte in comune lo scopo di passare da un carcere improntato alla reclusione e punizione a un trattamento rieducativo che realizzi in concreto una risocializzazione del *reo* facendo soprattutto uso delle misure alternative alla detenzione<sup>46</sup> anche al fine di considerare le necessità del bambino a mantenere un rapporto con il genitore condannato.

Nella parte terza del Documento finale vengono dunque incrementate le cosiddette "sanzioni di comunità" in luogo delle pene restrittive, tali misure elaborate nella relazione del Tavolo 12

---

<sup>43</sup> Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, avviati il 19 maggio 2015 all'Istituto di Bollate e conclusi il 19 aprile 2016 a Rebibbia, <https://www.giustizia.it>; V. in materia, ORLANDO A., *Stati generali dell'esecuzione penale. Visti dall'Osservatorio carcere dell'Unione delle Camere penali italiane*, 2016.

<sup>44</sup> V. il Decreto Ministeriale del 8/5/2015, con il quale è stato istituito il "Comitato degli esperti per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata Stati Generali sulla esecuzione penale", e il successivo Decreto Ministeriale del 9/6/2015 che ha disposto l'integrazione del predetto Comitato, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>45</sup> Presentazione degli Stati generali sull'esecuzione penale, consultabile sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>46</sup> V. soprattutto quanto affermato nel Documento finale, parte quinta, paragrafo 3.1, *La revisione delle misure alternative*, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it); in materia vedi anche RUOTOLO M., *Gli Stati generali sull'esecuzione penale*, in *Il libro del diritto 2017*.



consistono nelle misure detentive che facilitando un processo di “responsabilizzazione”<sup>47</sup> del condannato ne sostengono il percorso di rieducazione e risocializzazione.

In accordo con tale Relazione è necessario che il legislatore riformi l’intero sistema penitenziario trasformando radicalmente le modalità di esecuzione della pena in modo tale che si passi dal criterio attuale del “chi punire” a quello del “come punire”.<sup>48</sup>

Nel momento in cui non è possibile concedere alcuna misura alternativa, poi, l’autorità giudiziaria ai fini dell’applicazione della pena detentiva dovrà comunque tenere in considerazione solo l’effettiva pericolosità sociale del condannato, dato che la restrizione in carcere consegue solo come *ultima ratio* per la neutralizzazione del reo.<sup>49</sup>

Dall’analisi di quanto così disposto dal dodicesimo Tavolo degli Stati Generali si rende dunque necessaria una modifica di quanto disposto dall’Ordinamento Penitenziario in tema delle misure alternative, in primo luogo di quanto disposto dall’art. 47 ter circa l’istituto di detenzione domiciliare il quale deve essere “razionalizzato delle molteplici forme in cui oggi si sostanzia [...] che rischiano di produrre arbitrarie applicazioni”.<sup>50</sup>

Il Documento specifica poi che per “arbitrarie applicazioni” debbono ritenersi soprattutto quelle riguardanti il “trattamento riservato ai padri detenuti (in rapporto alle madri) nella detenzione domiciliare ordinaria e in quella speciale (art. 47 quinquies o.p.)”.

Purtroppo né questa previsione né tante altre previste dal Documento finale degli Stati Generali sull’Esecuzione Penale hanno trovato approdo nella Riforma Orlando disposta dalla Legge 23 giugno 2017, n. 103, “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario” eseguita dai Decreti Legislativi n. 121, 123 e 124 del 2018.<sup>51</sup>

Le riforme, tra le numerose modifiche apportate al Codice di Procedura Penale e all’Ordinamento Penitenziario, non sembrano aver abbracciato il nuovo modello di pena suggerito dagli Stati Generali dell’Esecuzione penale e nulla hanno disposto per l’ancora spinoso tema della parità genitoriale nella concessione delle misure alternative alla detenzione.

---

<sup>47</sup> RUOTOLO M., *Gli Stati generali sull’esecuzione penale*, in *Il libro del diritto 2017,4*.

<sup>48</sup> V. MELOSSI D., PAVARINI, M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, 1977; MARGARA, A., *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Riv. Questione giustizia*, fasc. 5/2009, 89 ss.; PAVARINI, M., *Governare la penalità. Sistema sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla penalità*, 2013.

<sup>49</sup> RUOTOLO M., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, fasc. 3/2016, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>50</sup> Documento finale, parte quinta, paragrafo 3.1, *La revisione delle misure alternative*, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

<sup>51</sup> Legge 23 giugno 2017, n. 103 “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario”; Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, “Disciplina dell’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103”; Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 123, “Riforma dell’ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103”; Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 124, “Riforma dell’ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103”, consultabili su <https://www.gazzettaufficiale.it>.

## INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

- Sentenza della Corte Cost. 1/1956 consultabile presso: <https://www.cortecostituzionale.it> .
- Sentenza della Corte Cost. 126/1968, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 147/1969, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 46/1970, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 133/1970, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 91/1973, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 17/1976, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 25/1979, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 1/1987, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 535/1987, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 26/1990, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 215/1990, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 341/1990, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 351/1991, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 349/1993, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 8/1996, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 216/1997, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 1/2002, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 494/2002, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 7/2013, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 350/2003, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 169/2004, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 394/2005, *ivi*.
- Ordinanza della Corte Cost. 145/2009, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 177/2009, *ivi*.
- Ordinanza della Corte Cost. 260/2009, *ivi*.
- sentenza della Corte Cost. 138/2010, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 83/2011, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 31/2012, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 7/2013, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 230/2014, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 239/2014, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 223/2015, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 76/2017, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 174/2018, *ivi*.
- Sentenza della Corte Cost. 18/2020, *ivi*.
- Sentenza Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).
- Sentenza del Tribunale di Milano, 17 luglio 1974, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1975, 537.
- Sentenza del Tribunale dei Minorenni di Napoli, 4 marzo 1978, in *Riv. Foro it.*, 1978, 1974.
- Sentenza del Tribunale di Perugia, 16 giugno 1978, in *Riv. Giurisprudenza di Merito*, 1981, 355.
- Sentenza del Tribunale dei Minorenni di Genova, 5 dicembre 1978, *Riv. Giurisprudenza di Merito*, 1980, 305.
- Sentenza del Tribunale di Torino, 20 luglio 1982, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1982, 979.
- Sentenza del Tribunale dei Minorenni di Palermo, 18 dicembre 1986, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1987, 700.
- Sentenza del Tribunale dei Minorenni di Trento, 18 febbraio 1993, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1994, 206.
- Sentenza del Tribunale di Cagliari, 13 marzo 1997, *Riv. Regione sarda*, 2000, 99.

Sentenza del Tribunale di Verona, 18 febbraio 2000, *Riv. Giurisprudenza Italiana* 2000, 1409.

Sentenza del Tribunale di Bolzano, 18 gennaio 2001, *Riv. La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001, 732.

Sentenza del Tribunale dei Minorenni di Salerno, 21 marzo 2002, in *Riv. Nuovo diritto*, 2002, 99.

Sentenza del Tribunale di Frosinone, 12 giugno 2002, *Riv. Giurisprudenza Romana*, 2002, 385.

Sentenza del Tribunale di Messina, 18 luglio 2006, PADALINO C., *La giurisprudenza sull'affidamento condiviso*, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 20/10/2007.

Sentenza della Corte d'Appello Bologna, 8 gennaio 2007, n. 36; PADALINO C., *La giurisprudenza sull'affidamento condiviso*, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 20/10/2007.

Sentenza del Tribunale di Bari, 17 gennaio 2007, *Riv. Minori e Giustizia*, 2007, 8, 16.

Sentenza del Tribunale di Trani, 28 maggio 2007, n. 60, [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it).

Sentenza della Cass. civ., 7 novembre 1985, n. 5408, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 1986, 1025.

Sentenza della Cass. civ., 20 aprile 1990, n. 3307 in *Riv. Diritto di famiglia*, 1975, 537.

Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 15 maggio 1992, n. 2183, <http://bd47.leggiditalia.it/>.

Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 15 maggio 1992, n. 2183, <http://bd47.leggiditalia.it/>.

Sentenza della Cass. pen., 16 febbraio 1994, n. 849, in *Riv. Giustizia penale*, 1995, III, 36.

Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 15 aprile 1994, n. 1740, in *Riv. La Rivista Penale*, 1995, 402.

Sentenza della Cass. civ., Sez. III, 13 settembre 1996, n. 8263, *StudiumJuris*, 1997, 80.

Sentenza della Cass. civ., Sez. III, 25 marzo 1997, n. 2606, *Massimario della Giustizia Civile*, 1997, 452.

Sentenza della Cass. civ., Sez. III, 11 agosto 1997, n. 7459, *Riv. Giustizia Civile*, 1997, I, 2390.

Sentenza della Cass. pen., 12 giugno 2000, n. 4328, <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. civ., 21 settembre 2000, n. 12491, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2001, 45 ss.

Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 19 marzo 2001, n. 20480, <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. civ., Sez. III, 29 maggio 2001, n. 7270, *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2002, II, 326.

Sentenza della Cass. civ., 17 settembre 2001, n. 11624, in *Riv. Giustizia Civile Massimario*, 2001, 1662 ss.

Sentenza della Cass. pen., 8 aprile 2002, n.70, in *Riv. Famiglia e diritto*, 02, 483.

Sentenza della Cass. pen., Sez. II, 14 ottobre 2003, n.47073, in *Riv. La Rivista Penale*, 2004, 1138.

Sentenza della Cass. pen., Sez. IV, 19 novembre 2004, n. 6691, <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 2005, n. 22601, in *Foro.it*, 2005, II, c.642.

Sentenza della Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20322, *Massimario Giustizia Civile*, 2005, 7/8.

Sentenza della Cass. pen., Sez. V, 26 aprile 2006, n. 33850, in *Riv. La Rivista Penale*, 2007, 9, 932.

Sentenza della Cass. pen., Sez. V, 26 aprile 2006, n. 33850, in *Riv. La Rivista Penale*, 2007, 9, 932.

Sentenza della Cass. civ., 18 agosto 2006, n. 18187, Padalino C., *La giurisprudenza sull'affidamento condiviso*, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 20/10/2007.

Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 3 ottobre 2007, n. 39497, <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. pen., Sez. V, 9 novembre 2007, n. 41626, <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. pen., n. 28558 del 2008, consultabile presso: <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. pen., Sez. V, 15 febbraio 2008, n.8636, , <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. pen., 27 maggio 2008, n. 26806, <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. pen., 18 giugno 2008, n.28555, <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 2009, n. 13021, <http://www.italgiure.giustizia.it>.

Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 2009, n. 13021, <http://bd47.leggiditalia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Sentenza della Cass. civ., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, 599.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 22 settembre 2010, n. 34987, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Ordinanza della Cass. civ., 7 dicembre 2010, n. 24841, in *Riv. Giustizia civile*, 2011, I, 2061.  
Sentenza della Cass. civ., 19 maggio 2011, n. 11068, in *Foro it.*, 2012, I, 204.  
Sentenza della Cass. pen., 28 ottobre 2011, n. 44910, <http://www.italgiure.giustizia.it>,  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 28 ottobre 2011, n. 44910, <http://bd47.leggiditalia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., 6 giugno 2012, n. 26136, <http://www.italgiure.giustizia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 2013, n. 38731, <http://www.italgiure.giustizia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 2013, n. 38731, <http://bd47.leggiditalia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 31 gennaio 2014, n. 4748, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Sentenza della Cass. pen., Sez. VI, 30 aprile 2014, n. 29355, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Sentenza della Cass. civ., 26 maggio 2014, n. 11758, in *Riv. Diritto e giustizia*, 27.5.2014.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. F, 28 agosto 2014, n. 38036, <http://www.italgiure.giustizia.it>.  
Sentenza della Cass. civ., Sez. I, 18 settembre 2014, n. 19664, in *Banca dati De Jure*.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 7 novembre 2014, n. 3092, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Sentenza della Cass. pen., Sez. IV, 3 giugno 2015, n. 40076, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Sentenza della Cass. pen., Sez. VI, 23 giugno 2015, n. 35806, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Sentenza della Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 2016, n. 31031, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 19 dicembre 2017, n. 25164, <http://www.italgiure.giustizia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 19 dicembre 2017, n. 21966, <http://bd47.leggiditalia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 17 maggio 2018, n. 21966, <http://bd47.leggiditalia.it/>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 17 maggio 2018, n. 21966, <http://bd47.leggiditalia.it/>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2018, n. 32331, <http://bd47.leggiditalia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 19 luglio 2018, n. 47092, <http://www.italgiure.giustizia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 19 luglio 2018, n. 47092, <http://bd47.leggiditalia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. IV, 19 aprile 2019, n. 23268, <http://bd47.leggiditalia.it> .  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 24 dicembre 2019, n. 51998, <http://bd47.leggiditalia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 24 dicembre 2019, n. 51998, <http://bd47.leggiditalia.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 4 giugno 2020, n.16945, su <https://www.sistemapenale.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 4 giugno 2020, n. 16945, su <https://www.sistemapenale.it>.  
Sentenza della Cass. pen., Sez. I, 8 febbraio 2021, n. 4796, <http://bd47.leggiditalia.it> .

## INDICE BIBLIOGRAFICO

- ALAGNA S., *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 1985.
- ALMUREDEN E., *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2014.
- AMAGLIANI, *Affidamento del minore*, in TOMMASINI, *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, 2003.
- APRILE E., *La Corte Costituzionale riconosce l'applicabilità dell'istituto della detenzione domiciliare anche alla madre del figlio con handicap totalmente invalidante*, in *Riv. Nuovo diritto*, 2004.
- ARDITA F., DEGL'INNOCENTI L., FALDI S., *Diritto penitenziario*, 2012.
- ATTADEMO L., *L'audizione finalizzata all'ascolto del minore. Evoluzione normativa e limiti all'obbligatorietà*, in *Riv. Corriere di merito*, 2012.
- ATTENNI C., *La responsabilità genitoriale in Portogallo*, in *Riv. Minori giustizia*, 2008.
- AUGELLI A., *Il diritto agli affetti in carcere: creare spazi di incontro e di narrazione*, 2012.
- AULETTA T., *Commento agli artt. 155/155 sexies c.c.*, in *Commentario del codice civile*, dir. da GABRIELLI E., 2010.
- BALESTRA L., *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Riv. Famiglia*, 2006.
- BARGIACCHI C., *Esecuzione della pena e relazioni familiari*, in *Riv. ADIR- L'altro diritto*, 2002, <http://www.adir.unifi.it>.
- BEGHÈ LORETI A., *La tutela internazionale sui diritti del fanciullo*, 1995.
- BELLANTONI G., *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014.
- *Misure cautelari e tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori, sub art 284 e 285 bis c.p.p.*, in BASINI G. F., BONILINI G., CONFORTINI M., *Codice di famiglia minori soggetti deboli*, 2014, Tomo II, 3932 ;
- *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Riv. Ordines*, n. 2/15, 15 ss., [www.ordines.it](http://www.ordines.it)
- *Soggetti vulnerabili e processo penale: verso nuovi scenari*, 2017.
- in CORSO P., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, 2019.
- BERGONZINI C., *Articolo 30 Costituzione*, in BARTOLE S. E BIN R., *Commentario breve*, 2008.
- *Articolo 31 Costituzione*, in BARTOLE S. E BIN R., *Commentario breve*, 2008.
- BESSONE M., *Articolo 30 Costituzione*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, 1976.
- BIANCA C. M., *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, 2001.
- *La revisione normativa dell'adozione*, in *Riv. Famiglia*, 2001.
- *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Famiglia e Diritto Volume I*, 2006.
- *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Riv. Giustizia civile*, 2013.
- in BIANCA M., *Istituzioni di diritto privato*, 2014.
- *La riforma della filiazione*, 2015.
- *Diritto civile, II, La famiglia*, 2017.
- BIONDI F., *Quale modello Costituzionale*, in GIUFFRÈ F. E NICOTRA I., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, 2014.
- BIONDI G., in *Riv. Diritto penale e processo*, 1997.
- BITONTI I., *Perenne attualità dell'istituto dell'ascolto del minore*, in *Riv. trimestrale diritto e procedura civile*, 3, 2017.
- BONAFINE A.L. , *Su alcuni profili processuali dell'ascolto del minore*, in *Riv. diritto processuale*, 4-5, 2017.

- BONIFAZI P., *Il sistema di responsabilità parentale nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. Minori giustizia*, 2008.
- BOUREGBA A., *I legami familiari alla prova del carcere*, *Bambinisenzasbarre*, 2005.
- BRESCIA A., 13.2.1999, in *Riv. Nuova giurisprudenza commentata*, 2000.
- BRIENZA M., *L'ascolto del minore: la prospettiva del giudice*, in *Riv. Legalità e giust.*, 2006.
- BRONZO P., in FIORENTIN F., SIRACUSANO F., *L'esecuzione penale*, 2019.
- BRUNETTI C., in *Riv. Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2008, f. 3.
- BUCCIANTE A., *La patria potestà nei suoi profili attuali*, 1971.
- CALAIOLLI A., BRANCACCIO M., *Commento all'art. 146 c.p.* in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale, Volume I*, 2011.
- CAMPESE G., *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2011.
- CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, 2010.
- CANEVELLI P., *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. Diritto penale e processo*, 2000.
- in *Riv. Diritto penale procedurale*, 2001.
- *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Riv. Diritto penale e processo*, 2001.
- CANNONE A., *L'interesse del fanciullo nelle Convenzioni internazionali dell'Aja*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto*, *Studi in onore di Capotorti*, 1999.
- CAPITTA A. M., *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Riv. Archivio penale*, n. 3/2014;
- CAPRIGLIONE F., *L'ordinamento finanziario italiano*, Tomo primo, 2010.
- CARACENI L., in GIULIANI L., *La riforma delle misure cautelari personali*, 2015.
- *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);
- CARBONE V., *L'obbligo dei genitori di educare e mantenere i figli è connesso esclusivamente al fatto della procreazione*, in *Riv. Danno e responsabilità*, 2014.
- CARDINALE N., *Detenzione domiciliare speciale e interesse superiore del minore*, in [https://www.sistemapenale.it.](https://www.sistemapenale.it), 17/06/2020.
- CARELLA G., *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Riv. Diritto internazionale privato e procedura.*, 1994.
- CASABURI G., *L'ascolto del minore tra criticità processuali ed effettività della tutela*, in *Riv. Corriere di merito*, 2012.
- CASAROLI G., *La semilibertà*, in *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, n. 663*, a cura di FLORA G., 1987.
- CASSANO G., QUARTA R., *La tutela del minore nelle recenti convenzioni internazionali*, in *Riv. Famiglia e dir.*, 2002.
- CENDON P., PENZA A., GIUSTI G., ROSSI R., ALBENGO P., *Commentario al Codice Civile, artt. 143 – 230 bis*, 2009.
- CERATO M., *La potestà dei genitori, Il diritto privato oggi*, 2000.
- *Gestione della potestà genitoriale, I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Il Diritto privato nella giurisprudenza*, 2004.
- CESARIS L., in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994.
- in *Riv. La Legislazione penale*, 2001.
- *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l.2001, n. 40)*, in *Riv. Legislazione penale*, 2002.
- *Sub art. 47 ter ordinamento penitenziario*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, 2011.

- *Un’ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Riv. italiana diritto e procedura penale*, 2018.
- *Una nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa a tutela dei diritti dei figli delle persone detenute*, in *Riv. Giurisprudenza Penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)
- CICCARELLO S., *Patria potestà*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, 1982.
- CINQUE M., *Profili successori nella riforma della filiazione*, in *Riv. Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013.
- CIVININI M. G., *Sottrazione internazionale di minori e legittimazione nel procedimento di rimpatrio*, *ivi*, 2000.
- CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G. E., *La Costituzione Italiana Commento articolo per articolo, Volume I*, 2018.
- COMUCCI P., *Il rinvio obbligatorio dell’esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. Corriere di merito*, 2009, f.1.
- COMUCCI V., in PRESUTTI A., (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, 1999.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, 1995.
- CORAPI G., *La tutela dell’interesse superiore del minore*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3, 2017.
- CORSO P., *Codice di procedura penale e leggi complementari*, 2014.
- *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 2015.
- COSSU C., *Potestà dei genitori*, in *Digesto civile*, 1996.
- COSTANZA M., *Il governo della famiglia nella legge di riforma*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1976, 1882;
- CREMONESI L., *L’handicap del figlio vieta il carcere*, in *Riv. Diritto e giustizia*, 2004, n.1.
- CULOT D., *Il figlio naturale, Il diritto privato oggi*, 2004.
- CURRERI S., *Lezioni sui diritti fondamentali*, 2012.
- D’ALOIA A. e IORFIDA A., *Articolo 31*, in BONILINI G. e CONFORTINI M., *Codice ipertestuale della famiglia*, 2009.
- D’AVACK L., *l’affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Riv. Famiglia*, 2006.
- DANOVI F., *Sottrazione internazionale dei minori e conflitti di giurisdizione*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2000.
- *Il d.lgs. n. 154/2013 e l’attuazione della delega sul versante processuale: l’ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2014.
- DE CUPIS A., *Famiglia e diritto*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1983.
- DE FILIPPIS B., *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2013.
- DE MARZO G., *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali*, in *Foro it.*, 2013.
- DE STEFANI P. (a cura di), *I diritti del bambino tra protezione e garanzie: la ratifica della Convenzione di Strasburgo sull’esercizio dei diritti dei fanciulli*, 2004.
- DEL GIUDICE A., *La filiazione prima e dopo la riforma*, in *Riv. Diritto famiglia e delle persone*, 1, 2014.
- DEL GROSSO I., in PAJARDI D., ADORNO R., LENDARO C. M., ROMANO C. A., *Donne e carcere*, 2018.
- DELL’ANTONIO A., *La convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato della sua attuazione in Italia*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1997.
- *La partecipazione del minore alla sua tutela*, 2001.
- DELLA BELLA A., *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);
- DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019.
- DELLA CASA F., in *Riv. Diritto e procedura penale*, 1999.

DI CHIARA G., *Osservatorio Corte Costituzionale*, in *Riv. Diritto Penale e Processo*, 2009, 9.

DI MAJO F. M., *La Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea. Aspetti giuridici e politici*, in *Europa diritto privato*, 2002.

DI MARZIO F., *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Riv. Diritto e famiglia*, 2011.

DI ROSA G., *Codice penale*, 2009.

– *Commentario del Codice civile, Della famiglia (da art.231 a 455)*, 2018.

DOGLIOTTI M., *I diritti del minore e la convenzione dell'ONU*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1992.

– *La riforma dell'adozione*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2001.

– *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2014.

DOLCINI E., DELLA BELLA A., *Commento all'art. 146 c.p.*, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, 2008.

DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice Penale Commentato, Tomo I, Articoli 1-313*, 2015.

DONATI M. G. P., *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, <http://www.europeanrights.eu>.

DOSI G., *Le Convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 1997.

– *Migliorano le condizioni delle mamme detenute ma la partita si gioca sulle strutture alternative*, in *Riv. Guida al diritto*, 2011, n. 17.

FANTETTI F. R., *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*, in *Riv. Famiglia persone e successioni*, 2010.

FERRANDO G., *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Riv. Politica del diritto*, n.1, 1998.

– *L'affidamento dei figli*, in *La separazione personale dei coniugi a cura di FERRANDO G. , LENTI L.*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* diretto da ALPA G., PATTI S., 2011.

– *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Riv. Corriere giuridico*, 2013.

FIANDACA G., MUSCO E. , *Diritto penale, Parte generale*, 2014.

FILIPPI L., SPANGHER G., *Diritto penitenziario*, 2000.

FILIPPI L., *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Riv. Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2003.

FINOCCHIARO A., FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia*, 1984.

FIORAVANTI C., *I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in vigore, per la Repubblica italiana, della Convenzione di Strasburgo*, in *Riv. Leggi civili commentate*, 2003.

FIorentin F., MARCHESELLI A., *L'ordinamento penitenziario*, 2005.

FIorentin F., *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Riv. Guida al diritto*, 2011, n. 23.

– *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Riv. Giurisprudenza di merito*, 2011.

– *Misure alternative alla detenzione*, 2012.

– *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, 2013.

– *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare per condannate madri*, in *Sistema Penale*, 19 Febbraio 2021, <https://www.sistemapenale.it> .;

FIORIO C., *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, f.4.

GALLISAI P., *Rinvio dell'esecuzione della pena*, in *Riv. NsDI*, A, VI, 1986.

GIACOBBE G., *Affidamento condiviso e esclusivo*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI P., 2011.

GIARDINA F., *Art. 330 c.c.*, in P. CENDON, *Commentario al codice civile*, 1991.

GIORGIANI M., *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, (a cura di) CIAN G., OPPO G. e TRABUCCHI A., 1992.



GIRELLI F., *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, n. 12/2004.

GIUNCHEDI F., *La polifunzionalità della detenzione domiciliare a garanzia dell'assistenza ai figli invalidi: la portata innovativa della sentenza e le problematiche interpretative*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2004.

GORASSINI A., *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, 1994.

– *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in *Riv. Filiazione, Commento al decreto attuativo*, 2014.

GRASSO G., *Commento all'art. 146 c.p.*, in ROMANO M., GRASSO G. (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale, Volume II*, 2012.

GRAZIOSI A., *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2010.

GRIFFEY M., in *Riv. Critica penale* 1998.

GUAZZALOCA B., PAVARINI M., *L'esecuzione penitenziaria*, 1995.

GULOTTA F. G., *Il minore e la sua capacità di discernimento*, in CONTRI G. (a cura di), *Minori in giudizio. La convenzione di Strasburgo*, 2012.

HONORATI C., *Problemi applicativi del regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore*, in *Studium iuris*, 2012.

IORI V., AUGELLI A., BRUZZONE D., MUSI E., *Genitori comunque. I padri detenuti e i diritti dei bambini*, 2012.

KHRAISAT L., *sub art. 21 bis o.p.*, in *Codice di procedura penale commentato vol. III*, a cura di GIARDA A., SPANGHER G., 2017.

LA ROSA E., *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, 2005.

– *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in TOMMASINI R. (a cura di), *La responsabilità civile nel terzo millennio*, Torino, 2011.

LAMARQUE E., *Articolo 30 Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO E M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione Volume I*, 2006, 633.

– *Prima i bambini, Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, 2016.

LANZANI A., in *Riv. Guida diritto*, 2001, f. 12.

LARIZZA S., *Le pene accessorie*, 1986.

– in *Riv. Diritto penale processuale*, 2013.

LENTI L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *Riv. La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4, 2013.

– *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. diritto civile*, 1, 2016.;

– *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Riv. Nuova giur comm.*, 1, 2016.

LEO G., in *Riv. Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2017.

LIUZZI A., *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2001.

– *Sulla giurisdizione ad emettere provvedimenti di potestà in caso di trasferimento di minori*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2012.

LONGO G. e MUSCHITIELLO A., *L'accoglienza dei bambini negli Istituti Penitenziari della Lombardia -l'esperienza pilota dell'ICAM di Milano*, in *Quad. ISSP*, n. 13/2015.

LONGOBARDO T., *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1991.

LONGOBUCCO F., *Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi*, in *Riv. Diritto e famiglia*, 2014.

MAGNO G., *Il minore come soggetto processuale. Commento alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, 2001.

MANERA G., *L'ascolto dei minori nelle istituzioni*, in *Diritto di famiglia*, 1997.

– *Sul contenuto dell'affido esclusivo e sulle sue differenze dall'affido condiviso dopo l'entrata in vigore della Novella n. 54 del 2006*, in *Riv. Diritto e famiglia*, 2009.

MANETTI M., *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Riv. dell'Ass. Ita. dei Costit.*, 2010.

MANTOVANI G., *Donne ristrette*, 2018.

– in *Riv. La Legislazione Penale*, 2011.

– *La decarcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *Riv. Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

– *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, in *La legislazione penale*, 1/2018, <https://www.penalecontemporaneo.it>;

MANTOVANI M., *Commento all'art. 155 c.c.*, in *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, in *Riv. Nuove leggi civili commentate*, 2008.

MANZELLI, IN ADORNO R. I., LENDARO C. M., PAJARDI D., *Donne e carcere*, 2018.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Vol. III, 1986.

MARCHESELLI A., *La Corte costituzionale elimina le disparità con il trattamento per i minori di 10 anni*, in *Riv. Guida al diritto*, 2004, n. 1.

MARCHETTI M.R., *Commento all'art. 21 bis o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, 2015.

MARCOLINI S., *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

MARCUCCI C., *L'affidamento dei figli in Europa: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2001.

MARGARA A., PISTACCHI P., SANTONI S., *Nuove prospettive dell'attaccamento e tutela del rapporto quando un genitore è detenuto*, in *Riv. Minori e Giustizia*, 2005, n.1.

MARGARA, A., *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Riv. Questione giustizia*, fasc. 5/2009.

MARINI A., *La separazione personale dei coniugi*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI N, RESCIGNO., P., 2009.

MARTINELLI P., MAZZA GALANTI F., *L'ascolto del minore*, in DOGLIOTTI M., *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, 2008.

MARTINI I., *Sottrazione internazionale di minori e mancata audizione del fanciullo in tenera età*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2014.

MASELLI E., *Rinvio dell'esecuzione della pena*, NsDI, XV, 1968.

MASTROPASQUA G., *Esecuzione della pena detentiva e tutela dei rapporti familiari e di convivenza*, 2007.

MATUCCI G., *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, 2015.

MELOSSI D., PAVARINI, M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, 1977.

MENGHINI A., in *Riv. Diritto penale processuale*, 2017.

– *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione*, in *Riv. Diritto penale e processo*, 2019.

MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del Diritti*, 1983.

MICALETI M., *La responsabilità genitoriale in Lussemburgo*, *ivi*, 2008.

MILANO T., 17.3.2018, n. 3081, in *Riv. Il familiarista.it*, 21.8.2018, con nota di CAINERI M., *Affidamento del minore ai servizi sociali per un tempo predeterminato: presupposti e finalità*.

MONTECCHIARI T., *La potestà dei genitori*, 2006.

MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F. G., *Diritto amministrativo*, 1993.

MORO, *Minori in difficoltà, famiglia e interventi di tutela*, in *Bambino incompiuto*, 1989.

MOSCARINI L. V., *Parità coniugale e governo della famiglia*, 1974.

MOSCATI E., *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014.

MUSI E., *Legami che liberano. Quando la relazione tra genitori in carcere e figli è occasione di crescita e libertà*, in *Riv. Minori giustizia*, 2012, f.3.

NAPOLI M. (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, 2004.

NUZZO F., *La Corte Costituzionale estende i suoi confini della detenzione domiciliare*, in *Riv. Diritto penale e procedura*, 2004.

OCCHIPINTI A., *I diritti dei minori e dei soggetti fragili*, in CENDON P., *Responsabilità civile, Volume I*, 2020.

OLIVIERO F., *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, in *Riv. Diritto civile*, 2014.

ORLANDO A., *Stati generali dell'esecuzione penale. Visti dall'Osservatorio carcere dell'Unione delle Camere penali italiane*, 2016.

P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, 1981.

PACE L., *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5/2014.

PALADIN L., alla voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965.

PALAZZO F., *La disciplina della semilibertà: evoluzione normativa e ampiezza funzionale di un "buon" istituto*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI V., 1994.

PALMERI G., *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, 1994.

PAPARO B., *L'ascolto del minore non è solo un dovere del giudice ma un diritto soggettivo del figlio*, in *Riv. Corriere di merito*, 2013.

PARADISO M., *Unicità dello stato di filiazione e unificazione delle denominazioni*, in *Leggi civili commentate*, 2013.

PARISI R., *La responsabilità genitoriale in Grecia*, ivi, 2008; Id., *La responsabilità genitoriale in Belgio*, ivi, 2008.

PASCUCCI L., *Conflittualità coniugale, affidamento e potestà: come garantire il principio di bigenitorialità?* in *Riv. Famiglia e diritto*, 2009.

PATTI S., *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006.  
– *Rilievi introduttivi*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di PATTI S., ROSSI CARLEO L., 2006.

PAVARIN M., in FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, 2012.  
– *Governare la penalità. Sistema sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla penalità*, 2013.

PAVONE M., *Le detenute madri. Riflessioni a margine della sentenza di Cogne*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

PELOSI, *Della potestà dei genitori*, in CIAN G., OPPO G., TRABUCCHI A., *Commentario diritto italiano della famiglia*, 1992.

PERLINGIERI P., *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di PERLINGIERI P., 1982.

PERUGIA A., 27.2.1997, in *Riv. Rassegna giurisprudenza umbra*, 1997.

PESCE R., *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 3, 2015.

PICCIOTTO A., in *Riv. Diritto e giustizia*, f. 13, 2001.

PINELLI A. M., *I provvedimenti riguardo ai figli*, in BIANCA C. M., *La riforma della filiazione*, 2015.

PITTARO P., *La consulta estende la detenzione domiciliare alla madre convivente con il figlio invalido totale*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2004.

- *La nuova normativa sulle detenute madri. Il commento*, in *Riv. Diritto penale e processo*, 2011.
- POCAR E RONFANI 2008.
- PRESUTTI A., in *Riv. La Legislazione Penale*, 1987.
- PULVIRENTI R., *Dal giusto processo alla giusta pena*, 2008.
- QUADRI E., *Interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 1999.
- *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Riv. Famiglia*, 2006.
- QUERZOLA L., *L’ascolto del minore nel processo civile, tra diritto di libertà, mezzo di istruzione e strumento di partecipazione*, in *Riv. trimestrale diritto e procedura civile*, 2008.
- RE P., *La tutela dei bambini: dieci anni di convenzione ONU in Italia*, 1999.
- RECINTO G., *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne “adultocentriche” e scelte apparentemente “minorecentriche” della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Foro it.*, 12, I, 2017.
- REPETTO G., *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l’irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2004.
- RIVA I., *Le sedi della persona fisica: domicilio e residenza*, in *Studium Iuris*, 2017.
- ROMAGNOLI U., *Articolo. 3 comma 2 Costituzione*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, 1975.
- ROMANO M., *Commentario Sistematico del Codice Penale, Volume I, art. 34*, 2004.
- *Commentario Sistematico del Codice Penale Volume II, articolo 146*, 2012.
- ROMBI N., *L’art. 21 bis o.p. al vaglio della Consulta: illegittime le condizioni ostative previste per le condannate per uno dei delitti di cui all’art 4bis o.p.* in *Riv. www.giurisprudenzapenale.com*
- RONFANI P., *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull’attuazione dei “nuovi” diritti dei minori*, in *Riv. Sociologia del diritto*, 1, 2001.
- ROSSI CARLEO L., *La nuova legge sul diritto del minore alla famiglia: i traguardi mancati*, in *Riv. Famiglia*, 2001.
- *Introduzione*, in *Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155-155 sexies c.c.*, a cura di PATTI S., ROSSI CARLEO L., in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO F., 2010.
- ROSSI CARLEO L., CARICATO C., *La separazione e il divorzio*, in *La crisi familiare* a cura di AULETTA T., in *Trattato di diritto privato diretto da BESSONE M., Il diritto di famiglia*, 2013.
- RUARO M., *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in *www.penalecontemporaneo.it*;
- RUO M. G., *L’audizione del minore nei procedimenti che lo riguardano: la prospettiva della difesa*, in *Riv. Legalità e giustizia*, 2006.
- RUOTOLO M., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, fasc. 3/2016, *www.rivistaaic.it*.
- *Gli Stati generali sull’esecuzione penale*, in *Il libro del diritto 2017*.
- RUSCELLO F., *La funzione educativa: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Riv. Rassegna di diritto civile*, 1988, 416;
- *La potestà dei genitori, Rapporti personali. Articoli 315-319*, in *Il Codice civile Commentario*, 1996.
- *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Riv. Famiglia*, 2002.
- *La tutela dei figli nel nuovo “affido condiviso”*, in *Riv. Famiglia*, 2006.
- *Potestà dei genitori versus responsabilità*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*;

- RUSSO R., *La Cedu censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate ed automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della convenzione europea*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2011.
- SACCHETTI L., *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo o dell'Aja. Confronto e problematiche giuridiche*, in *Riv. Giustizia civile*, 1997.
- SALANITRO U., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Riv. Corriere giuridico*, 2014.
- SALZANO A., *Il concetto di residenza abituale e la procedura di ascolto del minore nella Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori*, in *Diritto di famiglia*, 1996.; *Id.*, *La sottrazione internazionale dei minori*, 1995.
- *La rete internazionale di protezione del fanciullo, accordi internazionali in vigore ed in corso di ratifica a tutela della minore età*, 1998.
- SANTONI S., *Decadenza dalla potestà genitoriale e comportamenti omissivi*, in *Riv. Foro toscano*, 2007.
- SAULLE M. R., *L'elaborazione della Convenzione sui diritti dei bambini e degli adolescenti: excursus storico, campo d'azione, scopo e oggetto*, in CITARELLA L., ZANGHÌ C., *Il diritto d'ascolto del minore*, 2009.
- SCHIRÒ D. M., *Responsabilità genitoriale*, in *Riv. Digesto Penale*, , 2016.
- *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 *Riv. Diritto penale contemporaneo*, 2018, 11.
- in *Riv. Archivio Penale*, f. 2/2019
- SCHLESINGER P., *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Riv. Corriere giuridico*, 2006.
- SCOMPARIN L. M., *Una piccola riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. Legislazione penale*, 2011.
- SESTA M., *La potestà dei genitori*, in *Tratt. BESSONE M., Il diritto di famiglia*, 1999.
- *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, 1999.
- *La composizione dei conflitti familiari nell'esperienza italiana*, in *Riv. trimestrale diritti e procedura civile*, 2005.
- *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2006.
- *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di SESTA M., ARCERI A., in *Nuova giurisprudenza di diritto civile commentata*, 2012.
- *L'unicità dello status di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Riv. Famiglia e dir.*, 2013.
- *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2015.
- *Manuale di diritto di famiglia*, 2021.
- SIRACUSANO F., *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5/2014.
- SIRENA P., *Il diritto del figlio minorenne di crescere in famiglia*, in BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, 2015.
- STANZIONE G., SCIANCALEPORE P., *Minori e diritti fondamentali*, 2006.
- STANZIONE P., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980.
- *Diritti essenziali della persona, tutela delle minorità e drittwirkung nell'esperienza europea*, in *Riv. Europa e dir. priv.*, 2002.
- STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, 1992.
- TABASCO G., *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. Archivio penale*, n. 3/2015.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Riv. Cassazione penale*, 2013.

TAMPIERI L., in FLORA G., *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, 1987.

TAVAN L. A., *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi: da dovere del giudice a diritto del figlio*, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 2014.

TESAURO A., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, in *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 2012.

TOMASELLI E., *La Carta dei figli dei genitori detenuti*, in *Riv. Minori e Giustizia*, 2014, f. 3.

TOMMASEO F., *Il diritto processuale speciale della famiglia*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2004.  
– *Sulla tutela dei diritti del minore nell'azione dei suoi rappresentanti*, in *Riv. Studium iuris*, 2016.

TOMMASINI R., *I rapporti personali tra i coniugi*, in Tratt. BESSONE M., *Il diritto di famiglia*, 1999, 113.

TORINO A., 14.7.1988, in *Riv. Diritto di famiglia*, 1988.

TRIMARCHI M., *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2002.

TROIANO S., *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (prima parte)*, in *Riv. Studium Iuris*, 2015.

UCCELLA F., *“Diritti umani” del minore e (non) tutela penale degli stessi: prime riflessioni per un ordinamento “dalla parte del minore come persona”*, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 1989.

UCCELLA R., *Il progetto di convenzione sui diritti del bambino*, in *Riv. Giurisprudenza italiana*, 1990.

VERCELLONE P., *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo e l'ordinamento interno italiano*, in *Riv. Minori giustizia*, 1993.  
– *I rapporti genitori-figlio. I doveri di entrambi*, in *Trattato del diritto di famiglia* diretto da ZATTI, 2002.

VERRUCCI V., *La sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori*, in *Riv. Giustizia civile*.

VIGANO F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano, Volume I*, 2009.

VIRGADAMO P., *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Riv. il Diritto di famiglia*, 2014.

ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia Volume 2*, 2002.  
– *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *Riv. Nuova giurisprudenza commentata*, 2004.

ZINGALES U., *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in *Riv. Minori e giustizia*, n. 2/2015.

ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, 2009.