

ANNA MARIA CAPITTA

**Detenzione domiciliare ordinaria e tutela della
bigenitorialità:
la Consulta non estende ai padri
il regime di accesso
di maggior favore previsto per le madri**

SOMMARIO: 1. La statuizione della Corte costituzionale. - 2. I principi enunciati in premessa. - 3. La bigenitorialità negata. - 4. Il bilanciamento tra interessi del minore ed esigenze di difesa sociale. - 5. Conclusioni.

1. *La statuizione della Corte costituzionale.* Con la sentenza n. 219 del 2023, la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, co. 1, lett. b), ord. penit., sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 31, co. 2, Cost., dal Magistrato di sorveglianza di Cosenza.

Nel caso di specie, il giudice *a quo* appuntava le sue doglianze sulla differente disciplina relativa alla concessione della detenzione domiciliare ordinaria alle madri e ai padri di bambini sino a dieci anni, prevista rispettivamente dalle lettere a) e b) dell'art. 47-ter, co. 1, ord. penit. Mentre le madri che convivono con il proprio figlio possono essere ammesse alla custodia domestica allorché debbano scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a quattro anni (lettera a), i padri possono accedere a tale misura alternativa soltanto ove esercitino la responsabilità genitoriale e risulti che la madre sia deceduta, ovvero «assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole» (lettera b).

A parere del rimettente, tale disciplina violerebbe l'interesse del minore a mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori, fondato sull'art. 31, co. 2, Cost., declinabile quale vero e proprio «diritto inviolabile alla “bigenitorialità”»¹. Inoltre, la disciplina censurata risulterebbe intrinsecamente incoerente, contraddittoria e illogica – e dunque irragionevole al metro dell'art. 3 Cost. – privilegiando ingiustificatamente il rapporto tra madre e figlio rispetto a quello tra padre e figlio².

¹ Così, Mag. Sorv. Cosenza, ord. 12 dicembre 2022, est. Greco, in *Gazz. Uff.*, 25 gennaio 2023, 1^a Serie Spec., 2023, n. 4.

² Mag. Sorv. Cosenza, ord. 12 dicembre 2022, cit.

In via preliminare, la Corte costituzionale ha delimitato l'oggetto delle questioni che, nel *petitum* formulato dal giudice *a quo*, riguardava l'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit., ma che in realtà, come si legge nella sentenza, avrebbe dovuto riferirsi alla sola lettera b) dell'art. 47-ter, co. 1, ord. penit., relativa alla situazione del padre detenuto³. La logica dell'ordinanza di remissione era, infatti, orientata a denunciare il carattere irragionevolmente pregiudizievole per gli interessi del minore e per il suo diritto inviolabile alla "bigenitorialità" di una disciplina legislativa il cui effetto risulta essere quello di spezzare il legame tra il padre detenuto e il figlio minore di dieci anni; ciò a differenza di quanto è previsto dalla lettera a) in relazione al legame tra la madre e il figlio, ove l'ordinamento prevede invece una possibilità assai più ampia di accesso alla detenzione domiciliare per la donna condannata. Dunque, secondo la Corte, il rimettente aspirava a una pronuncia incidente sulla sola lettera b) e, cioè, volta a rimuovere la condizione di accesso alla misura alternativa rappresentata, per il solo padre, dalla dimostrazione del decesso della madre o della sua assoluta impossibilità di dare assistenza alla prole. Così delimitate, le questioni sono state repute ammissibili dalla Consulta. Nel merito, tuttavia, la Corte ha dichiarato la non fondatezza delle censure formulate in riferimento all'art. 31, co. 2, Cost. e al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

2. *I principi enunciati in premessa.* Il Giudice delle leggi ha ritenuto che le questioni sottoposte al suo esame risultassero tutte costruite attorno alla prospettiva degli interessi, che fanno capo al minore, a una relazione continuativa con entrambe le figure genitoriali. In tale prospettiva si inquadrerebbe, anzitutto, il richiamo da parte del giudice rimettente all'art. 31, co. 2, Cost. e alle fonti sovranazionali in materia⁴. Ma - a parere della Corte - anche il riferimento al canone costituzionale della "ragionevolezza" di cui all'art. 3 Cost. viene considerato dal rimettente in chiave critica rispetto a una disciplina che privilegia il rapporto tra madre e figlio rispetto a quello tra padre e figlio: tale

³ Corte cost., n. 219 del 2023, § 2., *Considerato in diritto*.

⁴ Le fonti di rango sovranazionale sono state richiamate dal giudice *a quo* soltanto nella parte motiva dell'ordinanza, ma - come si rileva nella sentenza in esame - esse possono essere utilizzate quali criteri interpretativi delle stesse garanzie costituzionali, anche là dove non assurgano ad autonomi parametri interposti ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost. (Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.1., *Considerato in diritto*; Id., n. 33 del 2021; Id., n. 102 del 2020).

disciplina comprimerebbe irragionevolmente il diritto del minore a una relazione diretta con entrambe le figure genitoriali.

Di conseguenza, la Consulta ha esaminato le questioni esclusivamente dall'angolo visuale dell'interesse del minore a un rapporto continuativo con entrambi i genitori, ritenendo, per così dire, ancillare il richiamo effettuato dal giudice rimettente al principio di ragionevolezza⁵. Pertanto, nei limiti del *devolutum*, le censure sono state trattate, nella pronuncia in esame, con riguardo all'art. 31, co. 2, Cost.

Non è la prima volta che, in questa materia, il giudice costituzionale ritiene di non soffermarsi sul parametro di cui all'art. 3 Cost., pur se richiamato dal rimettente. In tema di misure alternative per la cura della prole, le numerose declaratorie di illegittimità costituzionale susseguitesi negli ultimi dieci anni si sono infatti incentrate soltanto sulla violazione dell'art. 31 Cost., poiché la Corte ha ritenuto assorbite le censure riferite al canone di ragionevolezza⁶. Tutto ciò è un segnale indicativo del fondamento logico su cui si basano, in linea generale, le decisioni costituzionali miranti ad adeguare le norme dell'ordinamento penitenziario alla necessità di tutelare il primario interesse del minore, ossia l'interesse di un «soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione»⁷. La *ratio* che sottende a questa giurisprudenza è proprio quella di assicurare il massimo grado di tutela a un interesse di rilievo costituzionale “esterno” alla esecuzione penale. In particolare, si è riscontrata sempre una violazione dell'art. 31 Cost. in tutte quelle sentenze che hanno provveduto a eliminare le preclusioni ostative alla concessione di misure alternative dirette a favorire il rapporto tra genitori e figli in tenera età⁸.

Non può sorprendere, dunque, che anche in questa occasione la Corte abbia trascurato di analizzare in modo approfondito la censura formulata in riferimento all'art. 3 Cost., ritenendola – così come anche nella logica del rimet-

⁵ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.1. e 4.6., *Considerato in diritto*.

⁶ Cfr., Corte cost., n. 30 del 2022; Id., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017. Con riguardo a misure indirizzate all'accudimento della prole, una eccezione è rappresentata dalla sentenza n. 239 del 2014, la quale si era focalizzata anche sul parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost., per il vaglio di ragionevolezza.

⁷ Così, Corte cost., n. 76 del 2017. Per le decisioni a cui si fa riferimento sopra nel testo, v. Corte cost., n. 18 del 2020; Id., n. 211 del 2018; Id., n. 177 del 2009. Inoltre, v. Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

⁸ Corte cost., n. 30 del 2022; Id., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

tente – sostanzialmente “gregaria” rispetto a quella relativa all’art. 31, co. 2, Cost. Il fulcro delle questioni prospettate dal giudice *a quo* ruotava principalmente sull’interesse del minore all’accudimento genitoriale, fondato sull’art. 31, co. 2, Cost. Pertanto, la Consulta ha reputato sufficiente trattare le censure solamente sotto il profilo di questo parametro costituzionale, esauendo così l’esame delle doglianze avanzate dal rimettente, salvo poi, a conclusione della sentenza e per ovvie esigenze di completezza, dichiarare non fondate le questioni, tanto con riguardo all’art. 31 Cost., quanto con riferimento all’art. 3 Cost.

Nella pronuncia in commento, non si è tralasciato, invece, di menzionare le norme che, sia nell’ordinamento costituzionale interno, sia nell’ordinamento internazionale, riconoscono e tutelano il diritto del minore alla bigenitorialità⁹. Sul piano costituzionale – ha ricordato la Corte – il diritto in questione costituisce una specifica declinazione del più generale principio dell’interesse “preminente” del minore¹⁰, espressione che si rinviene nell’ambito del diritto internazionale e che viene utilizzata dalla stessa giurisprudenza costituzionale solitamente per tradurre il «principio secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (*best interests*) o dell’“interesse superiore” (*intérêt supérieur*) del minore»¹¹. Tale principio – ha proseguito la Consulta – si considera radicato tanto nell’art. 30, quanto nell’art. 31 Cost., quest’ultimo puntualmente evocato dal rimettente.

Come si precisa ulteriormente nella presente sentenza, il diritto del figlio minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi è affermato da una pluralità di strumenti internazionali, al cui rispetto il nostro Paese si è vincolato: fra tali strumenti la Corte annovera gli artt. 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, l’art. 24, co. 3, Carta dei diritti fondamentali

⁹ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.2., *Considerato in diritto*.

¹⁰ Da ultimo, v. Corte cost., n. 183 del 2023; Id., n. 105 del 2023.

¹¹ Corte cost., n. 102 del 2020. Il principio del *best interest of the child* si trova sancito nell’art. 3, co. 1, Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176, e nell’art. 24, co. 2, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

dell'Unione europea e l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹².

Del resto, nei suoi precedenti, la Consulta ha ripetutamente riconosciuto la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo e in un ambiente idoneo con entrambi i genitori¹³.

3. *La bigenitorialità negata.* Il principio del “preminente” interesse del minore e, dunque, la considerazione particolarmente attenta degli interessi di quest'ultimo in ogni decisione che lo riguarda – giudiziaria, amministrativa e legislativa – non ne assicura, tuttavia, l'automatica prevalenza su ogni altro interesse, individuale o collettivo¹⁴. È questa un'affermazione altrettanto ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, specie con riguardo al tema concernente la relazione tra genitori condannati a pena detentiva e figli minori. La Corte ha, infatti, più volte ribadito che l'interesse del minore, malgrado il suo elevato rango, non forma oggetto di una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di contrasto alla criminalità, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore in seguito alla commissione di un reato e alle condizioni che la regolano¹⁵.

Peraltro – come si legge nella decisione in commento – «la speciale importanza, dal punto di vista costituzionale, degli interessi del minore esige che i pur rilevanti interessi sottesi all'esecuzione della pena debbano, di regola, cedere di fronte all'esigenza di assicurare che i minori in tenera età possano godere di una relazione diretta almeno con uno dei due genitori»¹⁶.

Al proposito, è noto come il Giudice delle leggi abbia elaborato e costantemente sancito il principio di non recessione dell'interesse del minore di fronte a esigenze di difesa sociale supportate da automatismi preclusivi. Ancora di recente, si è infatti precisato che «[a]lla base della giurisprudenza costituzionale sulla detenzione domiciliare nell'interesse del minore è il principio per cui tale interesse può recedere di fronte alle esigenze di difesa sociale solo quan-

¹² Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.2., *Considerato in diritto*.

¹³ Tra le molte, v. Corte cost., n. 183 del 2023; Id., n. 105 del 2023; Id., n. 102 del 2020; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 17 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

¹⁴ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.3., *Considerato in diritto*.

¹⁵ V. Corte cost., n. 105 del 2023; Id., n. 30 del 2022; Id., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

¹⁶ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.4., *Considerato in diritto*.

do la sussistenza e la consistenza delle stesse sia verificata in concreto, non già quando sia collegata a indici solo presuntivi, che impediscono al giudice di apprezzare le singole situazioni»¹⁷. In altre parole, la carcerazione del genitore non può in nessun modo risolversi in una punizione per il suo bambino e va considerata illegittima ogni presunzione legislativa, ancorata al titolo del reato ovvero superabile soltanto attraverso la collaborazione con la giustizia, che vieti, in casi prestabiliti, l'applicazione di misure finalizzate a favorire lo sviluppo del rapporto genitoriale. Certo, questo orientamento si è affermato in relazione a un particolare profilo della materia, che è quello che attiene agli automatismi preclusivi penitenziari – ritenuti del tutto incompatibili con l'interesse del minore alla bigenitorialità – ma è nel contempo sintomatico dell'ampio sforzo della Consulta volto a rimuovere alcune norme ostative basate su presunzioni di pericolosità, perché ritenute in contrasto con le garanzie costituzionali che fanno capo al figlio minore.

La sentenza in esame – là dove, come si è visto poc'anzi, asserisce che gli interessi sottesi all'esecuzione della pena debbano, di regola, cedere di fronte all'esigenza di assicurare ai minori l'accudimento genitoriale – sembra allinearsi alla stessa *ratio* che aveva guidato la Corte verso i numerosi interventi manipolativi diretti ad abbattere le preclusioni lesive degli interessi del minore, a partire dal *leading case* del 2014¹⁸.

Tuttavia, si può scorgere già in questo punto della presente decisione una spia che denota una sorta di “passo indietro” da parte del giudice costituzionale. Si parla, infatti, di interesse del minore in tenera età a «godere di una relazione diretta almeno con uno dei due genitori»¹⁹. Si fa menzione di una «basilare esigenza»²⁰, che sarebbe quella di tutelare l'interesse del minore a essere accudito da almeno uno dei genitori e non da entrambi i genitori. Mentre, invece, l'interesse all'accudimento da parte di ambedue i genitori è sempre stato riconosciuto dalla Corte²¹, persino in questa stessa sentenza, nella parte motivata più sopra riportata²².

¹⁷ Così, Corte cost., n. 30 del 2022. In termini analoghi, Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

¹⁸ Corte cost., n. 239 del 2014. V., *supra*, nota n. 8.

¹⁹ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.4., *Considerato in diritto*.

²⁰ Così, Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.4., *Considerato in diritto*.

²¹ *Ex plurimis*, Corte cost., n. 105 del 2023; Id., n. 102 del 2020; Id., n. 211 del 2018; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 17 del 2017; Id., n. 239 del 2014. V., altresì, Corte cost., n. 7 del 2013 e Id., n. 31 del 2012. A quanto consta, soltanto nella sentenza n. 187 del 2019 si fa un timido cenno al

La Consulta sembra perciò sconfessare e contraddire quanto da lei stessa asserito in modo perentorio nelle premesse, allorché ha ritenuto che il principio del *best interest* del minore - e, cioè, l'interesse della prole minore a mantenere un rapporto continuativo "con entrambi i genitori" - si deve considerare radicato proprio in quell'art. 31 Cost. in riferimento al quale il giudice rimettente ha censurato l'art. 47-ter, co. 1, lett. b), ord. penit. Senza contare che è la stessa Corte che, poco prima, sottolinea che il nostro Paese è vincolato al rispetto di una pluralità di strumenti internazionali e dell'Unione europea, i quali strumenti riconoscono il diritto del figlio minore alla bigenitorialità²³.

Esigenze di elementare coerenza, nel pieno rispetto del portato del parametro costituzionale di cui all'art. 31 Cost. e delle norme internazionali esaminate, avrebbero quindi dovuto spingere la Corte a dichiarare la fondatezza delle censure di costituzionalità prospettate dal rimettente.

Al contrario, la Corte ritiene che il basilare interesse del minore a godere delle cure di almeno un genitore sia, attualmente, soddisfatto dalla disciplina della detenzione domiciliare ordinaria, la quale, in stretta aderenza al principio affermato dalla sentenza n. 215 del 1990²⁴, assicura al padre che sia stato condannato a pena detentiva ed eserciti la responsabilità genitoriale la medesima possibilità di accesso alla misura alternativa in parola attualmente riservata alla madre, quando quest'ultima sia deceduta o sia altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole (art. 47-ter, co. 1, lett. b), ord. penit.)²⁵. In realtà, come ha sottolineato il giudice *a quo*, il regime di accesso alla custodia domestica non è affatto il medesimo per la madre e per il padre di prole con età inferiore a dieci anni, bensì è differente e maggiormente severo con riguardo alla figura paterna. La madre, infatti, può essere ammessa alla detenzione domiciliare alla sola condizione che il figlio sia con lei convivente e abbia meno di

"basilare" interesse del minore «a vivere un rapporto quotidiano con almeno uno dei genitori»: così, Corte cost., n. 187 del 2019, § 4.3., *Considerato in diritto*.

²² Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.2., *Considerato in diritto*. V., *supra*, § 2.

²³ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.2., *Considerato in diritto*, anche con riferimento al periodo precedente nel testo.

²⁴ Corte cost., n. 215 del 1990, la quale, come è noto, aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47-ter, co. 1, n. 1, ord. penit., nella versione allora vigente, nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare, alla quale era all'epoca ammessa la madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, potesse essere concessa, nelle stesse condizioni, anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

²⁵ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.4., *Considerato in diritto*.

dieci anni, mentre il padre deve altresì dimostrare che la madre sia deceduta o sia assolutamente impossibilitata a prendersi cura del figlio²⁶.

Nella pronuncia in esame si precisa che «la tutela degli interessi del bambino [...] richiede soltanto che - di regola - sia assicurato al bambino stesso un rapporto continuativo con almeno uno dei due genitori»²⁷. Di conseguenza, a giudizio della Corte, non può essere ritenuta «costituzionalmente necessaria» l'estensione delle regole vigenti per le detenute madri anche ai detenuti padri²⁸.

Il Giudice delle leggi ha preferito, in questo specifico caso, adottare una interpretazione restrittiva del principio del *best interest* del minore, facendolo coincidere non già con il diritto alla “bigenitorialità” - peraltro desumibile dal quadro normativo costituzionale e sovranazionale - bensì con un mero diritto alla “mono-genitorialità”.

Questa conclusione tradisce le premesse e si rivela fortemente lesiva del principio di essenzialità delle cure bigenitoriali radicato negli artt. 30 e 31, co. 2, Cost.

Sono dunque pienamente condivisibili le osservazioni del rimettente proprio con riferimento a come debba essere inteso l’“interesse del minore”: non vi è dubbio che tale interesse debba essere «declinato in maniera uguale e paritaria avuto riguardo al rapporto del minore con entrambe le figure genitoriali e senza possibilità, pertanto, di diversificare la disciplina posta a tutela di siffatto “preminente” interesse in relazione ai diversi ruoli» spettanti paritariamente a ciascun genitore²⁹.

4. *Il bilanciamento tra interessi del minore ed esigenze di difesa sociale.* Il ragionamento che emerge dalla sentenza in commento si incentra, invece, su una diversa impostazione, che affonderebbe le sue radici nella genesi degli istituti in cui si dovrebbe manifestare, secondo la Consulta, una specifica scelta di fondo del legislatore. Questa diversa impostazione adottata dalla Corte coinciderebbe con l’opzione legislativa di «assicurare in via primaria il rapporto del minore con la madre»³⁰. Dal quadro normativo, ricostruito dalla Corte

²⁶ Cfr., Mag. Sorv. Cosenza, ord. 12 dicembre 2022, cit.

²⁷ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.6., *Considerato in diritto*.

²⁸ In questi termini, Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.6., *Considerato in diritto*.

²⁹ Così, Mag. Sorv. Cosenza, ord. 12 dicembre 2022, cit.

³⁰ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.5., *Considerato in diritto*.

anche nelle sue linee evolutive, sembrerebbe delinearci la volontà del legislatore di prevedere, e gradatamente ampliare, la possibilità di accesso della madre di figli in tenera età a forme di esecuzione extramuraria, anche indipendentemente dalla prova dell'indisponibilità del padre a prendersi cura del bambino. Tutto ciò, si ritiene, è sicuramente vero, ma non è tale da sconfessare la portata del principio del preminente interesse del minore alla cura e all'assistenza da parte di entrambi i genitori e, dunque, anche da parte del genitore condannato, padre o madre che sia. Del resto, la stessa evoluzione legislativa in materia ha dimostrato una graduale propensione ad attenuare i limiti di un assetto normativo in origine incentrato soltanto sulla relazione madre-figlio³¹. Non è escluso perciò che gli sviluppi futuri possano svelare una sempre più decisa tendenza ad abbattere i suddetti limiti e a contribuire a una ristrutturazione del sistema in termini di maggiore coerenza. La iniziale attenzione che, senza dubbio, il legislatore ha rivolto alla tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori non pare dunque argomento decisivo e tale da smentire la *ratio* umanitaria sottesa alla disciplina della detenzione domiciliare per la cura dei minori, finalizzata a salvaguardare il rapporto quotidiano del figlio in tenera età con il genitore al di fuori del contesto carcerario.

Piuttosto, il nodo cruciale che è dato riscontrare nella motivazione dell'attuale pronuncia si riconduce alla esigenza di garantire un corretto bilanciamento tra gli interessi del bambino e quelli sottesi all'esecuzione della pena nei confronti del padre o della madre condannata.

È noto come, nello scrutinio di costituzionalità delle leggi, la Corte abbia più volte e in svariate materie affrontato il problema del bilanciamento degli interessi: nel fare ciò, il giudice costituzionale verifica la razionalità degli equilibri fissati dal legislatore e "riassetta" tali equilibri non solo attraverso vere e proprie regole di prevalenza di un interesse sull'altro, ma anche attraverso l'indicazione di criteri flessibili che meglio definiscano - talvolta ampliandoli, talaltra restringendoli - i margini di valutazione spettanti al giudice di merito nel bilanciamento in concreto³².

Nel settore delle misure alternative e, in particolare, in materia di automatismi penitenziari, per fare in modo che la disciplina risulti rispettosa di tutti i parametri costituzionali, la Corte non fissa una regola generale di soluzione di-

³¹ In tal senso, MANTOVANI, *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, in *Leg. pen.*, 24 ottobre 2018, 2.

³² Cfr., BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 3581.

retta del conflitto, dando prevalenza assoluta all'uno o all'altro interesse, ma piuttosto si cimenta nella ricerca di una equilibrata considerazione di tutti gli interessi in gioco, consentendo al giudice comune di compiere, di volta in volta, secondo valutazioni discrezionali coerenti con le peculiarità del singolo caso concreto, quel bilanciamento negatogli dalla rigidità della fattispecie conosciuta dal legislatore³³.

Le declaratorie di incostituzionalità degli automatismi risultano particolarmente frequenti proprio con riguardo agli istituti indirizzati alla salvaguardia della prole: qui il Giudice delle leggi interviene solitamente con censure radicali delle preclusioni ostative alla concessione di benefici penitenziari diretti a favorire il rapporto tra genitori e figli in tenera età³⁴. Invero, quando entra in gioco l'interesse del minore – vale a dire, un bene costituzionale “esterno” alla esecuzione penale – la presunzione legale non viene soltanto trasformata dalla Corte in relativa, ma viene censurata *in toto* e in ogni caso, per la sua stessa esistenza, non bastando il vaglio della sua ragionevolezza su base empirica. La presunzione su cui si basa l'automatismo, infatti, risulta incompatibile con il principio secondo cui le garanzie costituzionali a protezione del minore infante esigono «sempre e comunque»³⁵ una verifica in concreto del bilanciamento tra esigenze di difesa sociale e interesse alla preservazione del rapporto genitoriale con figli minori³⁶.

Anche quando la Consulta si è dimostrata più cauta, non ha mai introdotto regole decisorie stringenti e vincolanti per il giudice, cercando di assicurare, così, il massimo grado di tutela a un interesse di rilievo costituzionale “eterogeneo”, quale quello del minore. La pronuncia n. 239 del 2014, ad esempio, nell'eliminare radicalmente la presunzione di pericolosità correlata alla non collaborazione con la giustizia, aveva fissato un criterio di bilanciamento, stabilendo che, anche per la concessione della detenzione domiciliare ordinaria,

³³ Cfr., SAPORITO, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1, 76. V., altresì, TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909.

³⁴ Cfr., Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014. Da ultimo, v. Corte cost., n. 30 del 2022.

³⁵ Così, LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 327.

³⁶ Corte cost., n. 30 del 2022; Id., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

il giudice dovesse verificare l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della madre già condannata per uno dei reati menzionati nell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit.³⁷. In tal modo, si era ritenuto di estendere il requisito attinente alla prognosi di non recidiva – pur non previsto espressamente dal legislatore – all'ipotesi della restrizione domestica di cui all'art. 47-*ter*, co. 1, lett. *a*) e *b*), ord. penit. applicata alle madri condannate per determinati delitti ricollegabili all'area della delinquenza organizzata. Certo, così facendo, la Corte aveva chiesto ai tribunali di sorveglianza di prestare una particolare attenzione nella operazione di bilanciamento tra l'interesse di difesa sociale e quello della prole alle cure materne, ponendo anche in ombra le finalità umanitarie e assistenziali sottese alla forma ordinaria di custodia domestica; tuttavia, non aveva introdotto vincoli particolari in relazione ai poteri istruttori del giudice né aveva imposto rigorosi regimi probatori o specifici parametri selettivi.

La decisione in commento ha affrontato, anche se in modo non del tutto esplicito, un problema di bilanciamento tra l'interesse del minore e le esigenze difesa sociale correlate all'esecuzione della pena. Ed è proprio la modalità di soluzione di questo problema che ha condotto la Consulta a dichiarare la non fondatezza del quesito di costituzionalità.

La disposizione censurata – là dove consente ai detenuti padri di accedere alla detenzione domiciliare soltanto qualora esercitino la responsabilità genitoriale e soltanto ove risulti che la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole – così come formulata, soddisfa, a parere della Corte, le esigenze di sicurezza della collettività e, al contempo, l'interesse del minore a godere delle cure di almeno un genitore.

Per un verso, infatti, le particolari condizioni cui è subordinato l'accesso del padre alla custodia domestica sono tali da ridurre l'impatto di questa misura sugli interessi «sottesi all'esecuzione delle pene detentive»³⁸. Per altro verso, la disciplina censurata assicura comunque al minore l'opportunità di beneficiare del rapporto con la madre non impossibilitata a dargli cure e assistenza: ciò basta, secondo la Consulta, a salvaguardare le garanzie costituzionali e internazionali correlate alla persona del minore.

Nell'ultima parte della motivazione della sentenza traspare la preoccupazione che vengano sacrificate le istanze securitarie, in nome dell'interesse del mino-

³⁷ Corte cost., 239 del 2014.

³⁸ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.5., *Considerato in diritto*.

re. Questa preoccupazione si scorge, tra le righe della pronuncia, ove si afferma che, «nel decidere di introdurre forme di esecuzione extramuraria in favore delle donne madri di figli in tenera età che non presentino una spiccata pericolosità sociale, indipendentemente dalla prova dell'indisponibilità del padre a prendersi cura del bambino, è verosimile che il legislatore abbia altresì tenuto conto dell'impatto complessivamente contenuto di simili misure su[gl]i interessi sottesi all'esecuzione delle pene detentive, in ragione se non altro della ridotta proporzione di donne nell'ambito della complessiva popolazione carceraria femminile»³⁹. Dunque, secondo la ricostruzione della Consulta, è lecito ritenere che qualora, invece, si tratti di padri di figli in tenera età, per i quali il giudice formuli una prognosi di non pericolosità, l'impatto che avrebbe tale misura extramuraria sulla più numerosa popolazione carceraria degli uomini non consentirebbe di applicare ai medesimi detenuti padri un regime di accesso alla custodia domestica di maggior favore, quale quello riservato alle madri.

La più restrittiva condizione per la concessione della detenzione domiciliare ordinaria ai padri di prole minore è, in effetti, espressione di un bilanciamento di interessi effettuato, a monte, dal legislatore. La fattispecie legale è congegnata secondo un giudizio di valore assegnato, in via generale e astratta, agli interessi concorrenti ed è improntata alla *ratio* secondo cui occorre tener conto dell'impatto negativo che la misura extramuraria, se allargata in eccesso, avrebbe sulle esigenze di tutela della collettività sottese alla esecuzione della pena in carcere.

A ben vedere, la norma censurata sembra riconducibile alle fattispecie legislative basate sull'*id quod plerumque accidit*⁴⁰: si può infatti scorgere nella disposizione *de qua* una generalizzazione eccessiva di certi fenomeni come, per esempio, quello della strumentalizzazione della bigenitorialità in funzione di una più rapida uscita dal circuito carcerario. Certo, la sentenza in esame preferisce menzionare e riferirsi al fenomeno oggettivo correlato alla più ampia percentuale di popolazione carceraria maschile: in relazione a questo dato quantitativo criminologico si spiegherebbe la *ratio* della norma. L'obiettivo perseguito dal legislatore sarebbe infatti quello di non estendere troppo la

³⁹ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.5., *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Per questa categoria di fattispecie legislativa, annoverata tra i «congegni atti ad annullare i margini di apprezzamento del giudice», v. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, cit., 3576.

portata applicativa della misura in questione, che dovrebbe restare confinata nell'ambito della eccezionalità e, quindi, accessibile, a prescindere dalla prova dell'indisponibilità o del decesso dell'altro genitore, soltanto alla madre.

L'argomento fondato sulla presenza di un dato statistico non pare tuttavia allineato con l'orientamento costante della stessa Corte costituzionale, allorché si è pronunciata in materia di protezione dell'infanzia e di sostegno della genitorialità. È noto, infatti, come, nei casi in cui entri in gioco l'interesse del minore, la Corte ritenga non sufficiente il sindacato di ragionevolezza su base empirica, anche qualora il dato empirico risulti di grande affidabilità e dotato di solide basi statistiche⁴¹. Diverso è, semmai, l'atteggiamento della Consulta nei casi in cui la fattispecie riguardi benefici a esclusiva finalità risocializzante: si denuncia in genere una violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost. e, perché la presunzione che ostacola la funzione rieducativa della pena sia ragionevole, si reputa sufficiente che essa risponda a dati di esperienza generalizzati, tali da escludere o ridurre al minimo la possibilità di formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa⁴². Accade, pertanto, che preclusioni che vengono rimosse quando si tratta di proteggere l'interesse del figlio minore possano non essere censurate dal Giudice delle leggi se è in questione soltanto la finalizzazione rieducativa del beneficio.

Non a caso, come si è detto poc'anzi, nel quadro della giurisprudenza costituzionale risultano più frequenti le sentenze che, attraverso la declaratoria di illegittimità o l'interpretazione adeguatrice della disposizione legislativa, hanno rimosso o attenuato il meccanismo delle presunzioni legali o le preclusioni ostative all'accesso ai benefici penitenziari o, ancora, le fattispecie basate sull'*id quod plerumque accidit*, in quanto lesivi di interessi costituzionalmente tutelati di persone diverse dal condannato.

In questa occasione, malgrado la disposizione sottoposta a scrutinio riguardasse proprio una misura alternativa a tutela del minore, la Corte ha rinunciato a ridurre il potere del legislatore di preconstituire uno schema fisso di coordinamento degli interessi coinvolti, così limitando, d'altra parte, l'intervento

⁴¹ Infatti, in questi casi, la declaratoria di illegittimità costituzionale si incentra soltanto sulla violazione dell'art. 31 Cost.: v., tra le altre, Corte cost., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017. Cfr., al riguardo, LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive*, cit., 327; SIRACUSANO, *Tutela della continuità genitoriale e preclusioni penitenziarie: la Corte ne certifica l'assoluta incompatibilità*, in *Giur. cost.*, 2018, 1868.

⁴² Corte cost., n. 253 del 2019; Id., n. 229 del 2019; Id., n. 149 del 2018.

dell'interprete nell'operare un tale coordinamento e circoscrivendo i margini di apprezzamento della magistratura di sorveglianza.

La pronuncia in commento - oltre a smentire le sue premesse⁴³ - si pone perciò in evidente contrasto con quelle decisioni della Corte nelle quali si è affermato che le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva possono prevalere sull'interesse del minore solo all'esito di una loro attenta valutazione giudiziale nel caso concreto e mai in astratto: finora, il Giudice delle leggi aveva richiesto comunque e sempre un bilanciamento in via giudiziale tra gli interessi individuali e collettivi in gioco⁴⁴.

Al contrario, nella fattispecie in questione tale bilanciamento in concreto è precluso al giudice, quando risulta che la madre sia in vita o comunque nella disponibilità di assistere il figlio minore. In particolare, il requisito dell'assoluta impossibilità di assistenza del figlio da parte della madre richiede sì una verifica in relazione alle singole situazioni⁴⁵. Tuttavia, una volta accertato che la madre sia nella possibilità di prendersi cura della prole - ovvero, in caso di attività lavorativa della madre, una volta accertata la presenza di altri familiari in grado di assistere il minore o l'esistenza di strutture di sostegno e assistenza⁴⁶ - è allora negato al Tribunale di sorveglianza qualsiasi bilanciamento di interessi e la misura non può essere concessa al padre detenuto.

Va anche osservato che, in questo caso, la Corte ha sottolineato l'importanza che sia mantenuta la condizione che «il condannato o la condannata non presentino una spiccata pericolosità criminale, come si evince dall'art. 47-*quinquies*, co. 1, ord. penit. per quanto concerne la detenzione domiciliare speciale, e come risulta dalla costante giurisprudenza di legittimità per quanto concerne quella ordinaria⁴⁷»⁴⁸. Posto, dunque, che debba sempre sussistere,

⁴³ Ci si riferisce, in particolare, alla premessa con la quale si afferma che «la speciale importanza, dal punto di vista costituzionale, degli interessi del minore esige che i pur rilevanti interessi sottesi all'esecuzione della pena debbano, di regola, cedere di fronte all[e] esigenz[e] del figlio minore: Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.4., *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Cfr., Corte cost., n. 30 del 2022; Id., n. 187 del 2019; Id., n. 174 del 2018; Id., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014.

⁴⁵ In questo senso, v. Cass., Sez. I, 2 dicembre 2011, n. 44910, Monti Condesmitt, Rv. 251480.

⁴⁶ Cfr., Cass., Sez. I, 12 settembre 2016, n. 37859, inedita; Id., Sez. I, 10 settembre 2015, n. 36733, inedita; Id., Sez. I, 25 marzo 2009, n. 13021, Parrino, Rv. 243550.

⁴⁷ V., da ultimo, Cass., Sez. VII, 30 maggio 2023, n. 23677, Maiorano, Rv. 284746; Id., Sez. I, 27 dicembre 2022, n. 49276, in *dirittoegustizia.it*, 29 dicembre 2022. Cfr., altresì, Cass., Sez. I, 28 maggio 2003, n. 23512, Bisogno, Rv. 224424; Id., Sez. I, 6 marzo 2000, n. 656, Ranieri, Rv. 215494.

⁴⁸ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.4., *Considerato in diritto*.

anche per la misura domestica ordinaria, la verifica da parte del giudice del requisito della prognosi di non recidiva⁴⁹, la Corte avrebbe potuto ritenere soddisfacente questo punto di equilibrio tra esigenze contrapposte e, di conseguenza, avrebbe potuto avere buon agio a eliminare l'ulteriore sbarramento normativo alla fruizione, da parte del detenuto padre, della suddetta misura extramuraria in mancanza della prova del decesso o della impossibilità della madre a dare assistenza alla prole.

Non è stata questa la soluzione adottata con l'odierna sentenza. La rimozione della preclusione legislativa viene operata, in genere, attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione oggetto di censura. All'opposto, la soluzione qui offerta dalla Consulta al problema del bilanciamento tra interesse del minore e istanze di difesa sociale è coincisa con una ratifica degli equilibri fissati nella fattispecie legale e non già con un "riassetto" della disciplina, ritenuta, infatti, costituzionalmente compatibile nel suo schema precostituito di contemperamento degli interessi. Da qui, la dichiarazione di non fondatezza delle questioni di costituzionalità⁵⁰.

In un passaggio della motivazione, la Corte si limita a esprimere, sommessamente, un "monito" al legislatore, il quale – si legge nella sentenza – potrebbe certamente prendere in considerazione e valutare «l'estensione delle medesime regole vigenti oggi per le detenute madri anche ai detenuti padri [...], nel quadro di un complessivo bilanciamento tra tutti gli interessi individuali e collettivi coinvolti»⁵¹.

Questo velato "monito" al legislatore è apprezzabile, ma pare ben poca cosa, tenuto conto anche degli approdi a cui la Corte avrebbe potuto giungere se avesse analizzato a fondo un particolare aspetto inerente alla compatibilità della disposizione censurata con l'art. 3 Cost.

Invero, la fattispecie complessa che emerge dal combinato disposto dell'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit. è costruita in modo tale da valorizzare il ruolo della madre, reputato insostituibile, e da non considerare, per converso,

⁴⁹ Tale requisito, come si è visto, era stato già esteso dalla Consulta alla misura della detenzione domiciliare ordinaria per la cura dei minori, sebbene non menzionato dall'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), ord. penit. Tra le altre, v. Corte cost., n. 239 del 2014.

⁵⁰ V. Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.6., nonché il dispositivo della sentenza medesima.

⁵¹ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.6.

la figura del padre in termini di infungibilità⁵², rispetto all'accesso ai benefici penitenziari posti in funzione della genitorialità⁵³.

In questa descrizione legislativa si potrebbe individuare una discriminazione di genere.

È vero che il rimettente non ha sollevato espressamente una questione di discriminazione in base al sesso tra le due figure genitoriali e che - come la stessa sentenza rileva - non ha esaminato «*funditus* [...] il significato e la portata della protezione offerta alla 'maternità' dall'art. 31, co. 2, nonché [...] le fonti internazionali in materia»⁵⁴. Ma è pur vero che il parametro di cui all'art. 3 Cost. è stato considerato ampiamente nella ordinanza di rimessione: ivi si fa espresso riferimento proprio alla illogicità e alla incoerenza di una disciplina legislativa che privilegia ingiustificatamente il rapporto tra madre e figlio rispetto a quello tra padre e figlio⁵⁵.

La Corte, perciò, avrebbe potuto soffermarsi sul punto, onde verificare se dalla disposizione scrutinata emergesse una disparità di trattamento tra situazioni analoghe tale da comportare una contrarietà al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., ovvero, se dalla medesima disposizione si potesse evidenziare una diversa considerazione della relazione del minore con l'una o l'altra figura genitoriale, idonea - in ipotesi - a superare il vaglio di ragionevolezza.

Il Giudice delle leggi, invece, non ha speso alcun argomento in merito al sindacato di ragionevolezza e si è limitato a dichiarare non fondate le questioni anche in riferimento all'art. 3 Cost., ritenendo la censura formulata con ri-

⁵² Cfr., PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 aprile 2019, 11, per la quale il mancato allineamento tra l'art. 21-bis, co. 1, ord. penit. e l'art. 21-bis, co. 3, ord. penit., concernenti la misura dell'assistenza all'esterno dei figli in tenera età, rispettivamente, per le madri e per i padri, si risolve in una preclusione legislativa che, tra l'altro, sminuisce il ruolo del padre.

⁵³ Così pure, nella disciplina prevista dall'art. 47-*quinquies*, co. 7, ord. penit. e dall'art. 21-bis, co. 3, ord. penit., il rapporto affettivo e di assistenza del padre verso il figlio è ancora considerato eventuale e sussidiario rispetto a quello della madre (e persino rispetto a quello di terzi): la concessione al padre della detenzione domiciliare speciale e della misura dell'assistenza all'esterno dei figli minori è infatti subordinata alla indisponibilità non soltanto della madre, ma anche di «altri» ai quali vi sia modo di affidare la prole.

⁵⁴ Corte cost., n. 219 del 2023, § 4.1., *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Mag. Sorv. Cosenza, ord. 12 dicembre 2022, cit.

guardo a tale parametro meramente “gregaria” rispetto a quella relativa all’art. 31, co. 2, Cost.⁵⁶.

5. *Conclusioni.* In definitiva, la sentenza in commento esibisce epiloghi piuttosto deludenti, se raffrontati con i principi enunciati in premessa e se paragonati con le precedenti pronunce costituzionali.

In primo luogo, la Corte non ha provveduto a eliminare alcune incoerenze riconducibili al rigoroso regime di accesso alla detenzione domiciliare ordinaria da parte dei padri di bambini sino a dieci anni di età. Dopo aver sottolineato, all’inizio della motivazione, l’esistenza di un diritto inviolabile alla bigenitorialità, riconosciuto sia sul piano costituzionale interno, sia su quello internazionale, la presente decisione ha poi stabilito che la tutela degli interessi del minore debba coincidere con la basilare esigenza di assicurare allo stesso un rapporto continuativo con almeno uno dei due genitori. Per questo, non ha reputato costituzionalmente necessario uniformare la disciplina di cui all’art. 47-ter, co. 1, lett. b), ord. penit. alla omologa disposizione che prevede per le madri una possibilità assai più ampia di accesso alla medesima misura extramuraria (art. 47-ter, co. 1, lett. a), ord. penit.). Il mancato allineamento tra le condizioni per la concessione della custodia domestica ordinaria ai padri e le condizioni previste invece per le madri non può che avere delle ricadute sul piano della destrutturazione del sistema.

Sotto altro profilo, l’odierna pronuncia non ha contribuito a ridimensionare il fenomeno della “decodificazione” legislativa in tema di misure alternative per la cura della prole. Tradendo, anzi, il suo costante orientamento giurisprudenziale inteso ad assicurare sempre verifiche giudiziali caso per caso e ad abbattere qualsiasi preclusione e automatismo nell’ambito di istituti configurati a tutela del minore, la Corte costituzionale non si è apprestata a rimuovere né ad attenuare i meccanismi correlati alla rigida configurazione di una fattispecie che, nello stabilire per i padri una peculiare condizione di accesso alla misura domestica, riduce i margini di valutazione del giudice nel bilanciamen-

⁵⁶ V., *supra*, § 2. In una pronuncia del 2018, la Corte si è mostrata decisamente più sensibile alla valorizzazione della figura paterna. Con riguardo al trattamento penale degli allontanamenti dal domicilio dei detenuti padri, si è infatti stabilito come sia da ritenersi irragionevole e priva di giustificazione – oltre che in relazione alla madre – anche in relazione al padre, che si trovi in detenzione domiciliare ordinaria per esigenze di cura della prole, la maggior severità del regime sanzionatorio previsto, appunto, per la forma ordinaria di custodia domestica rispetto a quello applicabile per la detenzione domiciliare speciale (Corte cost., n. 211 del 2018).

to in concreto tra interessi confliggenti. Pertanto, non pare potersi condividere il *dictum* della sentenza in esame, là dove, proprio con riguardo alla disciplina della detenzione domiciliare umanitaria per i detenuti padri, ritiene non censurabile l'equilibrio fissato in via generale dal legislatore tra esigenze di difesa sociale e interessi del minore.