



ELISABETTA FRONTONI*

SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE E PENE DA SCONTARE: QUANDO MADRE E PADRE NON SONO UGUALI NELLA RELAZIONE CON I FIGLI **

Abstract [It]: Il commento analizza la sentenza della Corte costituzionale n. 219 del 2023 mettendo in rilievo come, per giungere al rigetto della questione, il giudice costituzionale utilizzi una ricostruzione criticabile e in contrasto con la giurisprudenza pregressa di ciò che debba intendersi come superiore interesse del minore.

Abstract [En]: The essay analyses Constitutional Court Judgement No. 219 of 2023, highlighting how, in order to reach its rejection of the question, the Constitutional Judge uses a reconstruction that is objectionable and at odds with previous case law of what is to be understood as the best interests of the child.

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

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

SOMMARIO: 1. Il superiore interesse del minore e la detenzione domiciliare per le madri e i padri di figli minori di dieci anni. – 2. L'interesse del minore nella giurisprudenza pregressa. – 3. Il minore e la stabilità delle relazioni con entrambi i genitori. – 4. Una motivazione che convince solo in parte.

* Professoressa associata di Diritto costituzionale – Università degli Studi «Roma Tre».

** Contributo sottoposto a *peer review*.

1. Il superiore interesse del minore e la detenzione domiciliare per le madri e i padri di figli minori di dieci anni

Con la sentenza n. 219 del 2023, la Corte costituzionale ha ritenuto infondato il dubbio di legittimità costituzionale sollevato sull'art. 47-ter comma 1 lett. a) e b) della legge sull'ordinamento penitenziario, l. 26 luglio 1975 n. 354, in relazione agli articoli 3 e 31 della Costituzione¹.

La questione era stata posta dal Magistrato di sorveglianza di Cosenza, secondo il quale tale articolo, prevedendo che il padre sia ammesso alla pena degli arresti domiciliari a condizione che eserciti la responsabilità genitoriale e che risulti che la madre del minore sia deceduta, ovvero «assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole», si poneva in contrasto con il principio del superiore interesse del minore a vedersi riconosciuto il diritto a godere di una relazione bi-genitoriale. In questa prospettiva, inoltre, la disposizione sarebbe stata irragionevole per il fatto di privilegiare il rapporto tra la madre e il figlio rispetto a quello del figlio con il padre; alla madre, infatti, la detenzione domiciliare, sempre che non sussistano ragioni ostative in considerazione della sua pericolosità sociale, può essere concessa alla sola condizione che il figlio sia con lei convivente e abbia meno di dieci anni. Come precisa la Corte, tuttavia, la questione non è posta dal giudice rimettente nei termini della disparità di trattamento tra madre e padre, ma dal diverso angolo visuale del figlio/a a vedersi garantita una relazione genitoriale continuativa con entrambi i genitori.

In questa prospettiva, il giudice rimettente aveva chiesto alla Corte una pronuncia che, inserendosi nel solco di precedenti decisioni in tema di superiore interesse del minore, rimuovesse anche per il padre la condizione ostativa all'accesso alla detenzione domiciliare.

La Corte respinge la questione osservando che «L'estensione delle medesime regole vigenti oggi per le detenute madri anche ai detenuti padri potrebbe certamente essere valutata dal legislatore, nel quadro di un complessivo bilanciamento tra tutti gli interessi individuali e collettivi coinvolti; ma non può [...] essere allo stato ritenuta costituzionalmente necessaria dal punto di vista, che in questo giudizio unicamente rileva, della tutela degli interessi del bambino, la quale richiede soltanto che – di regola – sia assicurato al bambino stesso un rapporto continuativo con almeno uno dei due genitori. Ciò che la disciplina censurata indubitatamente assicura»².

2. L'interesse del minore nella giurisprudenza pregressa

Questa motivazione della decisione non appare del tutto convincente in quanto la Corte sembra rinnegare quel contenuto minimo del principio del superiore interesse del minore

¹ Correttamente la Corte rileva che la questione di legittimità costituzionale investe solo la lettera b) dell'art. 47, ter, comma 1 della legge sull'ordinamento penitenziario.

² Cfr. punto 4.6 del *Considerato in diritto*

che, nella sua giurisprudenza pregressa e nella stessa decisione in commento, è identificato nel diritto a mantenere relazioni stabili con entrambi i genitori e non con uno solo di essi.

Il principio del superiore interesse del minore trova un fondamento costituzionale negli articoli 30 e 31 della nostra Costituzione, oltre che un significativo riconoscimento a livello internazionale. Esso si sostanzia nella necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per il suo interesse, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»³.

Come magistralmente insegna il bel romanzo di Ian McEwan *La ballata di Adam Henry*, tuttavia, definire cosa sia il migliore interesse per un minore non è così semplice e scontato. Nella ricerca di un contenuto minimo al quale ancorarsi, le numerose decisioni giurisprudenziali, nazionali e sovranazionali, sembrano però convergere nel diritto del minore a mantenere la stabilità delle relazioni istaurate con i genitori⁴.

In questa prospettiva, sono ormai molto numerose le pronunce della Corte costituzionale che, per garantire tale stabilità, hanno smantellato una serie di automatismi legislativi di carattere sanzionatorio o legati all'esecuzione penale che non consentivano al giudice una valutazione caso per caso⁵. La *ratio* sottesa a tutte queste decisioni va rintracciata nell'importanza che viene attribuita alla stabilità delle relazioni familiari in vista del migliore sviluppo della personalità dei minori. Tale stabilità, tuttavia, non è valutata in astratto, ma appunto rimessa alla valutazione del giudice. In tutte le decisioni inoltre sembra essere ben presente la questione della c.d. portata bilaterale della pena, vale a dire il rilievo, spesso ricorrente in dottrina, che la pena finisce per riflettersi anche su chi non ha commesso il reato⁶.

³ Così Corte cost., sent. n. 11 del 1981.

⁴ Come ricorda la Corte nella sent. n. 102 del 2020 «L'art. 8, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo riconosce il diritto del minore alle proprie «relazioni familiari»; il successivo art. 9, comma 1, impone agli Stati parte di vigilare «affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo»; e il comma 3 del medesimo art. 9 ulteriormente chiarisce che «[g]li Stati parte rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo». L'art. 24, comma 3, CDFUE dal canto suo sancisce il diritto del minore di «intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse». E la stessa Corte EDU, in sede di interpretazione dell'art. 8 CEDU, riconosce parimenti il diritto di ciascun genitore e del minore a godere di una «mutua relazione» (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, paragrafo 202; sezione prima, sentenza 28 aprile 2016, Cincimino contro Italia, paragrafo 62; Grande Camera, sentenza 12 luglio 2001, K. e T. contro Finlandia, paragrafo 151; Grande Camera, sentenza 13 luglio 2000, Elsholz contro Germania, paragrafo 43; sezione terza, sentenza 7 agosto 1996, Johansen contro Norvegia, paragrafo 52)».

Sul tema cfr. in dottrina, R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Pol. dir. 2013, 140; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo: espansione o trasformismo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2016, 148 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016; J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Quest. Giust.* 2019, 4 ss. e sia consentito rinviare anche a E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, Napoli 2019.

⁵ Sugli automatismi legislativi v. L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e “caso concreto”*, Napoli 2020. *Su automatismi legislativi e interesse del minore*, v. oltre a L. PACE, *op. ult. cit.*, 229 ss. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Dpc* gennaio 20014; E. FARINELLI, *Verso il superamento delle prescrizioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello “speciale interesse del minore”*, in *Processo penale e giustizia* 5/2017.

⁶ Come sottolinea la Corte nella sent. n. 30 del 2022 in relazione alla detenzione domiciliare ordinaria e speciale «Nonostante la diversità delle fattispecie regolate, connessa alla differente entità della pena da spiare, le due misure

Inaugura questo filone giurisprudenziale la sentenza n. 31 del 2012, con la quale la Corte fa cadere l'automatismo che impone al giudice di comminare la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale nel caso in cui il genitore del minore sia riconosciuto colpevole del reato di alterazione di *status*, cui segue l'altrettanto importante pronuncia n. 7 del 2013 sulla diversa ipotesi della soppressione di *status*. In entrambe le decisioni, il giudice costituzionale osserva che l'automatismo si pone in contrasto con la Costituzione per la sua irragionevolezza in quanto l'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale, con la sua fissità, non consente al giudice di valutare il comportamento dei genitori dopo la commissione del reato, finendo in tal modo per negare l'interesse del minore al mantenimento delle relazioni con i suoi genitori, laddove il giudice ritenga che esse possano essere conservate. Con tali previsioni, dunque, a essere colpito non è solo l'autore del reato, ma una relazione, quella tra genitore e figlio/figlia, che peraltro contribuisce a strutturare la stessa identità personale del minore.

A queste pronunce seguono numerose altre decisioni in tema di esecuzione della pena con le quali la Corte contribuisce a ridisegnare, nell'interesse del minore, sia la detenzione domiciliare ordinaria sia quella speciale⁷. Nel motivare una tra le più risalenti di tali sentenze, la n. 239 del 2014, il giudice sottolinea che «affinchè l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata, [...], in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni». Tale motivazione è ribadita nella successiva sentenza n. 76 del 2017 con cui il giudice costituzionale dichiara l'incostituzionalità dell'articolo 47-quinquies, comma 1 *bis*, ordinamento penitenziario nella parte in cui impedisce l'accesso alle modalità di espiazione della pena alla madre condannata per i delitti di cui all'articolo 4-*bis* ordinamento penitenziario. Anche in questo caso infatti, l'assolutezza della previsione è lesiva dell'interesse del minore, in quanto, come osserva ancora la Corte, «le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole»⁸.

Questo orientamento pare confermato dalla giurisprudenza più recente e in particolare dalle pronunce nn. 187 del 2019, 102 del 2020, 30 del 2022 e 105 del 2023, pure richiamate nella sua motivazione dalla stessa Corte costituzionale, che sono tutte accomunate dalla

alternative perseguono la stessa finalità, cioè quella di evitare, fin dove possibile, che l'interesse del bambino sia compromesso dalla perdita delle cure parentali, determinata dalla permanenza in carcere del genitore, danno riflesso noto come “carcerizzazione dell'infante”».

⁷ Su queste due misure alternative cfr. cfr. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere e tutela delle detenute madri*, *Dir. pen. proc.* 2001, 812 ss.; L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*, *Legisl. Pen.* 2001, 547 ss.; F. FIORENTIN, *sub art. 47-quinquies ord. penit.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano 2017, 2558 ss.; M. GASPARI, *La detenzione domiciliare nel quadro dell'ordinamento penitenziario*, in M. GASPARI-M. LEONARDI (a cura di), *La detenzione domiciliare*, Torino 2017; G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino 2012, 241 ss.; F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista AIC* 4/2012; S. TALINI, *Famiglia e carcere*, in I. NICOTRA-F. GIUFFRÈ (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Milano 2014, 535 ss.; A. LORENZETTI, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Quest. Giust.* 2/2019.

⁸ Così sent. n. 76 del 2017, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

considerazione che «la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione», trova «riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento costituzionale interno – che demanda alla Repubblica di proteggere l'infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31, secondo comma, Cost.) – sia nell'ordinamento internazionale»⁹. In questa prospettiva, nella sentenza n. 105 del 2023, pur in presenza di evidenti ragioni di contrasto alla criminalità e di difesa sociale quali quelle che giustificano un regime di sicurezza differenziato, come quello previsto dall'articolo 41 *bis*, la Corte non ha esitato a consentire che i colloqui dei detenuti con i minori di quattordici anni si svolgano senza l'ausilio del vetro divisorio, osservando che «per il minore infante o ancora nelle fasi dello sviluppo, il rapporto fisico con il familiare detenuto non sarebbe, almeno di regola, sostituibile con un incontro ostacolato da un vetro divisorio»¹⁰.

Allo stesso modo, nella sentenza n. 102 del 2020, pur a fronte di un delitto di elevata gravità come quello della sottrazione e mantenimento di minore all'estero, il giudice costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'automatica sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale prevista dall'articolo 574-*bis*, terzo comma, c.p. sulla base della considerazione che tale automatismo «comporta in capo al genitore che ne è colpito [...] la privazione, per tutto il tempo della sospensione, dell'intero fascio di diritti, poteri e obblighi inerenti al concetto legale di «responsabilità genitoriale», con conseguente venir meno di ogni potere di assumere decisioni "per" il figlio comprese quelle che attengono alle sue necessità di vita quotidiana [...]», finendo in tal modo per «rendere più difficile la stessa relazione»¹¹.

3. Il minore e la stabilità delle relazioni con entrambi i genitori

Oltre che in ambito penale, sono numerosi i settori nei quali la Corte richiama il principio del superiore interesse del minore, declinandolo come interesse a conservare la stabilità delle relazioni con entrambi i genitori.

In questa prospettiva, sono significative quelle pronunce in tema di maternità surrogata in cui la Corte, pur ritenendo che a tale pratica vada riconnesso un elevato grado di disvalore, ha comunque ritenuto che anche in tal caso l'interesse del minore possa e debba essere garantito attraverso istituti, quali l'adozione in casi particolari, appositamente pensati per dare veste giuridica a legami che possono essersi istaurati in via di fatto (in quanto derivanti dal compimento di un reato) con il cd. genitore di intenzione.

⁹ Cfr. tra le molte sent. n. 30 del 2022.

¹⁰ Su tale sentenza interpretativa di rigetto, v. i commenti di D. CODUTI, *I colloqui in carcere e il complesso (ma necessario) bilanciamento tra tutela della sicurezza e diritti di detenuti e minori. Brevi note a Corte cost., sent. n. 105 del 2023*, in *Dirittifondamentali.it* D. PIERANTONI, *Erroneo presupposto interpretativo, interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie del Giudice delle leggi: appunti a margine della sentenza n. 105 del 2023*, in *Nomos 2023*; A. GIUBILEI, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in *Osservatorio AIC 1/2024*.

¹¹ In questi termini Corte cost. sent. n. 102 del 2020, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

Tale orientamento giurisprudenziale è ulteriormente rafforzato nelle più recenti sentenze n. 32 e 33 del 2021, in cui si osserva che lo strumento dell'adozione in casi particolari, *ex art. 44 della legge n. 184 del 1983*, pur significativo, non tutela adeguatamente «l'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale»¹². L'adozione in casi particolari, infatti, non è adeguata alle peculiarità della situazione, evidentemente molto distante da quella che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44 comma 1 lettera d) l. 4 maggio 1983 n. 184, in quanto tale adozione può intervenire anche a distanza di molto tempo da quanto il rapporto si è costituito e non crea legami di vera e propria “filiazione” tra adottante e adottato.

Un altro importante filone giurisprudenziale nel quale viene in rilievo l'interesse del minore riguarda la disciplina dell'astensione obbligatoria prevista per la madre lavoratrice per il periodo precedente e per quello successivo al parto. In questo ambito, la Corte si è impegnata in una serie di interventi manipolativi sul testo del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative di tutela e sostegno della maternità e della paternità). Tale decreto legislativo era già improntato a garantire l'interesse dei minori, ponendo peraltro su un piano di parità genitori biologici e adottivi e valorizzando una genitorialità condivisa, ma il giudice costituzionale ha ritenuto necessari alcuni interventi additivi per renderlo maggiormente rispondente alla sua *ratio* ispiratrice. Secondo la Corte, infatti, «gli istituti a tutela della maternità non hanno più come in passato il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità»¹³. Tra le numerose decisioni in tal senso vale la pena ricordare la sentenza n. 385 del 2005. In questa pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72, d. lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui non prevedevano il principio che al padre libero professionista spettasse di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima. Nel motivare la decisione, il giudice costituzionale ha sottolineato che il d.lgs. n. 151/2001 costituisce il

¹² Così la nota sentenza n. 33 del 2021. Prima di tale pronuncia, sia la giurisprudenza di merito che quella di legittimità, seguita da diverse pronunce della Corte costituzionale (v. oltre alla già richiamata sent. n. 272 del 2017 anche la sent. 230 del 2020 e la 219 del 2021) avevano ritenuto l'adozione in casi particolari *ex art. 44 della legge n. 184 del 1983* idonea a tutelare l'interesse di minori nati da surrogazione di maternità o grazie alla fecondazione eterologa nel caso di coppie composte da due donne. La scelta di tale strumento normativo per tutelare i bambini della coppia e la loro relazione con il genitore d'intenzione peraltro era stata il frutto di una lunga evoluzione giurisprudenziale il cui punto di arrivo sembrava essere rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 12193 del 2019. Successivamente, il parere della Corte europea dei diritti dell'Uomo del 10 aprile 2019 ha sottolineato che gli Stati membri sono liberi di individuare lo strumento giuridico con il quale tutelare il legame tra minore e genitore di intenzione, ma è necessario che tale strumento sia rapido e non comporti una interruzione del legame istaurato in via di fatto. Per un'analisi di questa evoluzione giurisprudenziale sia consentito rinviare a E. FRONTONI, L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata, in *Nomos* 2/2021.

¹³ Per un'analisi di tale evoluzione giurisprudenziale v. M. CARTABIA, *Donne, famiglia, lavoro: le principali tappe di un'evoluzione in corso*, in M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli 2007, 67 e C. SALAZAR, *Art. 37*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino 2006, 760 ss.

portato di un'evoluzione legislativa che, modificando in modo profondo la disciplina della tutela della maternità, ha esteso al padre lavoratore e ai genitori adottivi i diritti in precedenza spettanti alla sola madre al fine di garantire protezione al preminente interesse della prole e che proprio per garantire tale interesse è opportuno riconoscere un'effettiva parità di trattamento fra i genitori, consentendo loro la possibilità di accordarsi per un'organizzazione familiare e lavorativa meglio rispondente alle esigenze di tutela della prole, ammettendo anche il padre ad usufruire dell'indennità di cui all'art. 70, d.lg. n. 151/2001 in alternativa alla madre»¹⁴.

Tali pronunce sembrano confermare che è nell'interesse del minore mantenere una stabile relazione con entrambi i genitori anche nei suoi primissimi anni di vita, senza peraltro che la tenera età del minore possa imporre la scelta a favore di uno dei due genitori per quanto riguarda il ruolo di cura. In tal modo il giudice costituzionale contribuisce a segnare il passaggio dalla tutela della maternità alla tutela della genitorialità¹⁵.

Un orientamento che, del resto, emerge abbastanza chiaramente anche nella legislazione ordinaria nell'articolo 315-*bis*, primo e secondo comma, c.c. che riconosce il diritto del minore a essere «educato, istruito e assistito moralmente» dai genitori, e nell'articolo 337-*ter*, primo comma, c.c., che garantisce il suo diritto a «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori» e «di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi».

4. Una motivazione che convince solo in parte

Alla luce di questa ricostruzione del principio del superiore interesse del minore, l'esito del giudizio di costituzionalità sarebbe dovuto essere l'accoglimento della questione e invece la Corte conclude per il rigetto, ritenendo che non sussista un vincolo costituzionale all'estensione del beneficio a favore del padre quando la madre può prendersi cura del figlio. In questo modo la Corte sembra porsi in contraddizione con la giurisprudenza pregressa, pure ampiamente richiamata nella decisione. In particolare, colpisce l'affermazione che l'interesse del minore venga riconosciuto nel diritto a mantenere la relazione con almeno uno dei genitori, mentre nella giurisprudenza sia nazionale che sovranazionale tale interesse è identificato nell'interesse a mantenere relazioni con entrambi.

Questa affermazione è funzionale a salvaguardare il sistema dei benefici che – come ha osservato la Corte nella sentenza n. 17 del 2017, rispetto alla quale quella in commento evidentemente si pone in ideale proseguimento – è fondato sull'interesse del minore a

¹⁴ Cfr. Corte cost. sent. n. 385 del 2005.

¹⁵ Ricorda questo passaggio Marta Cartabia che sottolinea, sotto un altro profilo, «che il progressivo emergere di una tutela della genitorialità nei rapporti con i figli minori, mediante l'apprestamento di garanzie volte a consentire la concreta possibilità che il padre si sostituisca alla madre lavoratrice nella cura dei figli, specie nella prima infanzia, costituisce un importante sviluppo dell'eguaglianza tra genitori, intesa in senso non solo formale, ma anche sostanziale, volendo agevolare la donna nel difficile contemperamento delle molteplici esigenze, legate al suo ruolo nella vita familiare e lavorativa, favorendo un'effettiva solidarietà tra coniugi nell'adempimento dei diritti/doveri familiari». Cfr. M. CARTABIA, *Donne, famiglia, lavoro: le principali tappe di un'evoluzione in corso*, cit., 67.

mantenere una relazione privilegiata con la madre¹⁶. Al contrario, se la Corte avesse ritenuto l'interesse del minore come interesse a mantenere relazioni stabili con entrambi i genitori, sarebbe stata costretta a indagare più a fondo sulla ragionevolezza della scelta operata dal legislatore in favore della sola madre, così come chiedeva il giudice *a quo*.

Non c'è dubbio, come ricorda il giudice costituzionale, che gli istituti in esame sono stati «inizialmente pensati per assicurare la specialissima relazione della madre con il figlio durante l'allattamento o comunque nei primissimi mesi di vita – relazione da epoca risalente considerata dal legislatore come particolarmente meritevole di tutela – e che sono stati gradatamente estesi sino a che il bambino raggiungesse un'età via via più avanzata, sì da evitare che il rapporto tra la madre e il figlio si interrompesse bruscamente in una fase della vita in cui quest'ultimo non sia ancora in grado di comprendere ed elaborare le ragioni del distacco», ma ormai legislazione e giurisprudenza sottolineano come, nell'interesse del minore, la cura dei figli vada (o debba essere) concepita come cura condivisa da entrambi i genitori. In ambito penale, invece, tale visione della relazione di cura è talmente lontana che prima di concedere al padre gli arresti domiciliari viene indagata l'impossibilità per la madre di avvalersi di altri familiari, conviventi o non conviventi, in grado di prendersi cura del bambino, o addirittura di strutture di sostegno e assistenza sociale¹⁷.

Che la Corte sia preoccupata della tenuta del sistema nel suo complesso appare evidente anche dall'altro argomento utilizzato quasi a corredo della decisione, ovvero la considerazione 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 sui poc'anzi menzionati interessi sottesi all'esecuzione delle pene detentive, in ragione se non altro della ridotta proporzione di donne nell'ambito della complessiva popolazione carceraria femminile (pari, secondo le statistiche del Ministero della giustizia alla data del 30 novembre 2023, a 2.549 unità rispetto a un totale di 60.166 detenuti, e dunque a circa il 4 per cento della popolazione carceraria)»¹⁸.

In questa prospettiva, l'operazione richiesta dal giudice *a quo* non consiste nella semplice aggiunta di un ulteriore tassello a una disciplina sulla quale la Corte ha già compiuto diversi interventi, ma rappresenta un vero e proprio ripensamento dell'intero sistema in nome dell'interesse del minore. Dunque, è l'enorme numero di detenuti potenzialmente beneficiari di una misura pensata come una deroga “contenuta” al sistema dell'esecuzione penale che non consente al giudice costituzionale di affermare, come ha fatto nelle

¹⁶ Il giudice costituzionale, peraltro, non sembra prendere in considerazione la conseguenza che dovrebbe discendere da tale affermazione ovvero che anche nel caso in cui a essere detenuta fosse la madre, non sarebbero necessarie particolari forme di tutela, laddove il figlio può contare sulla presenza dell'altro genitore. A ben vedere, però, come la Corte aveva già rilevato in una sua precedente decisione, la sentenza n. 17 del 2017, una soluzione di questo tipo, ispirata al principio della indispensabile presenza di uno dei due genitori, sarebbe del tutto «eccentrica rispetto al contesto normativo desumibile dalle disposizioni del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario, attualmente orientate nel senso di assicurare in via primaria il rapporto del minore con la madre».

¹⁷ Come ricorda la stessa Corte costituzionale nella motivazione della decisione.

¹⁸ Cfr. Corte cost. sent. n. 219 del 2023, punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

numerose altre pronunce che, sebbene l'interesse del minore non debba essere considerato un interesse "tiranno", anche le esigenze di giustizia non possono sempre prevalere rispetto ad esso, fino a giungere al suo completo sacrificio.

Una scelta simile, infatti, per la complessità e per la pluralità dei valori coinvolti, non può che competere al legislatore.

Tale conclusione è certamente condivisibile, ma forse avrebbe meritato una motivazione più rigorosa.