

# STUDIUM IURIS

RIVISTA PER LA FORMAZIONE NELLE PROFESSIONI GIURIDICHE

RIVISTA MENSILE  
Anno XXVI

Coordinatore  
e direttore responsabile  
**ALESSIO ZACCARIA**

**11/2021**

 [edicolaprofessionale.com/studiumiuris](http://edicolaprofessionale.com/studiumiuris)

**L'esperienza del Garante Nazionale dei diritti delle Persone private della Libertà personale (GNPL)**

**L'obbligo vaccinale anti-Covid per chi opera nella sanità e il *green pass***

**Recidiva e concorso di circostanze (C. cost. n. 55 del 2021)**

**I tabulati tra accertamenti e tutela di diritti fondamentali**

**I *bests interests* dei minori a quarant'anni da C. cost. n. 11 del 1981**

**L'adeguamento dei diritti di copia e di certificazione (d.m. 9 luglio 2021)**

**Il reclutamento dei pubblici funzionari in tempo di *Covid-19***

Comitato di Direzione

Sergio Bartole - Giovanni Bonilini  
Roberto Calvo - Giorgio Cian  
Marco Cian - Giorgio Conetti  
Guido Corso - Luigi Costato  
Giovannangelo De Francesco  
Giovanni De Cristofaro  
Maria Vita De Giorgi  
Franco Ferrari - Gianluca Gardini  
Fausto Giunta - Vincenzo Maiello  
Antonella Marandola  
Giorgio Marasà - Antonio Masi  
Pietro Masi - Francesco Palazzo  
Marco Pelissero - Andrea Pugiotto  
Antonio Serra - Giorgio Spangher  
Ferruccio Tommaseo  
Paolo Veronesi - Enzo Vullo  
Alessio Zaccaria

**FORMULA**  
CEDAM  
**ESAMI E**  
**CONCORSI**



Wolters Kluwer

# La tutela degli interessi del minore nel rapporto genitori-figli a quarant'anni dalla sentenza Corte cost. n. 11 del 1981

di GIUSEPPE LANEVE (\*)

SOMMARIO: Premessa. – 1. I punti salienti della sentenza n. 11 del 1981. – 1.1. L'ancoraggio costituzionale del *favor minoris*. – 1.2. L'imprescindibile concorso di *legislatore* e *giudici*. – 2. Il principio dei *best interests*: una conquista sul piano internazionale. – 3. Il volto *child-sensitive* dell'esecuzione penitenziaria. – 4. Il problema degli automatismi legislativi: le pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale. – 5. Una recente pronuncia conferma l'imprescindibile ruolo del giudice. – 6. Non un principio "pigliatutto": in nome dei *best interests* non si può "far tutto". – 7. Alcune conclusioni.

## Premessa

Ricorre nel 2021 il quarantesimo anniversario di una delle più belle e lungimiranti (1) sentenze della Corte costituzionale, la n. 11 del 1981, nella quale trovarono posto parole, principi e linee argomentative che conservano tutt'oggi una grande attualità, dimostrando davvero di essere stata pronuncia capace di anticipare i tempi, ponendo l'attenzione su questioni e giungendo ad approdi sui quali solo negli anni a venire, e grazie a un significativo contributo della comunità internazionale, si sarebbe raccolto un ben più ampio e diffuso consenso.

Ha ragione, infatti, Elisabetta Lamarque quando ha ravvisato nella summenzionata sentenza un primo, e per nulla grezzo, riconoscimento di quel principio che oggi è meglio conosciuto nella sua versione anglofona dei *best interests of the child* (2) che, tuttavia, per essere correttamente inteso, non può non tornare di nuovo (e ancora) a quanto detto proprio nella pronuncia a firma di Leopoldo Elia. Ne sono una riprova diversi, e più recenti, filoni giurisprudenziali, in ambiti anche molto delicati, quali ad esempio quello penale, dai quali emerge con chiarezza l'attenzione che la stessa Corte costituzionale

presta al mantenimento, laddove risponda al miglior interesse del minore, della relazionalità tra genitori e figli non solo nella esecuzione della pena ai primi comminata, ma anche nel momento della irrogazione della stessa.

## 1. I punti salienti della sentenza n. 11 del 1981

La sentenza del 1981 fu pronunciata in materia di adozione speciale, e riconobbe, peraltro in linea con le indicazioni già provenienti dalla dottrina del tempo, come quest'istituto, introdotto dalla legge n. 431 del 1967 – e dunque in un clima che si preparava a divenire piuttosto fertile per l'attuazione di diversi principi costituzionali – spostava «il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato», segnando di fatto un passaggio epocale, quello da un'adozione intesa in senso tradizionale, sulla scia della codificazione napoleonica, quale strumento di natura negoziale, volto principalmente ad assicurare la continuazione del nome e la trasmissione del patrimonio a chi fosse privo di prole naturale, a un'adozione c.d. legittimante, che per la prima volta parificava la condizione dell'adottato a quella del figlio

(\*) Contributo pubblicato previo parere favorevole di un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

(1) E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, p. 14. Sul principio dei *best interests*, cfr. da ultimo, S. Font – E.T. GERSHOFF, *Foster Care and Best Interests of the Child. Inte-*

*grating Research, Policy and Practice*, Springer, Cham 2020. In una prospettiva comparata, si veda C. BREEN (a cura di), *The Standard of the Best Interests of the Child: a Western Tradition in International and Comparative Law*, The Hague 2002.

(2) E. LAMARQUE, *op. cit.*, *passim*.

legittimo (3). L'*imitatio naturae*, quindi, piuttosto che per dare un erede a chi non ne avesse uno, si realizzava per assicurare una famiglia al minore che ne fosse privo, consentendogli di elaborare all'interno di questa la propria personalità in formazione (4).

Della sentenza si vogliono riprendere in particolare due punti di grande significato, senza i quali probabilmente l'attenzione agli interessi dei minori oggi apparirebbe più sfuggente, quasi fumosa, priva di una qualche solido appiglio giuridico: da un lato, il riconoscimento di un radicato fondamento costituzionale per la cura dei minori, dall'altro il necessario concorso di legislatore e giudici, con cui tale obiettivo può essere efficacemente perseguito.

### 1.1. L'ancoraggio costituzionale del favor minoris

Uno dei passaggi più rilevanti della sentenza è stato proprio quello in cui si è detto che quello spostamento del centro di gravità dell'adozione verso il minore, operato dalla legge n. 431 del 1967, fosse a ben vedere ancor prima imposto «sul piano superiore della normativa costituzionale, per il combinato disposto degli artt. 2 e 30, comma 1 e 2, della Costituzione. Queste norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in *primissima* istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva» (5).

Il *favor minoris*, inteso quale naturale forma di attenzione e promozione dei diritti della persona umana vieppiù quando lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico (6), non può non

trovare nel nostro ordinamento costituzionale il suo terreno più fertile (7). Esso, peraltro, muove già dagli artt. 2 e 3 Cost., per poi radicarsi in profondità nel tessuto costituzionale (8) senza, tuttavia, la necessità di abbondare con riferimenti specifici (che invero si ritrovano negli artt. 30, 31 e 37 Cost.): proprio a metà degli anni Ottanta, quindi poco dopo la succitata pronuncia a firma Elia, la Corte osservava come dal fatto che la Costituzione «nominalisticamente poco si soffermi sui minori o sulla minore età va (...) dedotta, tenuto conto dell'ordinamento precostituzionale tanto prodigo di riferimenti alla "particolarità" della condizione minorile, una scelta di sostanza a favore del minore, considerato, ad ogni consentito effetto, persona umana al pari di ogni altro soggetto, senza alcun bisogno di esplicitate quanto sovrabbondanti enunciazioni in proposito» (9). Come scritto da Pietro Rescigno, quella garanzia che gli individui, sia come singoli sia come membri di una formazione sociale, ricevono dall'art. 2 Cost. «ha del resto un più preciso e ricco significato proprio quando viene riferita al minore, che porta in sé la naturale esigenza di sviluppo della individualità» (10).

Se poi, più in particolare, si presta attenzione all'art. 30 Cost., in esso si coglie la qualificazione giuridica, in termini di rilevanza costituzionale, del rapporto genitori-figli. Definendosi in modo autonomo rispetto alla disciplina della famiglia ex art. 29 Cost. (11), e sostanziosamente in quel dovere-diritto di *mantenere, istruire ed educare*, quella qualificazione disegna una *postura* dei genitori verso i figli, orientata alla costruzione progressiva di un percorso formativo che, conciliando l'autonomia delle attitudini e aspirazioni (del figlio) e la libertà d'indirizzo (dei genitori) (12), va nella direzione, intrisa

(3) Cfr. in tema, L. CASSETTI, *Art. 31*, in R. BIFLUCCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, p. 640 ss.

(4) Cfr. M. BESSONE – G. FERRANDO, voce *Adozione speciale*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, Torino 1980, p. 88. Sia consentito, sul punto, il rinvio a E. LAMARQUE – G. LANEVE, *I profili giuridici dell'adozione dei minori di età*, in A. FERMANI – M. MUZZI (a cura di), *La "vulnerabilità unica" in adozione*, Fano 2019, p. 189 ss., in part. p. 207 ss. Vedi in tema F. ZANOVELLO, *L'uso giurisprudenziale dell'adozione "mite"*, in questa *Rivista* 2021, 9, p. 1089 ss.

(5) Corte cost. sent. n. 11 del 1981.

(6) Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2009, n. 22080.

(7) Si vedano, *ex multis*, G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova 2015; F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli 2019. Si veda F. COLAO, *Il diritto per i minori, il diritto dei minori. Itinerari nell'Italia del Novecento*, in *Italian Review of Legal History*, 5/2019, p. 318 ss.

(8) La lettura sistematica che troverà posto nella riforma del diritto di famiglia del 1975 viene in qualche modo anticipata da Cass. sent. 8 novembre 1974, n. 3420. In tema, cfr. S. SILEO-

NI, *L'autodeterminazione del figlio tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quad. cost.* 2014, n. 3, p. 606 ss.

(9) Corte cost. sent. n. 185 del 1986. Sulla positività della scelta di non attribuire una specifica "centralità" al concetto di minore nella Costituzione, cfr. M. DOGLIOTTI, *Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali*, in *D. delle fam. e delle pers.* 1977, p. 954 ss.; in riferimento alla relazione tra minori e principio della sovranità popolare, cfr. L. CARLASSARE, *Posizione dei minori e sovranità popolare*, in M. DE CRISTOFARO – A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano 1980, p. 39 ss.; A. VALASTRO, *Minori e partecipazione: una lettura emancipante dei principi di eguaglianza e di sovranità popolare*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, V. Napoli 2009, p. 2105 ss.

(10) P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia*, Torino 2000, p. 304.

(11) G. GIACOBBE, *Educazione della prole, progetto educativo e ruolo della famiglia: spunti per una riflessione*, in *Iustitia* 4/2012, p. 431.

(12) Per le non infrequenti tensioni tra dovere (diritto) dei genitori e diritti dei figli, cfr. B. LIBERALI, *(Prima) il dovere e (poi)*



di significato costituzionale, del pieno sviluppo della personalità del figlio (13). Spetterà poi a questi il compito irrinunciabile di dare forma al proprio tempo, di prendersi cura di sé, di dare senso alla propria esistenza, di essere e agire nel mondo (14).

### 1.2. L'imprescindibile concorso di legislatore e giudici

Quanto al secondo aspetto, la Corte ebbe a chiarire come la tutela degli interessi del minore richieda un duplice ordine di garanzie, una tutela che scorra lungo due livelli diversi: uno, quello assicurato dalla legge, e volto a predisporre un apparato di norme generali e astratte capace di assicurare ai minori il pieno diritto a sviluppare la propria personalità, ponendosi peraltro come termine di bilanciamento con altri interessi eventualmente in contrasto; l'altro, quello della decisione del giudice, capace a sua volta di entrare nella specificità di ogni singolo caso (che vede coinvolto *quel* minore) potendo, quindi, scegliere per lui la soluzione ottimale in concreto, quella che più riesce a garantire, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona.

Pertanto, per un verso la *rigidità*, di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori, intesi astrattamente nel loro insieme; dall'altro, la *flessibilità*, ovvero l'esigenza di modulare la soluzione più idonea per lo sviluppo a tutto tondo (affettivo, relazionale, sociale, culturale, etc.) di un minore in una determinata fattispecie concreta (15). Si rispecchia in modo paradigmatico, proprio nella prospettiva della tutela degli interessi dei minori, la coesistenzialità, pur nelle inevitabili difficoltà delle società complesse, del legislatore e dei giudici (16).

Ed è proprio il processo, incessante e soggetto a plurime variabili, di continua diversificazione del reale, che trova proprio all'interno delle dinamiche della famiglia uno dei terreni prediletti (17), a spingere, altrettanto incessantemente, verso la difficilissima ma necessaria, e per nulla esente da errori (18), ricerca della sintesi, del punto di equilibrio tra *rigidità* e *flessibilità*.

### 2. Il principio dei *best interests*: una conquista sul piano internazionale

Come anticipato in precedenza, su molti dei tasti premuti dalla sentenza n. 11 del 1981 si è tornati ad insistere negli anni a seguire, soprattutto a livello internazionale.

Il principio dei *best interests of the child*, se assunto nella sua corretta portata semantica, prescrive che i più significativi, i più importanti (i migliori) interessi del bambino siano tenuti in debito conto in *all actions concerning children*, per usare le parole della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con legge n. 176 del 1991, e quindi ogniqualvolta un organo pubblico sia chiamato a prendere una decisione sulla sua vita (19). Nel 2013 il *Committee on the Rights of the Children* ha fornito un'interpretazione tale per cui le "*actions concerning children*" devono essere intese in senso ampio, ricomprendendo al loro interno non solo le decisioni che, anche nel settore della giustizia penale, vedono il minore come destinatario immediato, ma altresì quelle che si ripercuotono su quest'ultimo, pur essendo indirizzate verso altri soggetti (e, quindi, i genitori *in primis*) (20).

Non c'è nessuna pretesa di superiorità, di prevalenza gerarchica del principio dei *best interests* su ogni

il diritto: alla ricerca degli "ossimori costituzionali" nella cura dei figli, in *R. Gruppo di Pisa* 2018, 3.

(13) *Ex multis*, G. MATUCCI, *La responsabilità educativa dei genitori fra scuola e dinamiche familiari*, in G. MATUCCI – F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano 2016, p. 233 ss.; E. LAMARQUE, *Il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli 2019, p. 167 ss.; A. LOLLO, *Il dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere i figli*, in *D. cost.* 2/2019, p. 139 ss.

(14) Cfr. M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France (1981-82)*, trad. it., Milano 2003.

(15) Sul punto, ampiamente E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., *passim*, che richiama anche una serie di pronunce del giudice (di merito e di legittimità) nelle quali è ben visibile questa continua ricerca della sintesi.

(16) In tema la dottrina è molto ampia, cfr. *ex multis* A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *ConsultaOnline.it* 2015, III; sia consentito il rinvio a G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune ri-*

*flessioni*, in *RivistaAic.it* 2018, 4, p. 407 ss.

(17) Cfr. A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *RivistaAic.it* 2017, 2, in part. p. 10. In tema, cfr. anche M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano 2016; F. GIUFFRÉ – I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti a suoi giudici*, Napoli 2014.

(18) S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *R. Gruppo di Pisa* 2018, 1, p. 12.

(19) Su tutti ancora E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 15 ss.

(20) Cfr. *Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para 1), 29 maggio 2013, CRC/C/GC/14, par. 19 ss., in part. par. 28. In tema si rinvia a G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore. Giustizia penale e tutela della prole*, in *D. pen. proc.* 2018, 10, p. 1347 ss.; si vedano anche H. MILLAR – Y. DANDURAND, *The best interests of the child and the sentencing of offenders with parental responsibilities*, in *Crim. Law Forum* 2018, n. 29, p. 227 ss.



altro interesse in gioco (21). Attenta dottrina ha infatti osservato come la traduzione italiana dell'espressione inglese nei termini di "superiore" o "preminente" interesse del minore presti il fianco a non poche ambiguità, correndo il rischio di tradire il significato ultimo del principio, che non è quello di riconoscere sempre e comunque all'interesse del minore una sorta di prevalenza (assoluta) su qualsiasi altro diritto fondamentale altrui e su qualunque altro bene di rilievo costituzionale eventualmente in gioco. A ben guardare, *interests* è al plurale, e dunque la parola vuole indicare i vari possibili interessi/esigenze/bisogni che ogni bambino nutre; laddove *best*, come noto, è il superlativo relativo di *good*, buono: proprio la piena consapevolezza del dato letterale, quindi, è ciò che aiuta a comprendere come il principio prescriva – "semplicemente" – che i "migliori", e cioè i più significativi, i più importanti, tra i numerosi interessi/esigenze/bisogni del bambino «siano tenuti in conto e garantiti dall'organo pubblico di volta in volta incaricato di prendere una decisione sulla sua vita».

La *primary consideration* degli interessi del minore prescrive piuttosto il ricorso a un metodo, che impone di preoccuparsi, quando in gioco c'è l'esperienza in divenire del minore, di ricostruire a fondo il complesso prisma delle sue esigenze, da sottoporre, poi, a delicate opere di bilanciamento con gli altri interessi di volta in volta in rilievo.

La precondizione per cui una tale operazione possa dispiegarsi sta nella capacità di fermarsi sulle specifiche situazioni; di valutare tutti i flussi relazionali che in esse si generano alla luce del contesto, da un lato, e del particolare stadio di maturazione del minore dall'altro; di riconoscere e valorizzare la unicità di quelle stesse situazioni (22). Senza che questo si traduca in una deriva casistica, dove si decide in assenza di criteri uniformi, essendo invece sempre richiesto un punto di equilibrio tra *forma* e *sostanza*, ritornando ancora alla decisione a firma

Elia, tra *rigidità* e *flessibilità*, tra *astrattezza* e *concretezza* (23).

### 3. Il volto *child-sensitive* dell'esecuzione penitenziaria

Uno degli ambiti in cui più volte si è manifestata, negli ultimi anni, l'attenzione del giudice costituzionale nel bilanciare la pretesa punitiva statale con le esigenze del minore, in particolare quella al mantenimento di una relazionalità normale con i genitori, è stato quello dell'accesso a determinati benefici da parte dei genitori detenuti, che ha svelato un volto *child-sensitive* dell'esecuzione penitenziaria (24).

Può essere sufficiente qui richiamare l'importante pronuncia n. 239 del 2014, dove, in riferimento alla detenzione domiciliare speciale, la Corte ha osservato come «è indubbio che nell'economia dell'istituto assuma un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile 'normale' con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo. Interesse che – oltre a chiamare in gioco l'art. 3 Cost., (...) evoca gli ulteriori parametri costituzionali (...) (tutela della famiglia, diritto-dovere di educazione dei figli, protezione dell'infanzia: artt. 29, 30 e 31 Cost.)» (25). Nella stessa occasione il giudice delle leggi ha altresì precisato che «affinché 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, per l'appunto, in concreto (...) e non già collegata ad indici presuntivi (...) che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni» (26). Si tratta di principi che in seguito sono stati più volte ribaditi (27): in particola-

(21) Vedi anche E. LAMARQUE – G. LANEVE, *I profili giuridici*, cit., in part. p. 202.

(22) S. SILEONI, *L'autodeterminazione*, cit., p. 624.

(23) Su tali rischi connessi alla materia del diritto di famiglia, cfr. A. MANIACI, *Legge versus giurisprudenza (con speciale riguardo alla materia giusfamiliare)*, in *Stato, Chiese e plural. confess.* 13/2020.

(24) Così G. MANTOVANI, *Quando il reo*, cit., p. 1348. Si vedano la anche Corte cost. sentt. nn. 215 del 1990, 350 del 2003, 177 del 2009.

(25) Corte cost. sent n. 239 del 2014, p. 9 del *Cons. dir.* Con tale pronuncia sono cadute le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis ord. penit. alla concessione della detenzione domiciliare speciale e di quella ordinaria in favore delle detenute madri di prole di età non superiore a dieci anni, che siano state condannate per taluno dei cc.dd. reati ostativi indicati dall'art. 4-bis,

comma 1, ord. penit. Previa valutazione giudiziale di non pericolosità in concreto, è consentito l'accesso alla misura alternativa *de qua*, nella forma ordinaria o speciale, da parte della detenuta madre, ritenuta responsabile di uno dei delitti menzionati nell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., anche qualora la stessa non abbia prestato collaborazione con la giustizia. In tema, in generale, cfr. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *RivistaAic.it* 3/2016.

(26) Corte cost. sent. n. 239 del 2014, p. 8 del *Cons. dir.*

(27) Con sentenza n. 76 del 2017, la Corte ha colpito l'art. 47-quinquies, comma 1-bis, ord. penit., nella parte in cui impediva alle detenute madri condannate per uno dei delitti ex art. 4-bis, ord. penit. di accedere alle modalità agevolate di espiazione della prima porzione di pena (cfr. *ex multis*, D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *RivistaAic.it* 2017, 4).

re, la sentenza n. 174 del 2018 ha esplicitato il fondamento dell'assistenza dei figli all'esterno, precisando che con tale beneficio si intendono «ampliare le possibilità per la madre detenuta che non abbia ottenuto la detenzione domiciliare ordinaria o la detenzione domiciliare speciale, di provvedere alla cura dei figli, in un ambiente non carcerario, per un periodo di tempo predeterminato nel corso della giornata» (28). Così facendo, il legislatore ha specificamente inteso «ampliare le modalità che assicurano la continuità della funzione genitoriale» e ha ritenuto che «i compiti di cura dei figli minori abbiano o stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa» (29). Richiamando «la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo» con i genitori, un rapporto che si articola in diverse situazioni giuridiche, la Corte ha comunque precisato che l'interesse del minore, nonostante il suo elevato rango, non deve sottrarsi in modo assoluto a un possibile bilanciamento, che spetta alla discrezionalità del legislatore, con altri interessi di rilievo costituzionale, come quello della difesa sociale, che viene in rilievo laddove s'incide sulle modalità di esecuzione della pena (30).

#### 4. Il problema degli automatismi legislativi: le pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale

Da qualche anno a questa parte, nella giurisprudenza costituzionale, si è consolidando un filone volto a

“bonificare” il sistema penale da automatismi punitivi incidenti sull'esercizio della responsabilità genitoriale (31), ovvero all'interno di quella dimensione relazionale che proprio in questa nuova nozione (che ha sostituito le precedenti di “patria potestà” e di “potestà genitoriale”) (32) ha trovato, esplicitandolo, il suo specifico orientamento di senso verso (innanzitutto) l'adempimento dei doveri nei confronti dei figli (33). Nelle pieghe di questo filone giurisprudenziale riaffiora quella tradizionale diffidenza che il giudice delle leggi ha mostrato nei confronti degli automatismi legislativi, cioè di quelle fattispecie normative che prevedono determinate conseguenze al verificarsi di (altrettanti determinati) presupposti, operando alla stregua di un “interruttore” che di fatto azzeri gli spazi discrezionali in sede di applicazione (34). Proprio in ragione di questo *modus operandi*, gli automatismi sono stati visti quasi come portatori di una presunzione di irragionevolezza (35), che si riverbera sul piano dei rapporti tra poteri, legislativo e giudiziario (36).

A partire dalla sentenza n. 31 del 2012, e poi con la n. 7 del 2013, la Corte ha colpito con la declaratoria d'incostituzionalità l'automatismo che prevede, come conseguenza della condanna inflitta per determinati delitti a chi è genitore, l'applicazione della pena accessoria consistente nella perdita della responsabilità genitoriale.

Parte della dottrina penalistica non ha avuto esitazione a rilevare la singolarità dell'impianto argomentativo sostenuto dal giudice costituzionale in occasione della sentenza n. 31 del 2012 con la quale



(28) La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-bis (Assistenza all'esterno dei figli minori) della legge n. 354 del 1975, laddove non permetteva alle madri detenute condannate per determinati reati l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni oppure lo subordinava alla previa espiazione di una quota di pena salvo l'accertamento di alcune condizioni previste dall'art. 58-ter (Persone che collaborano con la giustizia). L'art. 21-bis, infatti, rinviava all'art. 21 (Lavoro all'esterno) che stabilisce le condizioni di accesso al beneficio del lavoro all'esterno che attengono alla quota di pena da espiare in carcere. (Cfr. almeno F. SIRACUSANO, *Tutela della continuità genitoriale e preclusioni penitenziarie: la Corte ne certifica l'assoluta incompatibilità*, in *G. cost.* 2018, 4, p. 1864 ss.; L. PACE, *Assistenza ai figli minori e accesso ai benefici penitenziari. La sent. cost. n. 174 del 2018 rimuove un'altra preclusione*, in questa *Rivista* 2019, 4, p. 433 ss.).

(29) Corte cost. sent. n. 174 del 2018.

(30) Corte cost. sent. n. 17 del 2017. In tema, cfr. S. LEONE, *Automatismi legislativi*, cit., p. 18 e B. LIBERALI, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto*, cit., p. 26.

(31) G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore*, cit., p. 1347. Per un commento alla sentenza n. 102, sia consentito il rinvio a G. LANEVE, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla “cecità” dell'automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *R. it. d. proc. pen.* 2020, 4, p. 2078 ss. e G. MATUCCI, *“Cecità” della legge e interesse con-*

*creto del minore. Sull'incostituzionalità dell'automatica sospensione della responsabilità genitoriale*, in *G. cost.* 2020, 3, p. 1228 ss.

(32) La nuova espressione è stata introdotta dall'art. 93, lett. c), d. legisl. 28 dicembre 2013, n. 154 (“Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della l. 10 dicembre 2012, n. 689”) che, a sua volta in precedenza aveva sostituito, per effetto dell'art. 122 della l. 24 novembre 1981, n. 689, la precedente formula di “patria potestà”.

(33) Ampiamente in tema cfr. B. LIBERALI, *(Prima) il dovere*, cit. Sulla nuova nozione di responsabilità genitoriale, si vedano S. VERONESI, *La responsabilità genitoriale: autonomia dei genitori e tutela del minore*, Milano 2020; A. D'ALOIA – A. ROMANO, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30 Cost.)*, in G.F. BASINI – G. BONILINI – P. CENDON – M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino 2011, p. 3 ss.

(34) S. LEONE, *Automatismi legislativi*, cit., p. 2.

(35) Cfr. L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *R. Gruppo di Pisa* 2014, n. 3.

(36) Vedi A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da questioni: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino 2017, p. 497 ss.

è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'automatismo tra la condanna del genitore per il delitto di alterazione di stato e la perdita della potestà genitoriale. Un impianto costruito invertendo la prospettiva, dichiarando cioè l'incostituzionalità di una pena accessoria non già guardando a colui che è destinatario diretto della stessa, quanto a un soggetto terzo, il minore, che subisce gli effetti dell'applicazione di quella stessa pena (37). Un'angolazione che si schiude al giudice costituzionale grazie soprattutto al nutrito novero di fonti sovranazionali che hanno riproposto l'attenzione primaria agli interessi del minore che va prestata nei casi in cui le decisioni incidono, o possono incidere, sullo sviluppo della loro personalità. La (allora) potestà genitoriale, rilevò la Corte, pur non ricevendo una esatta definizione, rinviene i propri connotati già negli artt. 30 Cost. e 147 c.c. e il suo esercizio "risponde all'interesse morale e materiale del minore, il quale, dunque, è inevitabilmente coinvolto da una statuizione che di quella potestà sancisca la perdita". Da qui ha rilevato l'irragionevolezza di un automatismo che, al contrario, preclude ogni valutazione concreta da parte del giudice che vada a insistere proprio sulla effettiva lesione di questi interessi del minore (38). Come è stato evidenziato, occorre altresì notare come successivamente, in riferimento allo stesso reato, siano state censurate anche le determinazioni legislative in ordine alla pena principale con un intervento che, incidendo sulla dosimetria sanzionatoria penale, ha corretto, seppur in via indiretta, l'apparato sanzionatorio ancora una volta in direzione *child-sensitive* (39).

Questo nuovo modo di guardare alla pena accessoria viene confermato e rilanciato poco dopo con la sentenza n. 7 del 2013 in relazione allo stesso auto-

matismo punitivo previsto questa volta per il reato di soppressione di stato. Riprendendo le argomentazioni del vicino precedente, la Corte ha avuto gioco facile nel ribadire che l'opzione «costituzionalmente più congrua», in luogo dell'automatismo irragionevole, sta nel consentire al giudice di valutare concretamente le circostanze, assegnando «all'accertamento giurisdizionale sul reato null'altro che il valore di 'indice' per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà». Ma il giudice costituzionale, come riconosciuto da attenta dottrina, lo ha fatto scegliendo di dare maggiore "potenza" alla considerazione degli interessi del minore utilizzando, in questa circostanza, anche il pedale autonomo *ex art.* 117, comma 1 Cost. (40), segnando, proprio in riferimento alla dottrina del "parametro interposto", un'«applicazione originale e foriera di ulteriori sviluppi» (41). Che tanto nell'una quanto nell'altra decisione, un ruolo preminente ai fini della declaratoria di incostituzionalità dell'automatismo punitivo sia stato svolto dal peculiare (contro) interesse coinvolto, quello del minore, è testimoniato da due distinte circostanze: da un lato, nello stesso periodo, ma in riferimento ad altre pene accessorie, ad esempio quelle contemplate per le ipotesi di condanna per bancarotta fraudolenta, la Corte, pur auspicando un intervento del legislatore volto a riformare il sistema comunque problematico delle pene accessorie (42), ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni proposte trincerandosi dietro il tradizionale limite che non consente al giudice costituzionale di sostituirsi al legislatore in materia penale (salvo poi tornare sul punto nel 2018) (43); dall'altro, è stato lo stesso giudice delle leggi a sottolineare il diverso quadro normativo, impreziosito dai contri-

(37) Il riferimento è a M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *G. cost.* 2012, 1, p. 377 ss.

(38) Cfr. in tema A. RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)*, in *ConsultaOnline.it*, 17 marzo 2014.

(39) Il riferimento è alla sentenza n. 236 del 2016 dove è stata rilevata la manifesta sproporzione della cornice editale (da cinque a quindici anni) «se considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita». Attraverso una maggiore mitizzazione dell'intervento punitivo statale, la decisione ha consentito, in concreto, soluzioni sanzionatorie capaci di ridurre le ripercussioni negative che l'applicazione della pena è destinata a produrre sul minore che, nel reo, abbia un suo idoneo *caregiver*.

(40) Corte cost. sent. n. 7 del 2013, p. 6 del *Cons. dir.*: «la questione risulta fondata anche sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori».

(41) *Ex multis*, cfr. V. MANES, *La Corte ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma 1, Cost.)*, in *Dir. pen. contemp.*, 28 gennaio 2013.

(42) Sulla tematica in generale, cfr. P. DE FELICE, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Milano 1988; S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova 1986; P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano 1984; A. VIRGILIO, *Le pene accessorie nel momento attuale*, Napoli 1991.

(43) È il caso deciso da Corte cost. sent. n. 134 del 2012 dove la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, l.f., in riferimento agli artt. 3, 4, 27, comma 3, 41 e 111 Cost., nella parte in cui prevedeva l'applicazione di pene accessorie per la durata fissa di dieci anni, in quanto i rimettenti avrebbero richiesto (mediante l'aggiunta delle parole "fino a") un'addizione normativa che – essendo solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili – non avrebbe costituito una soluzione costituzionalmente obbligata, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore. Successivamente la Corte è tornata sul problema con la sent. n. 222 del 2018 con una pronuncia manipolativa.

buti sovranazionali, che nel frattempo si è andato via via componendo distinguendosi non poco da quello esistente al momento in cui, con l'ord. n. 723 del 1988, fu dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della pena accessoria in riferimento al delitto di alterazione dello stato (44).

### 5. Una recente pronuncia conferma l'imprescindibile ruolo del giudice

Tra le pronunce più recenti del giudice costituzionale che possono considerarsi appartenenti a questo filone inaugurato una decina di anni fa, deve necessariamente segnalarsi la decisione n. 102 del 2020, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis c.p. nella parte in cui stabilisce l'automatismo della pena accessoria consistente nella sospensione della responsabilità genitoriale, per un tempo doppio rispetto alla durata della pena principale, nei confronti del genitore condannato per il reato di sottrazione all'estero di minore.

La Corte costituzionale è giunta alla sua decisione d'incostituzionalità sostanzialmente perché ha rifiutato ogni forma di presunzione in un terreno, come già detto, molto delicato quale è quello del rapporto genitori-figli.

Le questioni di costituzionalità insistenti sull'art. 574-bis c.p. ruotavano sostanzialmente attorno a tre profili: l'imposizione al giudice penale dell'obbligo di irrogare la sanzione accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale sempre e comunque, anche quindi qualora l'interesse del minore fosse di segno contrario; la conseguenza, a questo punto automatica, per la quale il minore verrebbe leso nel suo diritto a mantenere una relazione con entrambi i genitori; l'impossibilità, per il giudice, di esercitare quella (anche minima) discrezionalità valutativa nello specifico caso concreto.

Il complesso delle censure avanzate dal giudice *a quo* viene ricondotto interamente nell'alveo dei principi costituzionali ex artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., la cui portata assiologica, peraltro rafforzata sul piano sovranazionale, in particolare con l'art. 24, comma 2, CDFUE e con l'art. 8 Cedu, ma anche la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo dell'ONU, è già capace di apprestare la miglior tu-

tela, in termini di concreta considerazione, degli interessi del minore (45).

Il ragionamento della Corte si è sviluppato per successive *step* di irragionevolezza (e dunque incostituzionalità) dell'automatismo sottoposto al suo giudizio. Pur riconoscendo nel reato di sottrazione e trattenimento all'estero di minore una fattispecie criminosa di "elevata" gravità, nel suo offendere tanto l'altro genitore che il minore stesso (46), questo non deve escludere che il carattere pregiudizievole dell'interesse del minore, derivante dell'eventuale mantenimento in capo all'autore del reato della responsabilità genitoriale, debba essere valutato in concreto. Questo perché la pena accessoria in discussione ha un tratto distintivo e peculiare rispetto ad altre, ovvero incide "su una relazione", quella tra genitore e figlio (47). La sospensione della responsabilità genitoriale, anche se non comporta *ex se* un divieto di convivenza, sopprimendo l'intero fascio di diritti, poteri e obblighi inerenti il concetto di responsabilità genitoriale (ad esempio perdita di rappresentanza legale del figlio sul piano dei rapporti patrimoniali), impedisce al genitore di assumere decisioni per il figlio, e quindi di prendersi *cura* di quest'ultimo. A questa situazione, proprio perché potenzialmente lesiva della dimensione non solo giuridica, ma affettiva e relazionale del minore, può giungersi solo accertandosi, e dunque valutando in concreto, che quella sospensione risponda all'interesse del minore. Certo, non può presumersi, come ha fatto il legislatore, che essa sia *sempre* e *comunque* la soluzione ottimale per il minore. Un automatismo di tal genere è incapace di "guardare" la dimensione relazionale tra genitore (autore del reato) e figlio e dunque di cogliere ogni piccolo elemento, anche della sua evoluzione successiva al reato stesso, che invece può dire – e non poco – sulla importanza, innanzitutto proprio per il minore, di tenere viva quella relazione. Non sorprende, pertanto, la perentorietà con cui il giudice costituzionale ha riconosciuto la scelta del legislatore viziata da "cecità": una diagnosi pesante, intrisa di significati, e senza alibi. Apprezzare le circostanze di fatto esistenti al momento dell'applicazione della pena, tenendo conto di tutto quanto accaduto anche dopo la condotta criminosa del genitore, è valutazione imprescindibile giacché proprio quelle potrebbero «aver evi-

(44) Corte cost. sent. n. 31 del 2012, p. 3.1. del *Cons. dir.*

(45) Corte cost. sent. n. 102 del 2020, p. 4 del *Cons. dir.*

(46) Sugli effetti a lungo termine di simili condotte, cfr. F.L. GREIF, *A Parental Report on the Long-Term Consequences for Children of Abduction by the Other Parent*, in *Child Psychiatry*

*and Human Development*, Vol. 31(1), in *Fall*. 2000, p. 59 ss.; N. MARTÍN, *International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview*, in *Fam. Law Quart.* 2014, n. 2, vol. 48, p. 319 ss.

(47) Corte cost. sent. n. 102 del 2010, p. 5.2 del *Cons. dir.*



denziato come il mantenimento del rapporto con il genitore autore della sottrazione o trattenimento all'estero non risulti pregiudizievole per il minore, e anzi corrisponda a un suo preciso interesse, che lo Stato avrebbe allora il dovere di salvaguardare, in via preminente rispetto alle stesse esigenze punitive nei confronti di chi abbia violato la legge penale» (48).

Sulla scorta di queste argomentazioni, e di altre dello stesso tenore, la Corte ha optato per una sentenza sostitutiva che, in luogo del dovere di irrogare la pena accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale in conseguenza della condanna per il reato di sottrazione o mantenimento all'estero del figlio minore, prescrive il dovere di valutazione del caso di specie da parte del giudice quale unica condizione legittimante l'adozione di qualsiasi tipo di provvedimento che, disponendo sulla responsabilità genitoriale, incide nella relazione genitore-minore, e quindi, sull'ampio e complesso fascio di interessi di quest'ultimo.

## 6. Non un principio “pigliatutto”: in nome dei *best interests* non si può “far tutto”

Se il principio dei *best interests of the child* non viene inteso correttamente, secondo cioè direttrici tracciate già quarant'anni fa dalla Corte costituzionale italiana, può condurre a conseguenze difficilmente compatibili con un ordinamento costituzionale come il nostro nel quale la coesistenza di molteplici valori e interessi, e quindi di principi costituzionali, trova soddisfazione solo attraverso un equilibrato bilanciamento.

Il rischio di fraintendimento della portata del principio stesso, e quindi l'idea per cui in nome della tutela degli interessi dei minori si possa “far tutto”, anche intestarsi una competenza che il legislatore attribuisce a un altro organo giurisdizionale, è venuto recentemente in risalto nel caso risolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 57 del 2021, in tema di autorizzazione dei colloqui dei detenuti-genitori con i figli minorenni.

Nel corso di un procedimento *de potestate*, nel quale veniva dichiarata la decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti di due detenuti condannati in via definitiva e sottoposti al regime speciale *ex art. 4-bis*, comma 2, ord. penit., il Tribuna-

le per i minorenni di Reggio Calabria ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020 perché ha ritenuto che questa disposizione – con la quale, per far fronte all'emergenza Covid, il legislatore ha consentito in via temporanea lo svolgimento dei colloqui cui hanno diritto i detenuti nella modalità a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria (...) o mediante corrispondenza telefonica – avesse come destinatari i soli detenuti in regime ordinario, escludendo pertanto i detenuti sottoposti al regime speciale. Una tesi portata avanti dal Tribunale remittente all'esito di un'articolata ricostruzione secondo la quale, essendo i colloqui con i figli minori strumenti bivalenti, cioè funzionali all'interesse del detenuto-genitore ma anche a quelli del minore, lo stesso Tribunale per i minorenni non potrebbe funzionalmente sottrarsi a dire in qualche modo la sua in tema, nella prospettiva della primaria tutela degli interessi psico-relazionali dei minori stessi.

La Corte ha ritenuto precluso l'esame del merito della questione in ragione di un assorbente profilo d'inammissibilità riconducibile al difetto di competenza del giudice *a quo* che, per consolidata giurisprudenza costituzionale, al pari di quello di giurisdizione, può essere rilevato, stante l'autonomia del giudizio di costituzionalità rispetto a quello da cui proviene la questione, solo quando esso sia palese, ovvero riscontrabile *ictu oculi*. Ed in effetti, alcun dubbio vi può essere in tema di competenza per le autorizzazioni dei colloqui dei detenuti la quale, in base al chiaro dato letterale *ex art. 18*, comma 10 ord. penit., una volta intervenuta la sentenza, e quindi poi per i condannati in via definitiva, spetta al direttore dell'istituto penitenziario, le cui decisioni sono impugnabili in sede di reclamo dinanzi al magistrato di sorveglianza. L'unica autorità giurisdizionale competente sulle autorizzazioni dei colloqui è quindi il magistrato di sorveglianza (ed eventualmente il Tribunale di sorveglianza), non essendo previsto dal legislatore nessun potere in capo al Tribunale per i minorenni il quale, pertanto, non avrebbe dovuto applicare all'interno del suo giudizio la norma (poi) sospettata di incostituzionalità. Da qui, l'irrelevanza della questione (49).

(48) Corte cost. sent. n. 102 del 2020, p. 5.3.2. del *Cons. dir.*, dove si legge: «Ciò tanto più quando – come è in effetti avvenuto nel caso oggetto del giudizio *a quo* – le stesse autorità giudiziarie italiane competenti nei paralleli procedimenti civili concernenti la salvaguardia degli interessi del minore, successivamente alla sottrazione o al trattenimento illeciti all'este-

ro, abbiano deciso di affidarlo – in via condivisa o addirittura esclusiva – proprio al genitore autore del reato, ritenendolo il più idoneo a farsi carico degli interessi del figlio».

(49) Sia consentito il rinvio a G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e Tribunale per i minorenni: una competenza che (ad oggi) non c'è*, in corso di pubblicazione in

Interessante è quanto detto dal giudice costituzionale in risposta allo sforzo argomentativo compiuto dal giudice remittente e volto proprio ad intestarsi un ruolo nell'ambito del potere autorizzatorio dei colloqui dei detenuti con i figli minorenni: la Corte, infatti, ha osservato come, in realtà, l'interesse dei minori venga in rilievo in molte disposizioni dell'ordinamento penitenziario, e per istituti che appaiono, rispetto all'interesse del minore "finanche più pregnanti" degli stessi colloqui (50), senza che questo comporti una competenza del Tribunale per i minorenni in qualche modo aggiuntiva rispetto a quella prevista dal legislatore (nel caso degli esempi portati, quella del magistrato di sorveglianza).

Si tratta di affermazione di sicuro interesse in quanto evidenza il carattere "trasversale" della tutela degli interessi dei minori: la concreta e seria presa in carico delle esigenze dei minori, nel suo essere una sensibilità autentica costruitasi nel tempo e in più sedi, nazionali e sovranazionali, è fatto che ormai pesa nei processi decisionali, anche in materia penale, e che più in generale oggi permea tutte le istituzioni. Un principio di tal specie, nel quale confluiscono e si intersecano una moltitudine di interessi, di situazioni e di relazioni, non può essere riservato a (o esclusivo di) alcune autorità e, conseguentemente, precluso ad altre. E, a maggior ragione, non può essere utilizzato come grimaldello per scardinare l'attribuzione delle competenze che è rimessa al legislatore.

## 7. Alcune conclusioni

Il principio dei *best interests of the child* opta per un metodo, quello capace di assicurare, ogni qual vol-

ta si debba assumere una decisione potenzialmente idonea incidere, direttamente o meno, sulla situazione soggettiva di un minore, un processo decisionale che garantisca la presa in carico di tutti i bisogni e le esigenze particolari avvertite e avvertibili dal minore coinvolto.

Quale e cosa sia il miglior interesse del minore non è mai inquadrabile *a priori* (51). In fondo, l'indeterminatezza è una connotazione tipica di questo principio (52). Secondo la Corte costituzionale sudafricana, questa stessa indeterminatezza ne rappresenta anche la sua più grande forza, perché assecondando le specificità di ogni singola situazione, apre a una valutazione delle plurime sfaccettature insite in essa, consentendo un approccio autenticamente *child-centred* (53). Che vi sia un certo margine, come per tutti i principi, è necessario, e quantomai opportuno in un ambito così complesso e delicato. Ma occorre anche tener presente come siano altresì necessari dei criteri che evitino – come per tutti i principi – che sia l'adesione personale del giudice a muovere le decisioni (54). Un metodo, dunque, che, come detto chiaramente dalla Corte costituzionale sin dalla sent. n. 11 del 1981, esige tanto il legislatore, che prevede con una visione anche di sistema, quanto il giudice che, nella propria (e peculiare) posizione intermedia tra testo (del legislatore) e contesto (del suo caso), è colui che meglio può cogliere la molteplicità delle vicende umane (55). A condizione che eserciti il suo potere, oltre che con grande responsabilità, con le adeguate competenze. A tal proposito, che il ruolo del Tribunale per i minorenni, organo nel quale la composizione mista, che prevede accanto a due magistrati togati due esperti in altre discipline (56),

*R. it. d. proc. pen.* 2021, n. 2, p. 721 ss.

(50) Quali la detenzione domiciliare speciale della madre per accudire i figli in tenera età (art. 47-*quinquies*), e l'assistenza all'esterno dei figli stessi (art. 21-*bis*).

(51) Si tratta di esito che dipende da fattori culturali e religiosi, cfr. P. ALSTON, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford 1994.

(52) J. ELSTER, *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge 1989; R.H. MNOOKIN, *Foster Care: In Who's Best Interest?*, in *Harv. Educ. Rev.*, vol. 43, 1973, p. 599 ss.; M. FREEMAN, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Leiden and Boston, MA 2007; C. BREEN, *The Standard of the Best Interest of the Child*, The Hague, London and New York 2002.

(53) Nella Costituzione del Sud Africa è previsto che: «[a] child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child» (Sec. 28, 2). La Corte costituzionale ha osservato che: «this Court has recognised that it is precisely the contextual nature and inherent flexibility of section 28 that constitutes the source of its strength. Thus, in Fitzpatrick this Court held that the best interests principle has "never been given exhaustive content", but that "[i]t is necessary that

the standard should be flexible as individual circumstances will determine which factors secure the best interests of a particular child. "29 Furthermore "(t)he list of factors competing for the core of best interests [of the child] is almost endless and will depend on each particular factual situation". "30 Viewed in this light, indeterminacy of outcome is not a weakness. A truly principled child-centred approach requires a close and individualized examination of the precise real-life situation of the particular child involved. To apply a pre-determined formula for the sake of certainty, irrespective of the circumstances, would in fact be contrary to the best interests of the child concerned"», così *Constitutional Court of South Africa*, M. v. The State, 26 september 2007, par. 24.

(54) Sul tema, in generale, si rinvia a N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.* 2015, 4, p. 919 ss. In particolare, sul tema in oggetto, cfr. M. SKIVENES, *Judging the Child's Best Interests: Rational Reasoning or Subjective Presumptions?*, in *Acta Sociol.* 2010, 4, vol. 53, p. 339 ss., in part. p. 350 ss.

(55) G. LANEVE, *Legislatore e giudici*, cit., *passim*.

(56) Ai sensi dell'art. 2 del r.d. n. 1404 del 1934, (Istituzione e composizione dei Tribunali per i minorenni), così come modi-

è essenziale per «un accertamento non solo di fatti ma anche e soprattutto di personalità» (57), debba, nella “trasversalità” del principio della tutela dei minori di fatto ribadita recentemente dalla Corte costituzionale, rimanere quello di mero raccordo

con altri giudici, anche con il giudice penale, ovvero possa acquisire ulteriori e nuovi spazi, per mano del legislatore, è questione che merita una riflessione ulteriore.



---

ficato dall'art. 4 della legge n. 1441 del 1956: «In ogni sede di Corte di appello, o di sezione di Corte d'appello, è istituito il Tribunale per i minorenni composto da un magistrato di Corte d'appello, che lo presiede, da un magistrato di tribunale e da due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti dell'assisten-

za sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età».

(57) Cass. civ., sez. I, sent. 28 dicembre 1989, n. 5812.