

■ **RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE** ■

Anno LXIII Fasc. 4 - 2020

ISSN 0557-1391

**RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA
COSTITUZIONALE**

Estratto

 **GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE**

Giuseppe Laneve

PENE ACCESSORIE CHE INCIDONO
SULLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE:
DALLA “CECITÀ” DELL’AUTOMATISMO
LEGISLATIVO ALLO SGUARDO
SULLA RELAZIONE GENITORE-FIGLIO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Pretesa punitiva statale (nei confronti dei genitori) *versus* tutela del minore. — 2.1. Il *favor minoris* (già) ben radicato nel tessuto costituzionale: cenni. — 2.2. Il volto *child-sensitive* dell’ecuzione penitenziaria: cenni. — 2.3 Il filone giurisprudenziale sulle pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale. — 3. La sospensione della responsabilità genitoriale a seguito del reato di sottrazione o trattenimento all’estero del minore. — 3.1. La decisione n. 102 del 2020 svela la “cecità” dell’automatismo che comporta la pena accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale. — 4. Lo sguardo sulla complessità dei rapporti genitori-figli. — 4.1. Minore consenziente alla sottrazione (o al trattenimento) e rapporto problematico con l’altro genitore: qualche dubbio. — 5. Conclusioni.

2078

1. *Premessa.* — Si è costruita nel tempo, ha avuto bisogno di più sedi, nazionali e sovranazionali, e dell’influsso di studi maturati a diverse latitudini⁽¹⁾, ma quella della concreta e seria presa in carico delle esigenze dei minori, oggi, non è più soltanto un’autentica sensibilità, bensì un fattore che pesa nei processi decisionali, capace di orientare, incidere, determinare, anche in materia penale.

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, e quindi ogniqualvolta un organo pubblico sia chiamato a prendere una decisione sulla sua vita⁽²⁾. 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

¹ Da ultimo, cfr. S. FONT - E.T. GERSHOFF, *Foster Care and Best Interests of the Child. Integrating Research, Policy and Practice*, Springer, Cham, 2020. In una prospettiva comparata, cfr. C. BREEN (a cura di), *The Standard of the Best Interests of the Child: a Western Tradition in International and Comparative Law*, Nijhoff, The Hague, 2002. Si tratta di principio che si sta affermando anche in ordinamenti più problematici, cfr. S. NOORI - M. TORABI, “The Principle of Protecting the Best Interests of the Child in Shia Jurisprudence and Iran’s Legal System with Emphasis on Custody (New Understanding of a Traditional Legal Concept)”, in *Asian Journal of Legal Education*, 2019, I-II, 67 ss.

² Su tutti E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, in part. 15 ss.

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

nel settore della giustizia penale, vedono il minore come destinatario immediato, ma anche quelle che si ripercuotono su quest'ultimo, pur essendo indirizzate verso altri soggetti (e, quindi, i genitori *in primis*)⁽³⁾.

Non c'è nessuna pretesa di superiorità, di prevalenza gerarchica del principio dei *best interests* su ogni altro interesse in gioco⁽⁴⁾. 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 l'unicità di quelle stesse situazioni⁽⁵⁾. 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*, tra *rigidità* e *flessibilità*, tra *astrattezza* e *concretezza*⁽⁶⁾.

Lo testimonia perfettamente, peraltro, la declinazione italiana del principio dei *best interests*, quella che affonda le proprie radici in un'importante pronuncia dei primi anni

³ “In criminal cases, the best interests principle applies to children in conflict (i.e. alleged, accused or recognized as having infringed) or in contact (as victims or witnesses) with the law, as well as children affected by the situation of their parents in conflict with the law”, così 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) 29.5.2013, 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 *Diritto penale e processo*, 2018, X, 1347 ss.; si vedano anche H. MILLAR - Y. DANDURAND, “The Best Interests of the Child and the Sentencing of Offenders with Parental Responsibilities”, in *Criminal Law Forum*, 2018, II, 227 ss.; J. MURRAY - D. P. FARRINGTON, “The Effects of Parental Imprisonment on Children”, in *Crime and Justice*, 2008, I, 133 ss.; C. BOUDIN, “Children of Incarcerated Parents: The Child's Constitutional Right to the Family Relationship”, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2011, I, 77 ss.

⁴ Vedi anche E. LAMARQUE - G. LANEVE, “I profili giuridici dell'adozione dei minori di età”, in A. FERMANI - M. MUZI (a cura di), *La 'vulnerabilità unica' in adozione. Paradigmi teorici, ricerche e riflessioni*, Aras, Fano, 2019, 189 ss., in part. 202, dove si chiarisce che “la traduzione italiana dell'espressione inglese nei termini di 'superiore' o 'preminente' interesse del minore è infedele, e porta con sé molte ambiguità, perché suggerisce che all'interesse del minore debba sempre essere assegnata assoluta prevalenza su qualsiasi altro diritto fondamentale altrui e su qualunque altro bene di rilievo costituzionale eventualmente in gioco. L'espressione inglese, invece, non autorizza affatto una simile conclusione. *Interests* è al plurale, e dunque la parola vuole indicare i vari possibili interessi/esigenze/bisogni che ogni bambino nutre; *best*, è come noto, il superlativo relativo di *good*, buono. In omaggio al dato letterale, quindi, la versione anglo-americana del principio richiede semplicemente che i 'miglior' — 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”.

⁵ S. SILEONI, “L'autodeterminazione del figlio tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia”, in *Quaderni costituzionali*, 2014, III, 606 ss., in part. 624.

⁶ Sui rischi legati a una deriva casistica nell'ambito del diritto di famiglia, cfr. A. MANIACI, “Legge versus giurisprudenza (con speciale riguardo alla materia giusfamiliare)”, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, XIII. In tema, cfr. G. PUCCINI, “Legislatore e giudici nell'evoluzione del diritto di famiglia”, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2019, VI.

GIUSEPPE LANEVE

Ottanta a firma Leopoldo Elia (7): nel richiedere tanto la *rigidità*, di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori, intesi astrattamente nel loro insieme, quanto la *flessibilità*, ovvero l'esigenza di modulare la soluzione più idonea per lo sviluppo a tutto tondo (affettivo, relazionale, sociale, culturale, etc.) del minore in una determinata fattispecie concreta (8), essa rispecchia in modo paradigmatico la coesistenzialità, pur nelle inevitabili difficoltà delle società complesse, del legislatore, da un lato, e dei giudici, dall'altro (9).

Ed è proprio il processo, incessante e soggetto a plurime variabili, di continua diversificazione del reale, che trova all'interno delle dinamiche della famiglia uno dei terreni prediletti (10), a spingere, altrettanto incessantemente, verso la difficilissima, per nulla esente da errori (11), ma necessaria, ricerca della sintesi, del punto di equilibrio tra rigidità e flessibilità.

2. *Pretesa punitiva statale (nei confronti dei genitori) versus tutela del minore.* — In questo scenario più ampio, nel quale è dunque possibile cogliere la contrapposizione tra “la

⁷ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 11 del 1981.

⁸ 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: vedi ad esempio Corte Cass. civ., I, 11 novembre 2014, n. 24001.

⁹ In quella che rimane una direzione di marcia obbligatoria, la tutela sistemica dei diritti, al legislatore, legittimato dal circuito della rappresentanza democratica, spetta la (fondamentale) posizione dei testi normativi, che devono sempre più proporsi in termini generali, essenziali e duttili (cfr. A. RUGGERI, “Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali”, in *ConsultaOnline.it*, III/2015, 787); testi, costruiti in siffatto modo, che a loro volta “trascorrono”, in una tensione dialettica continua, verso il giudice al quale, nella sua specifica posizione intermedia tra testo e contesto fattuale, spetta la (altrettanto fondamentale) estrapolazione dal (e nel) testo della regola per il suo caso. Sia consentito il rinvio a G. LANEVE, “Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni”, in *RivistaAic.it*, 2018, IV, 421 ss., in part. 445.

¹⁰ Cfr. A. RUGGERI, “Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale”, in *RivistaAic.it*, 2017, II, in part. 10. Si veda recent. M. GARBELLOTTI, “La famiglia italiana di età moderna, una realtà multifforme. Percorsi di ricerca nell'ultimo ventennio”, in *Studi storici*, 2020, III, 777 ss. In tema, cfr. anche M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016; F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti a suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014. Per uno sguardo alla dimensione europea, cfr. G. FERRANDO, “Le relazioni familiari nella Carta dei Diritti dell'Unione europea”, in *Politica del diritto*, 2003, III, 347 ss. Recent. L. CARPANETO, *Autonomia privata e relazioni familiari nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2020. In riferimento all'ordinamento CEDU, cfr. C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze, 2019.

¹¹ S. LEONE, “Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento”, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, I, 12, osserva che “laddove occorra determinare conseguenze giuridiche a partire da fatti difficilmente accertabili, non di rado perché relativi alla dimensione interiore dell'individuo, ma che al contempo, per l'identica ragione, meriterebbero di essere riscontrati casisticamente, alla luce delle specifiche caratteristiche del singolo, l'ordinamento si trova di fronte a un bivio; un bivio che di fatto costringe ad optare per l'approccio comportante il minor sacrificio possibile dell'uguaglianza: lo strumento livellatore dell'automatismo o, appunto, il ricorso ad una regolamentazione flessibile o per lo meno cedevole. Si tratta di due opzioni molto diverse tra loro, eppure entrambe implicanti un margine di errore: l'errore dato dall'approssimazione della regola legislativa rigida, in un caso, l'errore dato dalle difficoltà di accertamento del giudice (anzi, dei tanti giudici), nell'altro”.

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

pretesa punitiva statale”, nei confronti dell’adulto, e l’“esigenza di tutela del minore”⁽¹²⁾, si colloca la sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2020. La pronuncia s’innesta in un filone giurisprudenziale che ha preso il via qualche anno fa e volto a “bonificare” il sistema penale da automatismi punitivi incidenti sull’esercizio della responsabilità genitoriale⁽¹³⁾, 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”⁽¹⁴⁾) ha trovato, esplicitandolo, il suo specifico orientamento di senso verso (innanzitutto) l’adempimento dei doveri nei confronti dei figli⁽¹⁵⁾. 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,

¹² Corte cost., sent. n. 239 del 2014, p. 8 del Considerato in diritto.

¹³ G. MANTOVANI, “Quando il reo è genitore”, cit., 1347. Per i commenti alla sentenza n. 102, cfr. L. DELLI PRISCOLI, “Sottrazione internazionale dei minori e ‘the best interest of the child’ quale interesse alla bigenitorialità”, in *La Giustizia Penale*, 2020, VIII-IX, 239 ss.; J. BURATO, “Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale e *best interests of the child*”, in *Penale Diritto e Procedura*, 2020, III, 623 ss.; M. PICCHI, “Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Nota a margine della sentenza n. 102 del 2020”, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, V, 208 ss.; G. LEO, “Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale”, in *Sistemapenale.it*, 1 giugno 2020; R. RUSSO, “Sottrazione di minori e sospensione della responsabilità genitoriale: incostituzionale l’automatica applicazione della pena accessoria (nota a Corte costituzionale 29 maggio 2020, n. 102)”, in *www.giustiziainsieme.it*, 22 giugno 2020; P. PITTARO, “La sospensione della responsabilità genitoriale come pena accessoria: incostituzionale se automatica”, in *Famiglia e diritto*, 2020, X, 898 ss.; L. LEO, “‘The best interest of the child’ e sottrazione di minori all’estero. Note a margine della sentenza della Corte cost. n. 102/2020”, in *federalismi.it*, 2020, XXV, 182 ss.

¹⁴ La nuova espressione è stata introdotta dall’art. 93, lett. c) del d.lgs. 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 in precedenza aveva sostituito, per effetto dell’art. 122 della legge 24 novembre 1981, n. 689, la precedente formula di “patria potestà”.

¹⁵ Ampiamente in tema cfr. B. LIBERALI, “(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli ‘ossimori costituzionali’ nella cura dei figli”, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2018, III, in part. 4. Come peraltro ricorda G. GIACOBBE, “Educazione della prole, progetto educativo e ruolo della famiglia: spunti per una riflessione”, in *Iustitia*, 2012, IV, 429, “il genitore non è soltanto investito del potere strumentale all’adempimento del dovere, ma è titolare del diritto soggettivo il cui contenuto è rappresentato dall’adempimento di quel dovere, in un contesto nel quale l’educazione del minore costituisce la realizzazione dell’interesse genitoriale”. Sulla nuova nozione di responsabilità genitoriale, si vedano S. VERONESI, *La responsabilità genitoriale: autonomia dei genitori e tutela del minore*, Giuffrè, Milano, 2020; M. PETRONELLI, *I nuovi profili della responsabilità genitoriale: diritti, doveri e tutele: (opera aggiornata alla legge 19 luglio 2019, n. 69, c.d. Codice rosso)*, Duepuntozero, Roma-Molfetta, 2019; F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia, responsabilità genitoriale e intervento pubblico*, Aracne, Roma, 2018; F. ROMEO, *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017; A. FIGONE - E. RAVOT, *Responsabilità genitoriale: contenuto, limitazioni e decadenza*, Giuffrè, Milano, 2016; 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*, Utet, Torino, 2011, 3 ss.; V. MONTARULI, “Dalla potestà alla responsabilità genitoriale alla luce della recente riforma della filiazione”, in C. COTTATELUCCI (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, 2016, 189 ss.; A. FASANO - S. MATONE, *I conflitti della responsabilità genitoriale*, Giuffrè, Milano, 2013; M. SESTA - A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*, Giuffrè, Milano,

GIUSEPPE LANEVE

come conseguenza della condanna inflitta per determinati delitti a chi è genitore, l'applicazione della pena accessoria consistente nella perdita della responsabilità genitoriale.

Dall'angolo visuale del diritto penale, la pronuncia in commento rivela il suo interesse in quanto conferma che, in alcuni casi, la pena può essere determinata distanziandosi — anche di poco — dall'ottica esclusivamente reocentrica per prendere in seria considerazione gli effetti che quella pena è in grado di produrre su soggetti terzi, i minori appunto; dal punto di vista del diritto costituzionale, invece, in essa 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 azzerava gli spazi discrezionali in sede di applicazione⁽¹⁶⁾. Proprio in ragione di questo *modus operandi*, gli automatismi sono stati visti quasi come "portatori" di una presunzione di irragionevolezza⁽¹⁷⁾, che si riverbera sul piano dei rapporti tra poteri, legislativo e giudiziario⁽¹⁸⁾.

Senza mancare di offrire spunti di interesse suoi propri, la sentenza n. 102 del 2020, come detto, si inserisce in un solco già tracciato, che è opportuno rapidamente ripercorrere.

2.1. *Il favor minoris (già) ben radicato nel tessuto costituzionale: cenni.* — Prima, però, occorre osservare come quella *primary consideration* degli interessi del minore richiamata all'inizio del presente lavoro, via via perfezionatasi sui diversi livelli sovranazionali e oggi autentico motore propulsore di interi filoni giurisprudenziali, ha trovato un ambiente molto fertile nel nostro ordinamento costituzionale⁽¹⁹⁾. Qui, il *favor minoris*, inteso come naturale

2082

2016; G. MATUCCI, "La responsabilità educativa dei genitori fra scuola e dinamiche familiari", in G. MATUCCI - F. RIGANO, *Costituzione e istruzione*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 233 ss.

¹⁶ S. LEONE, "Automatismi legislativi", cit., 2. G. 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 *Diritto penale contemporaneo*, 2017, V, 325, per il quale attraverso l'automatismo, "l'ordinamento è segnato da disposizioni che escludono o limitano grandemente la discrezionalità giudiziale, stabilendo che determinate condizioni producano un determinato effetto senza che sia possibile, per il giudice, una verifica che nel caso concreto ricorra effettivamente la ragione giustificatrice posta a fondamento razionale della disciplina da applicare".

¹⁷ Cfr. L. PACE, "Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale", in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2014, III, in part. 1-3.; A. RUGGERI, "Eguaglianza, solidarietà", cit., 14. Sul tema, cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2016; M. CARTABIA, "Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana", in A. GIORGIS - E. GROSSO - J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino, 463 ss. In generale, si vedano sempre almeno G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

¹⁸ Vedi A. PUGIOTTO, "Conflitti mascherati da *questiones*: 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'*, Giappichelli, Torino, 2017, 497 ss.

¹⁹ Si vedano G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Cedam, Padova, 2015; F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; P. PASSAGLIA, "I minori nel diritto costituzionale", in F. GIARDINA - E. PELLECCIA, (a cura di), *Una voce per i minori. Il progetto SCREAM contro lo sfruttamento del lavoro minorile*, Titivillus, Corazzano (Pisa), 2008, 87 ss. Cfr. anche L. CASSETTI, "Art. 31", in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 640 ss. Si veda, di recente, una corposa ricostruzione della tematica, in una prospettiva anche storica, in F. COLAO,

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

forma di attenzione e promozione dei diritti della persona umana viepiù quando lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico⁽²⁰⁾, muove già dagli artt. 2 e 3 Cost., per poi radicarsi in profondità nel tessuto costituzionale⁽²¹⁾ 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 (...) persona umana al pari di ogni altro soggetto, senza alcun bisogno di esplicite quanto sovrabbondanti enunciazioni in proposito”⁽²²⁾. 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”⁽²³⁾.

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.*⁽²⁴⁾, e sostanziandosi 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)⁽²⁵⁾, va nella direzione, intrisa di significato costituzionale, del

“Il diritto per i minori, il diritto dei minori. Itinerari nell’Italia del Novecento”, in *Italian Review of Legal History*, 2019, V, 318 ss.

²⁰ Corte cass. civ., sez I, sent. 16 ottobre 2009, n. 22080.

²¹ La lettura sistematica che troverà poi posto nella riforma del diritto di famiglia del 1975, viene in qualche modo anticipata da Corte cass., sent. 8 novembre 1974, n. 3420. In tema, cfr. S. SILEONI, “L’autodeterminazione”, cit., 607-608.

²² Corte cost., sent. n. 185 del 1986. È stato osservato come la scelta di non attribuire una specifica “centralità” al concetto di minore nella Costituzione, “lungi dall’esprimere scarsa considerazione della figura del minore, sembra condurre ad una sua diversa valutazione: non più persona ‘debole’, ‘diversa’, meritevole di una generica protezione, concessa dall’alto, ma cittadino in formazione, soggetto di diritto, colto nel suo progressivo inserimento nella comunità sociale, cfr. M. DOGLIOTTI, “Sul concetto di diritto minorile: autonomia, *favor minoris*, principi costituzionali (A proposito di un recente contributo di dottrina)”, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1977, II, 954 ss.; vedi anche M. BESSONE, “Crisi del principio di autorità e tutela costituzionale del minore”, in *Giurisprudenza di merito*, 1975, I, 350 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*, Giuffrè, Milano, 1980, 37 ss. Più recen., cfr. 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: il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, V, Jovene, Napoli, 2009, 2105 ss.

²³ P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000, 304.

²⁴ G. GIACOBBE, “Educazione della prole”, cit., 431. E. LAMARQUE, “Art. 30”, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., in part. 630.

²⁵ Per le non infrequenti tensioni tra dovere (e diritto) dei genitori e diritti dei figli, cfr. ancora B. LIBERALI, “(Prima) il dovere”, cit., 5 ss.

GIUSEPPE LANEVE

pieno sviluppo della personalità del figlio ⁽²⁶⁾. 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 ⁽²⁷⁾.

2.2. *Il volto child-sensitive dell'esecuzione penitenziaria: cenni.* — Uno degli ambiti in cui più volte si è manifestata, negli ultimi anni, l'attenzione del Giudice costituzionale a 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 di fatto svelato un volto *child-sensitive* dell'esecuzione penitenziaria ⁽²⁸⁾.

²⁶ *Ex multis*, G. MATUCCI, "La responsabilità educativa dei genitori fra scuola e dinamiche familiari", cit., 234-5.; G. GIACOBBE, "Educazione", cit., 428 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?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 167 ss.; F. PATERNITI, "Lo status costituzionale", cit.; A. LOLLO, "Il dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere i figli", in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 2019, II, 139 ss. Vedi in tema anche V. TONDI DELLA MURA, "Famiglia e sussidiarietà, ovvero dei diritti (sociali) della famiglia", in *Diritto e Società*, 2005, IV, 519 ss.; G. DALLA TORRE, "Famiglia e libertà di educazione", in AA.VV., *La famiglia. Quale idea, quale politica*, Vita e Pensiero, Milano, 1985, 179 ss.

²⁷ M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France (1981-82)*, trad. it. Feltrinelli, Milano, 2003.

²⁸ Così G. MANTOVANI, "Quando il reo", cit., 1348. Si vedano la sent. n. 215 del 1990 dove, valorizzando il ruolo paterno nell'interesse del minore, la Corte dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 47 *ter*, comma 1, n. 1 ord. penit., nella parte in cui non stabiliva che la detenzione domiciliare prevista per la madre di prole in tenera età, con la stessa convivente, potesse essere concessa, alle stesse condizioni anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; la sent. n. 350 del 2003, dove l'illegittimità costituzionale è stata pronunciata nei confronti dell'art. 47 *ter*, comma 1, lett. a) ord. penit., nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare anche nei confronti della madre condannata e, nei casi previsti dall'art. 47 *ter*, comma 1, lett. b), ord. penit., del padre condannato, conviventi con un figlio con disabilità totalmente invalidante (su tale pronuncia, cfr. L. FILIPPI, "La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, VI, 3643 ss. e G. REPETTO, "La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale", *ivi*, 2004, I, 754 ss.). Di recente, la Corte è tornata su questi temi, sent. n. 18 del 20120, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche alle condannate madri di figli affetti da handicap grave indipendentemente dalla loro età, considerato che le condizioni di vita e di salute di questi ultimi tendono ad aggravarsi e ad acuirsi con l'avanzare dell'età (sulla pronuncia, cfr. G. LEO, "La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato", in *Sistemapenale.it*, 17 febbraio 2020; A. LORENZETTI, "La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela della madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza n. 18 del 2020", in *OsservatorioAic.it*, 2020, III, 632 ss.; F. GIANFILIPPI, "Madri per sempre: l'età superiore ai dieci anni del figlio con handicap grave non inibisce la concessione della detenzione domiciliare speciale richiesta per assisterlo", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, I, 172 ss. Si veda altresì Corte cost., sent. n. 177 del 2009 dove, muovendo dalla identità di *ratio* che caratterizza la detenzione domiciliare e la detenzione domiciliare speciale, la Corte ha equiparato le conseguenze derivanti dal ritarlo nel rientro da parte della detenuta madre, chiarendo che gli

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Basti, in questa sede, 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.)”²⁹). 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”³⁰). Si tratta di principi che hanno successivamente trovato altre occasioni per essere ribaditi³¹): in particolare, la sen-

interessi dei minori “non devono essere eccessivamente penalizzati dalla differenza di situazione delle rispettive madri in riferimento alla gravità dei reati commessi ed alla quantità di pena già espiata” (vedi C. FIORIO, “Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, III, 1986 ss.).

²⁹ Corte cost., sent. n. 239 del 2014, p. 9 del Considerato in diritto. 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 c.d. reati ostativi indicati dall'art. 4-bis, co. 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, co. 1, ord. penit., anche qualora la stessa non abbia prestato collaborazione con la giustizia (sulla pronuncia, cfr. F. FIORENTIN, “La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri”, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 ottobre 2014; F. SIRACUSANO, “Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, V, 3940 ss.; L. PACE, “La ‘scure della flessibilità’ colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario”, *ivi*, 3948 ss.; D. CHINNI, “Figli di un dio minore? Sull'inammissibilità della *questio legitimitatis* che sollecitava l'estensione del divieto di custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275, comma 4, c.p.p. nei confronti della madre di minore totalmente o gravemente invalido”, *ivi*, 2015, III, 849 ss.; G. TABASCO, “La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale”, in *Archivio penale*, 2015, III; A. M. CAPITTA, “Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio”, *ivi*, 2014, III; U. ZINGALES, “Benefici penitenziari alle madri di bimbi con età inferiore a dieci anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte costituzionale”, in *Minorigiustizia*, 2015, II, 186 ss. In una prospettiva più ampia, cfr. M. RUOTOLO, “Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti”, in *RivistaAic.it*, 2016, III, spec. p. 27 ss.)

³⁰ Corte cost., sent. n. 239 del 2014, p. 8 del Considerato in diritto.

³¹ 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 (a commento della pronuncia cfr. G. LEO, “Un nuovo passo”, *cit.*, e D. GALLIANI - A. PUGIOTTO,

GIUSEPPE LANEVE

tenza 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" (32). Così facendo, il legislatore ha specificamente inteso "ampliare le modalità che assicurano la continuità della funzione genitoriale" e ha

"Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?", in *RivistaAic.it*, 2017, IV; P. SECHI, "Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, II, 733 ss.; A. MENGHINI, "Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 *quinquies* ord. penit.", in *Diritto penale e processo*, 2017, VIII, 1047 ss.; D. MONE, "Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino", in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, 2017, II, 27 ss.; M. TIBERIO, "La detenzione domiciliare speciale nella lettura della Corte costituzionale", in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, VI, 593 ss.; S. TOGNAZZI, "La detenzione domiciliare della madre: bilanciamento tra tutela della collettività e tutela del minore", in *Diritto penale e processo*, 2018, VIII, 1034 ss.; E. FARINELLI, "Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello 'speciale interesse del minore', in *Processo penale e giustizia*, 2017, V, 872 ss.; G. MANTOVANI, "La de-carcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?", in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, I, 231 ss. In tema, cfr. R.I. ADORNO - C.M. LENDARO - D. PAIARDI - C.A. ROMANO (a cura di), *Donne e carcere*, Giuffrè, Milano, 2018.

³² 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 espriare in carcere. Per i commenti alla pronuncia, cfr. F. SIRACUSANO, "Tutela della continuità genitoriale e preclusioni penitenziarie: la Corte ne certifica l'assoluta incompatibilità", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, IV, 1864 ss.; M. PICCHI, "La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione di incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari", in *www.forumcostituzionale.it*, 15 marzo 2019; D.M. SCHIRÒ, "L'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile 'normale' con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018", in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, XI, 105 ss.; L. PACE, "Assistenza ai figli minori e accesso ai benefici penitenziari. La sent. cost. n. 174 del 2018 rimuove un'altra preclusione", in *Studium iuris*, 2019, IV, 433 ss.; L. CESARIS, "Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, III, 1798 ss.; L. DELLI PRISCOLI, "Diritti del minore e diritti della collettività", in *La giustizia penale*, 2018, X, parte I, 264 ss.; F. FIORENTIN, "Tutela genitoriale, una 'messa a punto' costituzionale", in *Guida al diritto*, 2018, XXXVIII, 74 ss.; A. MENGHINI, "L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione", in *Diritto penale e processo*, 2019, I, 48 ss.; E. APRILE, "Sono incostituzionali le preclusioni 'automatiche' al riconoscimento alle detenute madri del beneficio dell'assistenza all'esterno di figli di età non superiore ai dieci anni", in *Cassazione penale*, 2018, XI, 3691 ss.; M.C. SAPORITO, "Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento", in *www.processopenaleegiustizia.it*, 2019, I.

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

ritenuto che “i compiti di cura dei figli minori abbiano “lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell’attività lavorativa” (33).

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 (34).

2.3. *Il filone giurisprudenziale sulle pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale.* — L’approccio *child-sensitive* non si è limitato alla fase esecutiva della pena, ma è stato anche anticipato a quella dell’inflizione della stessa, come dimostra il filone sulle pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale nel quale si inserisce la sentenza in commento.

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 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 (consueta) 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 (35). Un’angolazione che si schiude al Giudice costituzionale grazie soprattutto al nutrito

³³ Corte cost., sent. n. 174 del 2018. Sul punto, cfr. B. LIBERALI, “(Prima) il dovere”, cit. 27.

³⁴ Come quello della difesa sociale, che viene in rilievo laddove si incide sulle modalità di esecuzione della pena, cfr. Corte cost., sent. n. 17 del 2017. In tema, cfr. S. LEONE, “Automatismi legislativi”, cit., 18. B. LIBERALI, “(Prima) il dovere e (poi) il diritto”, cit., 26. A commento della decisione, cfr. M. CAREDDA, “Il limite dell’età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, I, 98 ss.; A. GASPARRE, “Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore”, in *Cassazione penale*, 2017, IX, 3174 ss.; G. BELLANTONI, “Deroghe al carcere connesse all’età della prole (a proposito di una recente decisione della Corte costituzionale)”, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, V, 465 ss.; E. ANDOLFATTO, “Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte costituzionale sull’art. 275, comma IV, c.p.p.”, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, III, 286 ss.

³⁵ 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, I, 377 ss. In particolare, l’A., non ritenendo affatto superato quanto sostenuto nella precedente ord. n. 723 del 1988, e cioè che “non è certamente in ragione di eventuali ripercussioni negative, su terzi, che l’applicazione di sanzioni penali, principali od accessorie, può eventualmente provocare, che va dichiarata l’illegittimità costituzionale d’una determinata pena”, insiste nel ritenere che l’unico modo per conseguire lo stesso risultato sia quello di “strutturare l’applicazione del principio di ragionevolezza secondo l’usuale schema triadico”, 381. Vedi anche D. PULITANO, “Prospettive prossime e alternative strategiche. Intervento”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, III, 1360 ss. Sulla pronuncia n. 31 del 2012, cfr. anche L. FERLA, *Status filiationis* ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela, *ivi*, 2012, IV, 1585 ss.; S. LARIZZA, “Alterazione di stato: illegittima l’applicazione automatica della decadenza della potestà dei genitori”, in *Diritto penale e processo*, 2012, V, 595 ss.; A. 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, VI, 4909 ss.; M.A. FEDERICI, “Alterazione di stato e decadenza della potestà genitoriale”, in *Giur-*

GIUSEPPE LANEVE

novero di fonti sovranazionali che hanno ulteriormente sottolineato la necessità di prestare la massima attenzione agli interessi del minore nei casi in cui le decisioni incidono, o possono incidere, sullo sviluppo della sua 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⁽³⁶⁾. Com’è stato evidenziato, occorre altresì notare che successivamente, in riferimento allo stesso reato, sono 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*⁽³⁷⁾.

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 automatismo 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.⁽³⁸⁾,

2088

risprudenza italiana, 2012, VIII-IX, 1873 ss.; D. CHICCO, “Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l’automatismo della perdita della potestà genitoriale”, in *Famiglia e diritto*, 2012, V, 437 ss.; G. LEO, “Illegittimo l’automatismo nell’applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato”, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 febbraio 2012.

³⁶ A. RANDAZZO, “Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)”, in *ConsultaOnline.it*, 17 marzo 2014, 4, osserva come “Il punto fondamentale intorno al quale ruota l’impianto motivazionale della Corte consiste nella preclusione fatta al giudice di poter compiere una valutazione concreta dell’interesse del minore e quindi dell’effettiva lesione dello stesso; quest’ultimo, infatti, va considerato sulla base di una serie di elementi che consentano all’autorità giurisdizionale di individuare se l’esercizio futuro della potestà genitoriale, con tutti i poteri a quest’ultima connessi (e quindi i diritti e i doveri di educazione, di istruzione e di mantenimento), possa pregiudicare il minore, ulteriormente continuando a lederne lo sviluppo della personalità”.

³⁷ Il riferimento è alla sentenza n. 236 del 2016 dove è stata rilevata la manifesta sproporzione della cornice edittale (da cinque a quindici anni) “se considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita”. Attraverso una maggiore mitezza 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 abbia, nel reo, un suo idoneo *caregiver*. Sulla pronuncia, cfr. E. DOLCINI, “Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte ridetermina la pena per l’alterazione di stato”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, IV, 1956 ss.; D. PULITANO, “La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali”, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, II, 48 ss.; F. VIGANÒ, “Un importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena”, *ivi*, 61 ss.

³⁸ Corte cost., sent. n. 7 del 2013, p. 6 del Considerato in Diritto: “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”.

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

segnando, proprio in riferimento alla dottrina del “parametro interposto”, un’applicazione “originale e foriera di ulteriori sviluppi” (39).

Che tanto nell’una quanto nell’altra decisione, un ruolo preminente ai fini della dichiaratoria 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, 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 (40), 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) (41); dall’altro, è stato lo stesso Giudice delle leggi a sottolineare il diverso quadro normativo, impreziosito dai contributi sovranazionali, che nel

³⁹ V. MANES, “La Corte ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la ‘dottrina’ del ‘parametro interposto’ (art. 117, comma primo, Cost.)”, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 gennaio 2013, secondo cui siamo in presenza di “una pronuncia di accoglimento (...) determinata non solo dagli (evidenti) profili di irragionevolezza, ma anche dal contrasto con indicazioni — ed obblighi — ricavabili da fonti sovranazionali: obblighi che dunque — sembrerebbe leggersi in filigrana — possono contribuire non solo a campire di significato il paradigma fluido della ragionevolezza (...), ma altresì determinare autonomamente la “giustiziabilità” della norma interna, appunto in forza della antinomia registrata rispetto alle fonti sovranazionali. Se ne ricava, insomma, una ulteriore e — ci sembra — originale applicazione della dottrina del “parametro interposto”, che si dimostra così un *driver* costantemente *in progress*, decisamente prolifico e con indubbie capacità *multitasking*”. Cfr. anche E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 13. Sulla decisione n. 7 del 2013, si vedano anche M. MANTOVANI, “Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull’art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, I, 176 ss.; S. LARIZZA, “Interesse del minore e decadenza della potestà dei genitori”, in *Diritto penale e processo*, 2013, V, 554 ss.; E. APRILE, “Osservazioni a Corte cost. n. 7 del 2013”, in *Cassazione penale*, 2013, IV, 1466 ss.

⁴⁰ Sulla tematica in generale, cfr. P. DE FELICE, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Giuffrè, Milano, 1988; S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Cedam, Padova, 1986; P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1984; A. VIRGILIO, *Le pene accessorie nel momento attuale*, Jovene, Napoli, 1991.

⁴¹ 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 art. 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. In tema, cfr. ancora V. MANES, “L’intervento richiesto eccede i poteri della Consulta e implica scelte discrezionali del legislatore”, in *Guida al diritto*, 2012, XXVII, 68 ss. Successivamente la Corte è tornata sul problema con una sentenza manipolativa, la n. 222 del 2018. A commento di quest’ultima, cfr. R. BARTOLI, “Dalle ‘rime obbligate’ alla discrezionalità: consacrata la svolta”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, VI, 2566 ss.; S. LEONE, “Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a ‘rime possibili’. Nota a C. Cost. 5 dicembre 2018, n. 222”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, I, 593 ss.; A. GALLUCCIO, “La sentenza della Consulta su pene fisse e ‘rime obbligate’: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta”, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 dicembre 2018; P. PISA, “Pene accessorie di durata fissa e ruolo riformatore della Corte costituzionale”, in *Diritto penale e processo*, 2019, II, 216 ss.; A. CREMONE, “Sanzioni accessorie ai reati fallimentari: ragionevolezza delle leggi e sindacato costituzionale in campo economico”, in *federalismi.it*, 2020, II, 81 ss.; E. APRILE, “Con una sentenza manipolativa a

GIUSEPPE LANEVE

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⁽⁴²⁾.

3. *La sospensione della responsabilità genitoriale a seguito del reato di sottrazione o trattenimento all'estero del minore.* — Venendo ora al caso di specie, la vicenda da cui è originata la questione di costituzionalità risolta con la decisione n. 102 del 2020 ha visto la madre di due minori proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di Appello di Firenze⁽⁴³⁾ che, ai sensi degli artt. 574-bis e 34 c.p., e in parziale riforma della decisione del Tribunale di Grosseto, l'aveva condannata alla pena di due anni e sei mesi di reclusione e alla pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, per aver sottratto i due figli al padre, portandoli in Austria contro la volontà di quest'ultimo e in violazione del provvedimento del Tribunale per i minorenni di Firenze che aveva disposto l'affidamento condiviso dei due figli minori⁽⁴⁴⁾.

contenuto sostitutivo la Consulta 'inaugura' un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie, in *Cassazione penale*, 2019, III, 1004 ss. Vedi poi S. LARIZZA, "Durata delle pene accessorie: le Sezioni unite 'rivedono' l'interpretazione dell'art. 37 c.p. Nota a sent. Cass. pen. sez. un. 3 luglio 2019 n. 28910", in *Giurisprudenza italiana*, 2019, XII, 2739 ss.

⁴² Corte cost., sent. n. 31 del 2012, p. 3.1. del Considerato in diritto.

⁴³ Corte App. Firenze, sent. 6 aprile 2018.

⁴⁴ Il fenomeno della sottrazione internazionale dei minori è molto diffuso e ricco di complessità. Anche il legislatore europeo se n'è fatto carico promuovendo la necessità di una cooperazione tra i Paesi dell'Unione in tale settore: a tal fine, il Consiglio ha adottato il Regolamento UE 2019/1111 del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (che entrerà in vigore a partire dal 1 agosto 2022, rifondendo il Regolamento CE 2201/2003 tuttora in vigore), e che contiene anche disposizioni che integrano la Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori nelle relazioni tra Stati membri. Sulla nuova normativa europea, cfr. M. A. LUPOI, "Il Regolamento Ue n. 1111 del 2019: novità in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, II, 575 ss. Più in generale, cfr. tra i più recenti, cfr. S. D'AMATO, "L'internazionalizzazione delle relazioni familiari e la tutela del 'minore conteso': il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero", in *La legislazione penale*, 3 aprile 2020; S.P. BRACCHI, "Il 'legal kidnapping'. Sottrazione internazionale di minori nel diritto penale italiano", in *Rivista penale*, 2019, III, 237 ss.; A. CARRATTA, "Provvedimenti urgenti a tutela dei minori e sottrazione internazionale", in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2017, IV, 1257 ss.; C. CARIOTI, "La tutela del soggetto debole nei delitti di sottrazione consensuale di minorenni e di persone incapaci", in *La Giustizia penale*, 2015, X, 559 ss.; F. TRAPPELLA, "Questioni processuali in tema di sottrazione a trattenimento di minore all'estero", in *Cassazione penale*, 2014, III, 1106 ss.; M. A. LUPOI, "La sottrazione internazionale di minori: gli aspetti processuali", in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2014, I, 111 ss.; L. PICOTTI, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero: difficoltà applicative e spunti interpretativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 aprile 2015. Si segnala, peraltro, sul sito istituzionale del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, la recentissima pubblicazione, realizzata dalla Direzione Generale per gli Italiani all'Estero, della versione rivista e aggiornata del vademecum "Minori contesi - Orientamento e guida all'assistenza consolare" (consultabile in https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2020/12/manuale_minori.pdf, che si propone di offrire, evidenziando anche le diverse forme di assistenza che possono essere prestate dalla Farnesina e dalle Ambasciate e

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

La Corte di cassazione, accogliendo l'istanza della ricorrente, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 34, comma 2 e 574-bis, comma 3 c.p., costruendo da subito un'angolazione prospettica molto incentrata sull'interesse del minore: per un verso, infatti, è su quest'ultimo che ricadono gli effetti dell'automatica applicazione della pena accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, come conseguenza della condanna per il delitto di sottrazione di minore all'estero; per un altro, l'automatismo impedisce al giudice qualsivoglia forma di valutazione, di ponderazione e bilanciamento tra pretesa punitiva dello Stato e interessi del minore⁽⁴⁵⁾. Da qui la prospettata violazione dei parametri *ex artt.* artt. 2, 3, 27, comma 3, 30 e 31 Cost., nonché dell'art. 10 Cost. in relazione alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 176 del 1991.

3.1. *La decisione n. 102 del 2020 svela la "cecità" dell'automatismo che comporta la pena accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale.* — La Corte costituzionale, dopo un'accurata ricostruzione del contesto normativo nazionale e sovranazionale nel quale si inseriscono le norme impugnate, ha ritenuto inammissibile il sindacato sull'art. 34, comma 2, c.p. per diverse ragioni: perché *lex generalis* rispetto alla *lex specialis ex art. 574-bis*, comma 3 c.p., che dunque è destinata a trovare applicazione in caso di condanna per il delitto di sottrazione o trattenimento di minore all'estero; perché è disciplina applicabile alla generalità dei delitti commessi con abuso di responsabilità genitoriale (ai quali l'ordinanza di rimessione non si riferisce); infine, perché lo stesso giudice *a quo* non propone censure sul *quantum* della pena accessoria, concentrandosi invero solo sull'*an* della sua applicazione⁽⁴⁶⁾.

Limitando il suo sindacato sull'art. 574-bis c.p., la Corte giunge alla decisione d'incostituzionalità sostanzialmente perché rifiuta ogni forma di presunzione in un terreno, come già detto, molto delicato quale quello del rapporto genitori-figli.

Le questioni di costituzionalità insistenti sull'art. 574-bis c.p. ruotano 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,

Consolati, una guida pratica per fronteggiare le non poche difficoltà che si nascondono dietro tale fenomeno.

⁴⁵ Corte cass., sez. VI pen., ord. 22 gennaio 2019, n. 27705, commentata da P. GASPARI, "Sottrazione e trattenimento di minore all'estero. Ombre di incostituzionalità sulla sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale", in *Ilpenalista.it*, 16 settembre 2019; C. MINNELLA, "È incostituzionale, in caso di condanna, l'automatica sospensione della responsabilità genitoriale?", in *Diritto & Giustizia*, 2019, CXV, 6 ss.

⁴⁶ Ne consegue che, in caso di rigetto delle questioni, la Corte di cassazione dovrebbe disattendere il ricorso dell'imputata senza poter rivolgere la propria attenzione alla durata della pena accessoria irrogata. Diversamente, in caso di accoglimento delle questioni relative all'automatismo della pena accessoria, il giudice di legittimità potrebbe al più annullare il capo della sentenza impugnata relativamente all'applicazione della sanzione accessoria, rinviando gli atti al giudice di merito: di conseguenza, è a quest'ultimo che spetta valutare se irrogare la pena accessoria e, in caso affermativo, fare applicazione dell'art. 34, comma 2, c.p., ossia applicare la sanzione accessoria per una durata pari al doppio della pena irrogata, a meno che lo stesso non decida di investire la Corte costituzionale di una nuova questione di costituzionalità, opportunamente motivata, su detta norma.

GIUSEPPE LANEVE

peraltro rafforzata sul piano sovranazionale, in particolare con l'art. 24, comma 2, CDFUE e l'art. 8 CEDU, ma anche con la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo dell'ONU, è già capace di apprestare la miglior tutela, in termini di concreta considerazione, degli interessi del minore ⁽⁴⁷⁾.

Il ragionamento della Corte, da questo momento in poi, si sviluppa per successivi *step* di irragionevolezza (e dunque incostituzionalità) dell'automatismo sottoposto al suo giudizio. È vero, riconosce il Giudice costituzionale, che il reato di sottrazione e trattenimento all'estero di minore è fattispecie criminosa di "elevata" gravità, nel suo offendere tanto l'altro genitore che il minore stesso ⁽⁴⁸⁾, e capace di assumere un tono di lesività nei confronti dello stesso minore ben più significativo di quello derivante dai reati di alterazione e soppressione di stato, rispetto ai quali l'applicazione automatica della pena accessoria avente ad oggetto la responsabilità genitoriale è stata già dichiarata incostituzionale con le sentt. n. 31 del 2012 e 7 del 2013. Ciò, tuttavia, non toglie che il carattere pregiudizievole dell'interesse del minore, dell'eventuale mantenimento in capo all'autore del reato della responsabilità genitoriale, non 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 ⁽⁴⁹⁾. La sospensione della responsabilità genitoriale, pur non traducendosi in un divieto di convivenza, non comporta solo la perdita di rappresentanza legale del figlio sul piano dei rapporti patrimoniali, bensì più radicalmente, sopprimendo l'intero fascio di diritti, poteri e obblighi inerenti il concetto di responsabilità genitoriale, impedisce al genitore di assumere decisioni per il figlio, che significa, in ultima istanza, prendersi cura del figlio. A questa situazione, proprio perché potenzialmente lesiva della dimensione non solo giuridica, ma affettiva e relazionale del minore, si può giungere solo accertandosi, e dunque valutando in concreto, che quella sospensione risponda all'interesse del minore. Di certo non può presumersi, come fa il legislatore, che essa sia la soluzione ottimale per il minore, sempre e necessariamente.

Un altro motivo di irragionevolezza dell'automatismo risiede nella circostanza per cui lo stesso tipo di pena accessoria è prevista a fronte di ipotesi di sottrazione o trattenimento, *ex* commi 1 e 2 dell'art. 574-*bis*, che sono diverse, prevedendo il secondo comma una pena inferiore laddove la condotta sia stata tenuta con il consenso del figlio ultraquattordicenne: fermo restando che in entrambe le ipotesi il fatto resta gravemente lesivo nei confronti dell'altro genitore, la dimensione offensiva per il minore, afferma la Corte, "è certamente attenuata, posto che il minore stesso, ormai adolescente, vive oggi evidentemente come problematico quel rapporto". Al di là dell'effettiva portata di quest'affermazione, su cui qualcosa si dirà più avanti, lo scopo della Corte è quello di evidenziare i tanti piani inclinati e le plurime sfaccettature, che in fondo sono quelle tipiche delle dinamiche familiari, soprattutto conflittuali, che possono ricostruirsi dietro la commissione di reati come quelli della sottrazione o trattenimento di minore all'estero e che, come tali, non possono autorizzare a "desumere meccanicamente" il pregiudizio in danno del minore dal mantenimento della responsabilità genitoriale in capo a colui che quel reato commette ⁽⁵⁰⁾.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 102 del 2020, p. 4 del Considerato in diritto.

⁴⁸ Sugli effetti a lungo termine di simili condotte, cfr. G. L. GREIF, "A Parental Report on the Long-Term Consequences for Children of Abduction by the Other Parent", in *Child Psychiatry and Human Development*, 2000, I, 59 ss.; N. G. MARTÍN, "International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview", in *Family Law Quarterly*, 2014, II, 319 ss.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 102 del 2010, p. 5.2 del Considerato in diritto.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 102 del 2020, p. 5.3.1. del Considerato in diritto. In tema, più in generale, cfr. F. MAOLI - G. SCIACCALUGA - S. LEMBRECHTS - T. VAN HOF - L. CARPANETO - T. KRUGER - W. VANDENHOLE, "Understanding the Best Interests of the Child in EU Child Abduction Proceedings: Perspectives from the Case Law", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, II, 337 ss.

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Il terreno è pronto per sferrare l'“attacco finale” all'automatismo sanzionatorio e alla conseguenza che questo innesca, riconosciuta affetta da “cecità”, termine utilizzato per la prima volta per definire una scelta del legislatore: una diagnosi pesante, intrisa di significati, e senza alibi, redatta sulla base soprattutto di un “valore” che non sembra davvero lasciare margini di errore. Quel tipo di automatismo 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. 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 evidenziato 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”⁽⁵¹⁾.

Vi è, infine, un ulteriore profilo di irragionevolezza della pena accessoria in questione, legata al momento temporale in cui la stessa viene eseguita che, invero, non coincide con quello della irrogazione della pena principale, bensì con quello in cui quest'ultima diviene definitiva. Prima che ciò accada, le diverse autorità giurisdizionali che intervengono nel corso del procedimento penale, g.i.p., tribunale e corte d'appello, mantengono un ampio margine di valutazione delle condizioni espresse in concreto dal caso, all'esito del quale, possono anche adottare un provvedimento cautelare di sospensione della responsabilità genitoriale che, però, troverebbe così, fondamento proprio nella specificità del caso stesso. Questo significa che il sistema messo in piedi dalla norma impugnata può prefigurare uno scenario ulteriormente pregiudizievole nei confronti del minore: questi, infatti, potrebbe trovarsi nella situazione per cui la relazione sostanziale con il genitore autore del reato in una prima fase, quella procedimentale e processuale immediatamente successiva alla commissione del reato, verrebbe salvaguardata — tanto è vero che solo una concreta valutazione di uno dei giudici interessati potrebbe al più sospendere l'esercizio della responsabilità genitoriale — per poi venire irrimediabilmente compromessa e sacrificata una volta che la condanna dovesse divenire definitiva, circostanza che peraltro di solito interviene a distanza di diversi anni⁽⁵²⁾.

Il complesso delle ragioni argomentate dalla Corte, qui rapidamente ripercorse, conduce il Giudice costituzionale ad adottare 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, prescriva 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.

4. *Lo sguardo sulla complessità dei rapporti genitori-figli.* — L'articolato percorso argomentativo compiuto dal Giudice costituzionale offre, evidentemente, l'occasione per svolgere alcune considerazioni che spingono ad avventurarsi anche in ambiti disciplinari diversi da quelli propri del diritto. Senza alcuna pretesa di poter dire qualcosa *su*, è tuttavia attingendo

⁵¹ Corte cost., sent. n. 102 del 2020, p. 5.3.2. del Considerato in diritto, 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'estero, 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”.

⁵² Corte cost., sent. n. 102 del 2020, p. 5.3.3. del Considerato in diritto.

GIUSEPPE LANEVE

da questi che si riesce a corredare il quadro di quegli elementi ulteriori e indispensabili per meglio definire non solo lo scenario nel quale la sentenza in commento si inserisce, ma anche quello che contribuisce a perfezionare.

Le diverse implicazioni sul piano della rappresentanza legale nei rapporti patrimoniali, su quello dell'“intero fascio di diritti, poteri e obblighi” inerenti il concetto di responsabilità legale, su quello dell'assumere le decisioni “per” il figlio, e dunque sulla cura stessa della persona, servono alla Corte, che peraltro ha usato l'espressione responsabilità genitoriale già prima che il legislatore optasse per tale nuovo *nomen* ⁽⁵³⁾, per prospettarsi un concetto stesso di responsabilità genitoriale multidimensionale, la cui sospensione incide certamente sulla concretezza dell'“*esserci* (del genitore per il figlio), ma soprattutto è causa di un depotenziamento umano della relazione *tra* genitore e figlio ⁽⁵⁴⁾.

La genitorialità, come ci insegnano gli studi psico-pedagogici, non è un semplice ruolo, ma si staglia sull'orizzonte dell'esperienza umana come un processo che, come tale, vive momenti, fasi e cicli diversi tra loro ⁽⁵⁵⁾ e che si struttura fondandosi continuamente su *Agon* e *Pathos* ⁽⁵⁶⁾. Da questo angolo visuale, la responsabilità genitoriale — che la s'intenda, nell'evoluzione del concetto di responsabilità come *rispondere* non più solo *di*, ma *a*, come la richiesta più immediata, universale e totale alle domande del minore ⁽⁵⁷⁾, o come prossimità al figlio, e dunque come una “sostanza” mai finita, che non deve esaurirsi in una serie di obblighi e di doveri stabiliti ⁽⁵⁸⁾ — è l'asse portante dei rapporti tra genitore e figlio, dove anche quest'ultimo è chiamato a giocare un ruolo attivo.

Nondimeno, la realtà familiare, lungi dal poter essere considerata come un organismo

2094

⁵³ Cfr. ancora sul punto B. LIBERALI, “(Prima) il dovere e (poi) il diritto”, cit., 26 ss. Si veda poi, l'ordinanza n. 125 del 1999 che, richiamando la sentenza n. 166, ha ricordato come “il principio di responsabilità genitoriale, che trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione, implichi la soddisfazione delle esigenze di mantenimento dei figli, indipendentemente dalla qualificazione dello *status*, non potendo l'attuazione del citato obbligo di mantenimento — che si sostanzia anche nell'assicurare ai figli l'idoneità della dimora — essere condizionata dall'assenza del vincolo coniugale tra i genitori” (vedi anche Corte cost., sentt. nn. 394 del 2005 e 308 del 2008).

⁵⁴ Una tale situazione, osserva la Corte, “rende oggettivamente più difficile la stessa relazione con il minore”, Corte cost., sent. n. 102 del 2020, p. 5.2. del Considerato in diritto.

⁵⁵ Sul piano pedagogico, autorevoli studiosi, muovendo dall'approccio evolutivo che fin dalla seconda metà del secolo scorso ha contrassegnato la ricerca socio-psico-antropologica, hanno insistito sul concetto di ciclo di vita familiare, identificato come unità temporale che, qualificata da trasformazioni più o meno profonde, si compone di stadi di crescita cui corrispondono specifici compiti evolutivi, che interpellano le singole componenti e la famiglia nel complesso, cfr. N. GALLI, “Educazione dei coniugi alla famiglia”, *Vita e Pensiero*, Milano, 1986. C'è chi ha parlato di tappe, cfr. M. DEBESSE, *Le tappe dell'educazione*, tr. it. La Nuova Italia, Firenze, 1972. Più recent., cfr. M. CORSI, *La bottega dei genitori. Di tutto e di più sui nostri figli*, Franco Angeli, Milano, 2020, 62. Da un punto di vista psicologico, cfr. M. MALAGOLI TOGLIATTI - G.C. ZAVATTINI, “Relazioni genitori-figli e promozione della genitorialità. Presentazione”, in *Psicologia clinica dello sviluppo*, 2000, II, secondo i quali, “diventare genitore vuol dire entrare in una linea evolutiva trasformativa che continua per tutto il resto della vita”, 261. Vedi anche M. MALAGOLI TOGLIATTI - A. COTUGNO, *Psicodinamica delle relazioni familiari*, Il Mulino, Bologna, 1996. Più in generale, cfr. S. MINUCHIN, *Families and Family Therapy*, Harvard University Press, Boston, 1974.

⁵⁶ V. CIGOLI, “Drammi della genitorialità”, in *Psicologia clinica dello sviluppo*, 2000, II, 267.

⁵⁷ H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, tr. it. Einaudi, Torino, 1990, 117 ss.

⁵⁸ E. LEVINAS, *Etica e infinito*, tr. it. Città Nuova, Roma, 1984, 17.

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

omogeneo, indifferenziato, contraddistinto soltanto da rapporti verticali unidirezionali, è colta, e fatta oggetto di studio, come sistema relazionale dinamico, all'interno del quale si compongono e ricompongono di continuo relazioni, tensioni, processi di insegnamento-apprendimento tra le varie componenti costitutive⁽⁵⁹⁾. Un sistema che, a sua volta, proprio per il suo percorso evolutivo abbisogna di interagire con l'ambiente esterno, di connettersi con gli altri plurimi spazi di convivenza, di aprirsi al contesto circostante. Le limitazioni spaziali e il confinamento fisico nelle case generati dalla pandemia, come noto, hanno innalzato il tasso di criticità in entrambi i versanti⁽⁶⁰⁾. Un universo, quello familiare, che si presenta come un oggetto di indagine complesso e controverso⁽⁶¹⁾, in cui il conflitto è fattore fisiologico⁽⁶²⁾. L'evoluzione scientifica e tecnologica, la dimensione digitale dell'esistenza che si salda a quella analogica, acquiscono gli attriti tra genitori e figli sui diversi campi in cui è possibile effettuare le scelte di vita⁽⁶³⁾.

Tutto questo per dire che ogniqualvolta si entra, in punta di piedi o con decisioni autoritative, in questo universo, l'approccio secondo cui da un punto di partenza si giunge a un solo punto d'arrivo attraverso una linea unidirezionale non può che rivelarsi fortemente riduzionistico di una realtà molto più articolata, che come tale occorre provare a cogliere, decifrandone i mille rimandi, i diversi strati, i tanti incastri. Soprattutto laddove, e le situazioni che sfociano nel reato di sottrazione o trattenimento dei minori da parte di uno dei genitori ne sono un esempio tra gli altri, si oltrepassa il limite del fisiologico, e il conflitto, o più correttamente *i conflitti*, degenerano nel patologico. In questo stadio della genitorialità, o del contesto familiare, si innalza, proprio rispetto alla specifica situazione che il minore è chiamato a vivere, il tasso di interconnessione tra il rapporto diadico, tra singolo genitore e figlio, e la relazione triadica costituita dal rapporto tra i genitori e il figlio⁽⁶⁴⁾, con significative ripercussioni sulla sfera innanzitutto psicologica di quest'ultimo.

2095

⁵⁹ *Ex multis*, cfr. L. PATI, "Il divenire sistemico della famiglia fra tempo e spazi educativi", in ID. (a cura di), *Pedagogia della famiglia*, La Scuola, Brescia, 2014, 103. Si parla, infatti, di diritti relazionali, cfr. P. RONFANI, "I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti", in *Sociologia del diritto*, 2004, II, 107 ss.

⁶⁰ Cfr. A. SANSAVINI - E. TROMBINI - A. GUARINI, "Genitori e bambini 0-6 anni durante l'emergenza Covid-19: problematiche, nuove sfide e iniziative di supporto psico-educativo", in *Psicologia clinica dello sviluppo*, 2/2020, 195 ss. Sui risvolti sul piano dei rapporti tra famiglia e scuola, cfr. M. TROISI, "Il dialogo tra agenzie educative nella scuola ai tempi del Covid-19", in G. LANEVE (a cura di), *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, Eum, Macerata, 2020, 92 ss., dove in particolare si osserva il paradosso per cui "per anni si era chiesto alla famiglia di 'entrare' nella scuola per non lasciarla da sola nel compito formativo; ora, in questi ultimi mesi, è stata la scuola ad essere 'entrata' nella famiglia, nella sua casa, nei suoi ritmi, nella sua intimità". Sul tema, in generale, cfr. G. MATUCCI, "La responsabilità educativa", cit.

⁶¹ Cfr. E. MUSI, "La famiglia essenziale", in L. FORMENTI (a cura di), *Sguardi di famiglia. Tra ricerca pedagogica e pratiche educative*, Guerini scientifica, Milano, 2014, 60. L'A. osserva come il contesto familiare sia uno spazio che obbliga a continue ristrutturazioni, che esalta uno dei tratti essenziali della condizione umana: "quello di nascere come individui nuovi, a cui va riconosciuto il diritto di accedere a percorsi personalizzati, a loro volta originali. Una famiglia come risorsa generativa nel senso che i genitori suscitano nei figli il desiderio di generare il proprio capitale umano, di decidersi per il proprio progetto di esistenza", 65. Vedi anche A. GIGLI, *Famiglie mutanti*, ETS, Pisa, 2007. Da ultimo, cfr. A. OLIVERIO FERRARIS, *Famiglia*, Bollati Boringhieri, Torino 2020.

⁶² C. SIRIGNANO, "Conflitti di coppia e mediazione educativa", in L. PATI (a cura di), *Pedagogia della famiglia*, cit., 271 ss.

⁶³ Ancora in tema, cfr. B. LIBERALI, "(Prima) il dovere", cit., *passim*.

⁶⁴ N.J. ACKERMAN, "The Family with Adolescents", in M. MC GOLDRICK - E.A. CARTER, *The Family Life Cycle: a Framework for Family Therapy*, Gardner, New York, 1980, 147 ss.

GIUSEPPE LANEVE

È possibile, certamente, che la sospensione della responsabilità genitoriale si dimostri, in determinati casi, capace di andare incontro alle esigenze del minore, o comunque di arrecare un danno inferiore rispetto al mantenimento della stessa. Ma occorre poter valutare a fondo quella specifica situazione. Volgendo lo sguardo, peraltro, alla disciplina dell'adozione, si riscontrano orientamenti ormai piuttosto uniformi da parte della giurisprudenza, corroborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel dichiarare lo stato di abbandono, che giustifica l'adottabilità del minore, come *extrema ratio*, cui si può giungere dopo un rigoroso accertamento di carenze materiali e affettive tali da integrare una situazione di effettivo pregiudizio per il minore, "senza possibilità di dare ingresso a giudizi sommari di incapacità genitoriale non basati su precisi elementi idonei a dimostrare un reale pregiudizio per il figlio" (65).

La Corte costituzionale, nel caso risolto con la sentenza n. 102 del 2020, rifiutando ogni forma di presunzione, richiedendo invero sempre, e dunque anche nelle situazioni apparentemente più nitide, l'intervento del giudice che sosti *nel* (insistendo *sul*) contesto nel quale le relazioni genitore-figlio (e non solo) si innescano e sviluppano, opta decisamente per quel *metodo* che prescrive una verifica reale dell'esperienza vissuta dal minore.

4.1. *Minore consenziente alla sottrazione (o al trattenimento) e rapporto problematico con l'altro genitore: qualche dubbio.* — Ecco perché, ed è forse l'unica osservazione critica che in questa sede si sente di muovere all'*iter* argomentativo della Corte, appare come una nota forse un po' stonata ritenere che nelle ipotesi *ex art. 574-bis*, comma 2 c.p., quelle nelle quali il reato di sottrazione si connota con il consenso prestato dal minore ultraquattordicenne alla condotta, comunque criminosa, del genitore, il rapporto tra il minore stesso e l'altro genitore sia vissuto dal primo come "evidentemente" problematico (66).

2096

Nessun dubbio che si tratti di una probabilità, anche piuttosto frequente. Da qui, però, a ritenerla unica, come l'utilizzo dell'avverbio sembra suggerire, si compie un passo un po' azzardato. Si badi bene, l'azzardo sta proprio nel presumere qualcosa, la problematicità di un rapporto, che, invece, tenendo fede al paradigma assecondato sin qui dal Giudice costituzionale, cioè il rifiuto in questo ambito di presunzioni, va comunque verificato nel caso concreto.

Occorre tener conto del fatto per cui di fronte all'adolescenza, condizione nella quale si trova il minore ultraquattordicenne, il complesso delle variabili multiple da cui non si può prescindere nella valutazione di ciò che può configurarsi come il suo miglior interesse va continuamente riconsiderato in ragione della delicatezza della fase evolutiva che il minore attraversa.

È soprattutto l'innalzamento delle tensioni attorno all'identità che diventa evidente, questo sì, e cruciale nella fase di transizione dell'adolescenza, dove i molteplici cambiamenti che avvengono a livello fisico, cognitivo, e sociale spingono di continuo i giovani a interrogarsi (e re-interrogarsi) su cosa dia significato, forma, continuità e prospettiva alla loro esistenza (67). Il principale compito evolutivo durante l'adolescenza è infatti la differenziazione,

⁶⁵ Così Corte cass., civ., sez. I, sent. 13 gennaio 2017, n. 782.

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 102 del 2020, punto 5.3.1. del Considerato in diritto.

⁶⁷ M. RUBINI - E. CROCETTI, "Una o più identità? Articolando identità personale e sociale", in *Psicologia sociale*, 2018, I, 25 ss., 27. Osserva D. SIMEONE, *Educare in famiglia. Indicazioni pedagogiche per lo sviluppo dell'empowerment familiare*, La Scuola, Brescia, 2008, 60, come "Durante l'adolescenza vengono messi in crisi i miti infantili ed avviene un lungo e laborioso processo di trasformazione che porta alla definizione di una nuova identità. Solo in questo modo è possibile per l'adolescente nascere socialmente, cambiare ruolo affettivo e sociale, passare da un contesto protettivo e totalizzante come la famiglia ad un ambiente relazionale più ampio come la comunità sociale. I ragazzi chiedono comprensione per ciò che stanno vivendo, si attendono che gli adulti li sappiano accompagnare in questo percorso di crescita. Il desiderio di un futuro possibile e la paura di non riuscire a realizzarlo rappresentano alcuni dilemmi fondamentali che agitano l'animo dei ragazzi. La capacità dell'adulto di

PENE ACCESSORIE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

cioè il raggiungimento da parte dell'adolescente (e della famiglia) di un equilibrio tra cambiamento e continuità⁽⁶⁸⁾. Tratto peculiare, infatti, di questa fase è la perenne oscillazione tra momenti di distanza dalla famiglia, in cui il ragazzo/a esplora e si avventura nel mondo esterno, e altri di avvicinamento e di intimità fondati su relazioni forti⁽⁶⁹⁾.

Non pare da escludere, quindi, l'ipotesi per cui un adolescente possa prestare il proprio consenso allo stare con un genitore, anche in caso di sottrazione o trattenimento all'estero, in virtù di una prospettazione di vita che egli stesso avverte come più confacente, in quel particolare contesto spazio-temporale, ai suoi bisogni o aspirazioni, peraltro soggetti a continue mutazioni, senza che questa scelta significhi — a tutti i costi — che la relazione con l'altro genitore sia vissuta come problematica.

I rapporti tra genitori e figli, in fin dei conti, si dispiegano più che per semplici addizioni o sottrazioni, attraverso moti ondivaghi e circolari nei quali è sempre complicato riuscire a isolare la linea direttrice portante⁽⁷⁰⁾.

5. *Conclusioni.* — Lo si diceva all'inizio, lo si è ripetuto poc'anzi e non può che riprendersi ora in conclusione: il principio dei *best interests of the child*, lungi dal sottrarre il genitore, in quanto *primary caregiver* del minore, all'intervento punitivo statale, opta per un *metodo*, ovvero quello di assicurare un processo decisionale che garantisca la presa in carico di tutti i bisogni e le esigenze particolari avvertite e avvertibili dal minore eventualmente coinvolto, direttamente o indirettamente, in quella fattispecie punitiva.

Quale e cosa sia il miglior interesse del minore non è mai inquadrabile *a priori*⁽⁷¹⁾. In fondo, l'indeterminatezza è una connotazione tipica di questo principio⁽⁷²⁾. 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*⁽⁷³⁾. Che vi sia un certo margine, come per tutti i principi, è necessario, e

2097

riformulare la comunicazione educativa è la premessa indispensabile per la transizione delle giovani generazioni verso la vita adulta". Cfr. anche E. CICOGNANI - B. ZANI, *Genitori e adolescenti*, Carocci, Roma, 2003; M. TAFÀ - L. CERNIGLIA - S. CIMINO - F. BRACAGLIA - G. BALLAROTTO - E. MARZILLI, *Finalmente il coparenting: l'importanza della cogenitorialità per il benessere dei figli. Una ricerca su adolescenti con disturbi alimentari*, in *Psicologia clinica dello sviluppo*, 2019, II, 201 ss.

⁶⁸ Cfr. E. SCABINI, "Rapporto tra le generazioni e trasmissione dei valori", in A. C. BOSIO (a cura di), *Esplorare il cambiamento sociale. Studi in onore di Gabriele Calvi*, Franco Angeli, Milano, 2006, 17 ss.

⁶⁹ D. BARNI - S. RANIERI - R. ROSNATI, "Similarità nei valori dello scambio intergenerazionale tra genitori e figli adolescenti", in *Psicologia sociale*, 2011, II, 171 ss. 172.

⁷⁰ Se, peraltro, c'è un "figlio giusto", Telemaco, come ci ricorda M. RECALCANTI, *Il complesso di Telemaco. Genitori e figli dopo il tramonto del padre*, Feltrinelli, Milano, 2013, è anche vero che c'è anche Telegono e la sua ricerca della figura paterna, cfr. M. PESARE, "Al di là di Telemaco. La questione psicopedagogica dell'eredità paterna", in *Rivista Italiana di Educazione Familiare*, 2018, II, 11 ss.

⁷¹ E dipende da fattori culturali e religiosi, cfr. P. ALSTON, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

⁷² J. ELSTER, *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; R.H. MNOOKIN, "Foster Care: In Who's Best Interest?", in *Harvard Education Review*, 1973, XLIII, 599 ss.; M. FREEMAN, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden and Boston, MA, 2007; C. BREEN, *The Standard of the Best Interest of the Child*, Martinus Nijhoff, The Hague, London and New York, 2002.

⁷³ 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

GIUSEPPE LANEVE

quantomai opportuno in questo 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⁽⁷⁴⁾. Un metodo, dunque, che richiede al giudice — e cioè a chi, collocandosi *tra* testo (del legislatore) e contesto (del suo caso), meglio può cogliere la molteplicità delle vicende umane⁽⁷⁵⁾ — grande responsabilità, ma anche le adeguate competenze. È un tema che non può non avvertirsi anche nel caso di specie, e quindi del giudice penale rispetto alle pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale. Che il ruolo del Tribunale per i minorenni debba rimanere di mero raccordo con il giudice penale, come auspicato in ogni caso dalla Corte costituzionale sul finire della decisione in commento, ovvero possa acquisire ulteriori e nuovi spazi, per mano del legislatore, è questione che merita una riflessione ulteriore⁽⁷⁶⁾. D'altronde, si tratta di un organo la cui composizione mista, che come noto prevede accanto a due magistrati togati due esperti in altre discipline⁽⁷⁷⁾, è essenziale per “un accertamento non solo di fatti ma anche e soprattutto di personalità”, per “sapere il perché di certi comportamenti umani, di genitori e figli, il perché di certe reazioni psicologiche”, in fondo, per “conoscere chi sono i protagonisti del rapporto familiare”⁽⁷⁸⁾.

Se il giudice, in siffatti casi, deve esserci per decidere, il come è tema di altrettanto rilievo.

2098

ha osservato che: “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’. 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’. Viewed in this light, indeterminacy of outcome is not a weakness. A truly principled child-centred approach requires a close and individualised 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 settembre 2007, par. 24.

⁷⁴ Sul tema, in generale, si rinvia a N. ZANON, “Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione”, in *Quaderni costituzionali*, 2015, IV, 919 ss. In particolare, sul tema in oggetto, cfr. M. SKIVENES, “Judging the Child’s Best Interests: Rational Reasoning or Subjective Presumptions?”, in *Acta Sociologica*, 2010, IV, 339 ss., in part. 350 ss.

⁷⁵ G. LANEVE, “Legislatore e giudici”, cit., *passim*.

⁷⁶ Vedi M. PICCHI, “Responsabilità genitoriale”, cit., 226.

⁷⁷ Ai sensi dell’art. 2 del R.D. n. 1404 del 1934, (Istituzione e composizione dei Tribunali per i minorenni), così come modificato 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’assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età”.

⁷⁸ Corte cass., civ., I, sent. 28 dicembre 1989, n. 5812.