



FUNZIONE NOMOFILATTICA E GIURISDIZIONE MINORILE NELLE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE*

PASQUALE STANZIONE

SOMMARIO: 1. La funzione nomofilattica tra creatori ed interpreti di norme nei moderni ordinamenti giuridici. – 2. Il ruolo della Corte costituzionale nella “creazione” del diritto minorile. - 3. L’esistente: la giurisdizione minorile nella giurisprudenza costituzionale. - 4. Il frutto dell’esistente incompiuto: un arcipelago di competenze disperse. - 5. Conclusioni.

1. In accordo con il tema centrale del Congresso, vorrei parlarvi della nomofilachia relativamente alla funzione del Tribunale per i minorenni. Ma per meglio comprendere è necessario esplicitare alcuni passaggi, sicuramente a voi noti, e tuttavia necessari.

La distinzione tra funzione creativa e interpretativa del diritto, che rinvia una differente collocazione ordinamentale nei sistemi di *civil law* e di *common law*, allorché sia posta innanzi alla complessità delle interrelazioni tra diritto e fattispecie concreta che caratterizza le società moderne, si rivela non sempre idonea a sciogliere, a spiegare siffatta complessità.

Infatti, ricorriamo a formule esplicative, quasi a “formule magiche” alla Wietholter: si pensi al “*diritto multiforme*”, frutto del moltiplicarsi di fonti normative sovrapposte, nazionali, sovranazionali, internazionali, primarie, secondarie, metagiuridiche; al “*diritto mite*” o a quello “*sconfinato*”.

In realtà, la maggior parte di queste formule cela la difficoltà dei giuristi di identificare, con la nitida precisione che era propria delle codificazioni ottocentesche, il sistema delle fonti a base di ciascun ordinamento nazionale e, in ultima analisi, le sempre più frequenti traccimazioni e “zone grigie” tra funzione creatrice e interpretativa del diritto.

In sostanza, oggi, l’interprete è chiamato, sempre più spesso, a confrontarsi con un dato di fatto: l’incertezza del diritto, indotta non soltanto dal cennato moltiplicarsi di fonti normative disomogenee, ma anche dalla moderna attitudine ad un ricambio sempre più repentino di disposizioni (ed orientamenti) periodicamente superati dagli eventi (si pensi al campo della *Law and technology*).

Se non ci soddisfano, allora, visioni puramente nichilistiche, pur proposte da studiosi autorevoli – penso ad Irti ed al suo *Diritto senza verità* – l’interprete, fuori da mitizzazioni appartenenti oramai al secolo scorso, deve confrontarsi con una verità

* *Destinato agli Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre.*



“amara”: la legge è incerta e, ciononostante, un ordinamento non può definirsi tale se non riesce a risolvere le controversie tra i consociati con provvedimenti applicativi di tali leggi che abbiano, tra le parti, effetti certi.

Si ricorre, spesso, anche per indicare in via sintetica questo fenomeno, alla locuzione di “*diritto vivente*”, e i margini tra la funzione del giudice e quella del legislatore che si presentano meno nitidi di quanto la tradizione non avesse insegnato.

In un siffatto contesto evolutivo deve, attualmente, leggersi la modernità della funzione nomofilattica.

Non starò qui a ricordare che “*nomofilachia*” da *νόμος* (regola) e *φύλαξ* (custode), è di diretta derivazione dalla tradizione, nelle città greche, di identificare un “*nomofilace*”, cioè un magistrato incaricato di custodire il testo ufficiale della legge e di assicurare la stabilità della legislazione. Così come non ricorderò a voi che l’art. 65 ord. giud. (r.d. 30.1.1941, n. 12) ha concentrato l’esercizio della funzione nomofilattica in capo ad un unico organo: la Corte di cassazione. La Suprema Corte è chiamata, dunque, prima di ogni altro giudicante, ad assicurare non soltanto l’esatta osservanza della legge, ma anche la sua uniforme interpretazione nonché l’unità del diritto oggettivo nazionale.

Ma la soluzione può dirsi attuale e comunque corrispondente alle reali dinamiche di funzionamento del nostro ordinamento? Vediamo.

In realtà, ogni decisione, indipendentemente dal fatto di essere pronunciata dal giudice di legittimità o da un giudice di merito, finisce per realizzare, al contempo, tanto lo *ius litigatoris* quanto lo *ius constitutionis*: risolve la specifica controversia cui le parti di quel processo sono direttamente interessate ed, in modo più o meno esplicito, enuncia un principio di diritto che, per il naturale carattere generale ed astratto di ogni *regula iuris*, è potenzialmente idoneo a valere per qualsiasi altra analoga vicenda.

È il cd. “*principio di diritto*”, che, fungendo da raccordo tra lo *ius constitutionis* e lo *ius litigatoris*, anima la *ratio decidendi* e riveste, al tempo stesso, una valenza interpretativa generale, idonea a risolvere una serie imprecisata di altri casi analoghi.

In questo senso, mi sembra chiaro che la funzione nomofilattica, in quanto volta ad individuare la corretta interpretazione del contenuto delle norme giuridiche da applicare, si riveli oggi propria del giudice di ogni ordine e grado (come pure di alcune autorità amministrative indipendenti: si pensi al Garante della privacy o all’Antitrust) e si caratterizza, con particolare vigore, in capo alle giurisdizioni superiori anche differenti dalla Cassazione, come il Consiglio di Stato o, in alcuni settori, la Corte costituzionale.

Sì che si può, forse, tranquillamente discorrere di una funzione nomofilattica diffusa, propria dei moderni ordinamenti giuridici connotati da polimorfismo delle fonti e ibridazione delle funzioni creativa ed interpretativo-applicativa del diritto.

2. Un esempio di tale fenomeno si può probabilmente rinvenire nello *ius dicere* pronunciato, nel tempo, dalla Corte costituzionale in materia di giurisdizione minorile.



Soprattutto se si accolga una concezione moderna della nomofilachia: nel senso cioè che essa non sia destinata alla semplice composizione di potenziali conflitti interpretativi (tra corti), ma anche, in una dimensione propositiva e promozionale, alla “costruzione” di quei principi fondativi, animanti specifici settori dell’ordinamento, utilizzati dalle corti (come dal legislatore) quali strumenti interpretativi – anche con funzione uniformatrice - della legislazione vigente.

In questa prospettiva, bisogna riconoscere che il giudice delle leggi ha contribuito, in maniera determinante, a definire il sostrato comune di principi che avrebbero dovuto governare la materia della giurisdizione minorile ed animare l’emananda legislazione chiamata a disciplinarla.

Oggi, mi sembra avvertita la necessità di una giurisdizione specializzata per i minori e, in genere, per le persone. Del resto, in base all’art. 102 cost., da tempo sono istituite sezioni specializzate per la proprietà intellettuale e in materia di lavoro. A maggior ragione, anche alla luce dell’art.3, comma 2, cost. il discorso vale per le situazioni giuridiche che da tratti di specialità, anche all’interno del codice civile, sono indubbiamente caratterizzate: e cioè le situazioni familiari.

3. Eppure, occorre partire dall’esistente, dall’esperienza forte e matura dei Tribunali per i minorenni: essa è frutto di una incubazione lunga, i cui profili salienti si sono delineati nel tempo, scanditi da una serie di pronunce della Corte costituzionale, che hanno indubbiamente garantito non soltanto l’osservanza della Costituzione, bensì la nascita e l’interpretazione uniforme del diritto minorile. Tali pronunce, partendo da temi all’apparenza di mero rito, hanno segnato il progressivo evolversi, in termini sostanziali ed in una indubbia logica di nomofilachia, di questo giudice da organo meramente sanzionatorio ad istituto chiamato a partecipare pienamente alla realizzazione della personalità di minori che necessitano di sostegno per le carenze del contesto familiare di naturale appartenenza.

Pietre angolari dell’agire della giurisdizione minorile sono gli artt. 27 e 31 cost.: disposizioni utilizzate come “norme-cornice” dalle quali desumere, in chiave nomofilattica, un quadro di principi comune disciplinante la materia.

È vero: l’art. 27 cost. non menziona espressamente i minori. E infatti tale *vacuum* sarà colmato, progressivamente, proprio dalle pronunce della Corte costituzionale, che, ben prima dell’entrata in vigore del DPR n. 448 del 1988, evidenzieranno come tutto il sistema della giustizia minorile debba essere improntato in via pressoché esclusiva alla rieducazione, qualificata come “*interesse-dovere*” dello Stato, ed a cui è subordinata, addirittura, la stessa pretesa punitiva (sent. n. 49 del 1973). Ancor più esplicita, in tal senso, è Corte cost. n. 168 del 1994, ove si chiarisce che la funzione rieducativa della pena per i minorenni “*è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente*”.

D’altro canto, in relazione ai minori la funzione rieducativa si colora di tratti specifici, allorché si consideri il dato, fondamentale, secondo cui, in questi soggetti, il



processo educativo non è compiuto, bensì si presenta in costante evoluzione, come in formazione è la loro personalità. Ecco, allora, che il processo minorile è rito peculiare proprio perché, ancor prima del giudizio, viene la rieducazione. Non a caso il DPR n. 448/1988 giunge a sancire che il processo penale minorile “*non deve interrompere i processi educativi in atto*”, ma anzi deve soddisfare i bisogni educativi del minore, da assecondare secondo uno specifico progetto individuale, perseguito già in fase processuale.

L’art. 31, comma 2, cost. richiama, tra i compiti affidati alla Repubblica, la protezione de “*la maternità, l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*”.

Pertanto, proteggere la gioventù nel contesto processuale si traduce nella necessità di preservare il processo educativo in atto nel minore, funzionalizzando a tal fine la specificità (sostanziale e processuale) dello *ius dicere* del Tribunale per i minorenni.

E così, nelle sentenze 25 del 1964, 222 del 1983, 79 del 1989 e 143 del 1993 il Tribunale per i minorenni assurge a istituzione “*diretta in modo specifico alla ricerca di forme adatte per la rieducazione dei minorenni*”.

Due dei tratti caratterizzanti la “tecnica di giudizio” propria del giudice minorile diventano la personalizzazione e la flessibilità della *potestas iudicandi*: e quindi (sent. n. 109 del 1997) si evidenzia come la protezione della gioventù di cui all’art. 31, co. 2, cost., coincide con “*l’esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l’evolutivezza della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono*”.

Nella logica moderna della nomofilachia, la lettura in combinato disposto degli artt. 31, co. 2, e 27, co. 3, cost., dunque, consente al giudice delle leggi di osservare la giustizia minorile da una prospettiva peculiare, dove la finalità della stessa è essenzialmente quella educativa, preminente addirittura rispetto a quelle di pacificazione sociale e punitiva.

Ne deriva che nonostante l’esiguità dei riferimenti normativi costituzionali diretti, dedicati alla giustizia minorile, la giurisprudenza costituzionale, nel perseguimento di una evidente finalità nomofilattica, trascorre da problematiche, spesso di carattere meramente processuale o di rito, a questioni più generali di inquadramento della stessa giurisdizione minorile nel novero dei valori e dei principi costituzionali.

Il durevole lavoro interpretativo della Corte costituzionale, operato sulle norme della Carta fondamentale ed attraverso l’identificazione, tramite queste ultime, dei principi ispiratori della giurisdizione minorile, segna il passaggio dal r.d. n. 1404 del 1934 al DPR n. 488 del 1988.

In effetti, il percorso compiuto da quel particolare soggetto debole, che è il minore, verso il pieno riconoscimento della centralità della sua posizione giuridica nelle dinamiche relazionali che lo riguardano e, dunque, il processo interpretativo sviluppato da dottrina e giurisprudenza dalla mera oggettivizzazione del minore alla sua piena soggettivizzazione segnano la parallela “strada” del Tribunale per i



minorenni verso la rivendicazione del proprio ruolo di organo di giurisdizione particolare.

In sostanza, il mutamento di *status* del minore corrisponde, quasi contemporaneamente, ad un progressivo mutamento di concezione del giudicante che del minore è proprio, come una rivendicazione, in termini valoriali positivi, delle specificità che siffatto organo connotano.

Vi faccio un solo esempio: la lunga *querelle* inerente la *vis attractiva* della giurisdizione ordinaria in materia di reati compiuti in concorso o in connessione tra un minore ed un maggiorenne.

Per il definitivo riconoscimento della preminenza dell'interesse del minore e la conseguente affermazione della prevalenza della giurisdizione minorile, anche in casi di reati compiuti in concorso con maggiorenni, si è dovuto attendere la sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 1983.

La "*tutela dei minori*" viene così a collocarsi, nel disegno motivazionale della Corte, tra gli interessi costituzionalmente garantiti, secondo una giurisprudenza consolidata (cfr. sentenze n. 25 del 1965, nn. 16 e 17 del 1981) ed il Tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive attribuzioni, oltre che penali, civili ed amministrative, deve essere annoverato tra quegli "*istituti*" dei quali la Repubblica ha il compito di favorire lo sviluppo ed il funzionamento, così adempiendo al precetto costituzionale che la impegna alla "*protezione della gioventù*".

In questa temperie interpretativa, il Tribunale per i minorenni diventa un organo giudicante specializzato, indirizzato verso la preminente tutela del minore, chiave di interpretazione di tutto il c.d. diritto minorile. Ed in vista di siffatta tutela, la stessa realizzazione della pretesa punitiva deve ritenersi subordinata a prospettive di recupero e reinserimento sociale.

Esso, insomma, non è più "*giudice delle sanzioni*", bensì "*giudice promotore dei diritti del minore*".

La stessa conformazione del processo minorile si trasforma nel primo luogo e nel primo strumento offerto dall'ordinamento ai fini del recupero sociale del minore, con sottoposizione della pretesa punitiva statale alla finalità rieducativa (cfr. Corte cost. n.120 del 1977 e n. 46 del 1978).

Ed allora, se il processo a carico del minore deve costituire già di per sé momento di rieducazione, è fondamentale che allo stesso partecipino non soltanto il difensore, ma anche coloro che la Costituzione identifica quali primi titolari del dovere educativo, cioè gli esercenti la potestà (ora, responsabilità) genitoriale o tutelare (cfr. Corte cost. nn. 190/1970 e 99/1975).

Il minore vede finalmente attuato, anche per sé ed in via diretta, il dettato dell'art. 24 cost.: il diritto ad avere un proprio giudice naturale ed il diritto ad avere un proprio processo.

Sono queste le coordinate lungo le quali si muove poi la riforma della giurisdizione minorile (DPR n. 488 del 1988).



4. Permangono però molte “zone oscure”.

In realtà, nei profili applicativi della giustizia minorile, il quadro che si prospetta innanzi all'interprete si rivela sconcertante. Basti pensare alla disastrosa situazione di disordine che oggi caratterizza, da un punto di vista anche solo schiettamente procedimentale, i rapporti tra giustizia ordinaria e giustizia minorile relativamente ai procedimenti in materia di minori e, più in generale, di famiglia e persone: ad es., la pluralità di giudici e di riti processuali che possono intervenire rispetto alla medesima fattispecie concreta.

Le lacune dell'ordinamento processuale italiano in materia sono macroscopiche: assoluta incertezza legislativa circa il giudice competente per le controversie personali e patrimoniali riguardanti i figli nati fuori dal matrimonio; assenza di una previsione che attribuisca efficacia di titoli esecutivi ai provvedimenti del tribunale per i minorenni in tema di mantenimento; mancanza di una procedura specifica per i provvedimenti provvisori ed urgenti sino al discorso, cruciale, della dislocazione territoriale dei tribunali per i minorenni e della lampante insufficienza numerica dei relativi magistrati.

Ancora, pensate all'assurdità procedimentale, di costituzionalità quantomeno dubbia, della scissione delle competenze sull'affidamento di figli minori in caso di separazione o divorzio da quelle relative all'affidamento dei figli nati all'interno di una famiglia di fatto.

Pensate anche alla *vexata quaestio* dell'assenza di rappresentanza e difesa del minore in gran parte dei procedimenti che lo riguardano. La persona in età evolutiva, infatti, in virtù di una inadeguata attuazione del principio del contraddittorio e dei diritti di difesa, è di fatto estromessa da giudizi che dovrebbero invece vederla protagonista, come i procedimenti sulla potestà (di decadenza o di limitazione della stessa) o quelli di declaratoria dello stato di adottabilità. L'ordinamento processuale attuale, di là dal dettato dell'art. 78 c.p.c., ignora completamente il potenziale conflitto di interessi fra il minore ed i propri genitori, partorendo così un contraddittorio strutturalmente “mutilato”, con una conseguente perdita di terzietà ed imparzialità del giudice competente, costretto dalle carenze normative a “*fare la parte del minore*”.

5. La nomofilachia, anche quando declinata nell'accezione ampia e “diffusa” proposta nelle precedenti riflessioni, pur idonea a migliorare il diritto esistente e ad indirizzare quello prossimo venturo, incontra l'invalidabile limite della lettera della legge.

Oltre siffatto confine, infatti, v'è lo spazio proprio ed esclusivo del legislatore, chiamato all'arduo compito di “leggere” costantemente la società civile e ad interpretarne le linee di evoluzione, così da erigere, intorno ad essa, la contingente impalcatura ideale per quella data comunità in quel dato contesto storico.



Così, viste anche le reiterate difficoltà che l'introduzione del tribunale per la persona, i minorenni e le relazioni familiari sta da anni incontrando in Italia, è chiaro che non siamo dinanzi ad una riforma meramente processuale, di pura forma o organizzazione processuale, ma assistiamo ad un processo più ampio di ripensamento del ruolo sociale della famiglia nella società e, dunque, del significato giuridico di tale istituto.

L'introduzione di questa nuova giurisdizione, infatti, è destinata a rappresentare una ennesima apertura del "chiuso" della famiglia alla dimensione del giuridico, *rectius* del "giuridificato". Non v'è dubbio che oramai l'immagine jeronimiana della famiglia/isola conservi più che altro una valenza storica. Nessun interprete, soprattutto se ha familiarità con il diritto comparato, alla luce di quanto da anni accade nelle realtà giuridiche nazionali, può immaginare di trincerarsi ancora dietro un diritto di famiglia (e delle persone) monade dell'ordinamento statale, isolato e singolare rispetto a tutti gli altri ambiti del diritto civile.

Ma verso quale modello di diritto di famiglia (e delle persone) ci stiamo orientando? Senza dubbio, il diritto di famiglia non è una monade rispetto al contratto, rispetto all'illecito, rispetto al lavoro ed all'impresa; d'altro canto, la famiglia, in quanto istituzione, non è né contratto né illecito né lavoro né tantomeno impresa.

La sua dimensione giuridica è caratterizzata da un ontologico solidarismo.

E qui si palesa l'inquietudine dell'interprete che, pur nella consapevolezza della realtà (sociale e giuridica) che cambia, è costretto a confrontarsi con una evoluzione del diritto di famiglia che pare non guidata da altro anelito che non quello dell'appiattimento della persona sull'*homo oeconomicus*.

Forse, l'introduzione di uno specifico organo giudicante per persone, minori e relazioni familiari potrebbe rappresentare lo strumento idoneo ad arginare (o quantomeno guidare secondo binari razionali) questo processo di insensata, progressiva perdita della singolarità del diritto di famiglia e delle persone all'interno del diritto civile.

Nell'ora presente si chiede al legislatore italiano in materia uno sguardo di prospettiva, *a view of the cathedral*: anche a fronte del futuro banco di prova di un possibile diritto privato europeo.

La previsione di un giudice specializzato potrebbe rappresentare proprio il primo tassello di un disegno di riforma più ampio: un giudice che non sia portatore di un determinato modello precostituito da imporre alle parti, ma funga da ideale guida all'indispensabile processo di proiezione del diritto delle persone e della famiglia italiano nella dimensione europea.

Un'idea di giurisdizione, dunque, che è alta, estremamente alta, con una magistratura specializzata che, per competenze, composizione e formazione, sia realmente in grado di porsi quale anello di congiunzione tra legislatore e comunità civile.



Potrebbe assistersi, dunque, per il diritto di famiglia e delle persone, alla “fuga” da una giustizia omologante, appiattente, avvertita oramai come vetusta e non giusta, il più delle volte penalizzante, nella pretesa oramai insostenibile di “giudicare” con il medesimo metro diritti patrimoniali e diritti personalissimi, controversie in materia di contratti e proprietà e vicende conflittuali che possono verificarsi all’interno della famiglia.

Del resto scriveva Goethe: *“la legge è forte, ma è più forte la necessità”*.