

Sottrazione di minori e sospensione dalla responsabilità genitoriale: incostituzionale l'automatica applicazione della pena accessoria (nota a Corte Costituzionale 29 maggio 2020, n. 102) di Rita Russo.

Sottrazione di minori e sospensione dalla responsabilità genitoriale: incostituzionale l'automatica applicazione della pena accessoria (nota a Corte Costituzionale 29 maggio 2020, n. 102).

di Rita Russo

Sommario: 1. La sanzione, la relazione familiare e la irragionevolezza degli automatismi 2. La relazione familiare e la scelta della soluzione adatta al caso concreto. 3. Il miglior interesse del minore e il giudice idoneo ad accertarlo.

1. La sanzione, la relazione familiare e la irragionevolezza degli automatismi.

Con la sentenza in esame la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, terzo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione

e mantenimento di minore all'estero comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione stessa, previa la valutazione in concreto della rispondenza di detto provvedimento all'interesse del minore, valutazione da compiersi all'attualità e cioè tenendo conto necessariamente anche dell'evoluzione delle circostanze successive al fatto di reato.

La Corte ha ritenuto non ragionevole l'automatismo sanzionatorio imposto dal legislatore, ponendosi nel solco di due precedenti decisioni, risalenti agli anni 2012 e 2013, in tema di pena accessoria ai delitti alterazione e soppressione di stato^[1]. In entrambe le precedenti occasioni la Corte costituzionale ha affermato che la interruzione della relazione tra genitori e figli sul piano giuridico, ma anche naturalistico, si giustifica solo in funzione di tutela degli interessi del minore e ha dichiarato incostituzionale l'art. 569 c.p. (rispettivamente in relazione a gli artt. 566 e 567 c.p.) nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione e soppressione di stato, consegua automaticamente la perdita della potestà (oggi responsabilità) genitoriale, precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Interessante notare come la Corte costituzionale ha allora affermato che occorre assegnare al reato "null'altro che il valore di 'indice' per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà" e che, con una indicazione assai significativa, ha utilizzato, per definire la funzione genitoriale, il plurale anziché il singolare, definendo "le potestà" come "il fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore". Anche la Consulta respirava l'aria di rinnovamento che, esattamente in quel periodo, ha condotto alla riforma della filiazione^[2], riforma che, oltre ad avere enunciato i diritti (e i doveri) del minore, ha sostituito il termine potestà genitoriale con quello di responsabilità genitoriale, disegnando così la relazione tra i genitori e i figli in termini partecipativi e dando rilievo all'aspetto funzionale dell'impegno dei genitori, piuttosto che a quello autoritativo.

Oggi la Consulta rimarca l'importanza di questo processo di trasformazione, richiamando la relazione introduttiva al D.lgs. n. 154/2013, laddove si afferma che attraverso la nuova definizione dei rapporti tra genitori e figli si attribuisce «*risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso: i rapporti genitori-figli non devono più essere considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori*».

Anche nella sentenza odierna la Corte Costituzionale richiama il concetto, sancito da diverse Convenzioni internazionali, prima tra tutte la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, di interesse superiore del minore, avvertendo della diversa sfumatura che esso ha nel testo in lingua inglese della Convenzione, ove la definizione è "best interests" cioè l'interesse migliore^[3], e ricorda che esso è da considerare contenuto implicito dell'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata e

familiare) [4]. Esso è inoltre contenuto esplicito dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che proclama il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 7) e, nel riconoscere i diritti del minore (art. 24), prevede: che i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; che in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente; che il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

La Corte di Strasburgo, malgrado l'assenza nella Convenzione di Roma di un esplicito riferimento ai *best interests of the child* ha tuttavia recepito detto principio, concettualizzandolo alla luce dello *human rights-based approach*. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, infatti, la Convenzione non va interpretata da sola, ma in armonia con i principi del diritto internazionale e, in particolare, con le norme concernenti la protezione internazionale dei diritti dell'Uomo^[5]. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della UE, inoltre, l'interesse del minore assume connotati ancora più oggettivi, fino quasi a identificarsi con i diritti fondamentali del minore espressamente enunciati dall'art. 24 della Carta di Nizza ^[6].

Si esplicita così il principio della prevalenza dell'interesse del minore sul diritto di ciascun genitore, ma senza trascurare l'importanza del diritto del genitore alla relazione familiare, diritto che pure esiste e che sarebbe irragionevole negare, a maggior ragione considerando che gli stessi diritti del minore sono da intendersi in chiave relazionale. La prevalenza dell'interesse del minore non deve fare dimenticare, infatti, che nel processo vi sono anche altri diritti ed interessi coinvolti e che di tutti deve tenersi conto^[7].

La Consulta ci ricorda altresì che già dagli anni '80 essa Corte aveva "declinato" il principio con riferimento all'art. 30 Cost., come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata la soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona. E, in verità, nonostante il cambiamento di terminologia sia un portato della riforma della filiazione del 2012/2013, che recepisce la definizione europea, già da tempo nel diritto vivente nazionale si era affermata l'idea che la posizione del genitore si configura non come un diritto, ma come un *munus* che trova nell'interesse del minore la sua funzione ed il suo limite. La relazione tra genitori e figli è descritta dall'art. 30, primo e secondo comma, della Costituzione come un insieme di "compiti" che in caso di loro incapacità vengono diversamente assolti nei modi determinati dalla legge, e quindi come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua ragion d'essere. La nostra Costituzione, anche con lungimirante anticipo su quella che sarebbe stata l'evoluzione sociale e legislativa, ha focalizzato l'attenzione sul minore

configurando i doveri che caratterizzano l'impegno dei genitori come un compito da svolgere [8].

Se questo è il contenuto della responsabilità genitoriale, non si può prescindere, prima di incidere su di essa per qualsivoglia ragione, dalla necessità di accertare quale sia -nella concreta fattispecie- la scelta migliore per il minore; ciò determina il giudizio di non compatibilità dell'automatismo sanzionatorio con il sistema costituzionale.

2. La relazione familiare e la scelta della soluzione adatta al caso concreto.

Il giudizio negativo sull'automatismo sanzionatorio non è impedito dal fatto che nel caso di specie la condotta illecita del genitore si connota per una particolare gravità. La Corte infatti tiene conto dei rilievi in merito dell'Avvocatura dello Stato e rimarca che la sottrazione internazionale di minore è un delitto "odioso", causa di pregiudizi sia per il genitore *left behind* che per il minore stesso, pur quando egli sia consenziente, anche se in questo caso si pone quel delicato problema di valutare come, se e fino a che limite tentare interventi di recupero della relazione familiare compromessa; e in effetti molte variabili sono in gioco, legate alle ragioni della sottrazione, alla non coercibilità della volontà del minore in ordine ai contatti con il genitore avversato, e comunque deve considerarsi la diminuita offensività del fatto per gli interessi del minore ultra quattordicenne che consapevolmente acconsente a seguire il genitore [9].

La Corte rileva che la pena accessoria della sospensione ha caratteri del tutto peculiari rispetto alle altre pene previste dal codice penale, perché incide non solo sul reo e sulla sua sfera giuridica, ma su una relazione, e quindi provoca effetti anche sul minore, perché pur non comportando *ipso iure* il divieto di convivere con, o di frequentare il minore, è evidente che la privazione di ogni potere decisionale nell'interesse del minore impedirà, di fatto, al genitore sospeso dall'esercizio della propria responsabilità di vivere il proprio rapporto con il figlio al di fuori della immediata sfera di sorveglianza dell'altro genitore, o comunque di persona che sia titolare della relativa responsabilità e sia, pertanto, in grado di assumere in ogni momento le necessarie decisioni per il figlio. In altre parole il rapporto diventa una *limping relationship*, una relazione carente di quelle facoltà decisionali che, traducendosi in scelte educative, contribuiscono a formare la personalità del minore. La relazione familiare è infatti una dimensione dell'individuo assai complessa, che si svolge all'interno di modelli familiari diversi e non necessariamente fondati sul matrimonio; in essa si intrecciano senso della identità personale, legami biologici, giuridici e sociali, sentimenti, aspirazioni, diritti, doveri, competenze, capacità di autodeterminarsi e di protezione. La sua salvaguardia, pertanto, richiede misure diverse ed appropriate, connotate dalla flessibilità e anche dalla tempestività della risposta, dal momento che il fattore tempo è, per la vita del minore, di primaria importanza[10].

Ed è proprio alla importanza del fattore tempo nella dinamica della relazione familiare che la sentenza fa riferimento nell'affermare, ed in questo se ne percepisce la modernità e l'attitudine a sviluppare un pensiero armonico con il contesto della cultura europea, che il principale problema dell'automatismo è la sua cecità rispetto all'evoluzione, successiva al reato, delle relazioni tra il figlio minore e il genitore autore del reato medesimo. La pena accessoria si applica al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, il che significa anche dopo alcuni anni dal fatto delittuoso, quando i rapporti familiari potrebbero essersi sanati o comunque evoluti in termini tali che sarebbe contrario all'interesse del minore applicare la sanzione.

Un esempio molto chiaro della necessità di scindere il profilo della valutazione del comportamento dell'adulto e quello delle conseguenze giuridiche e fattuali che incidono sulla vita del minore è il caso Šneerson e Kampanella contro Italia, di cui la Corte EDU si è occupata alcuni anni fa, emettendo sentenza di condanna contro l'Italia, per violazione dell'art. 8 della Convenzione^[11]. Il caso Kampanella è esemplificativo perché si tratta appunto di una sottrazione internazionale e nella fattispecie non vi era dubbio alcuno che la madre, portando il bambino in Lettonia, contro la volontà del padre, rimasto in Italia, avesse agito illecitamente; per questa ragione il competente tribunale per i minorenni aveva emesso l'ordine di rimpatrio previsto dal reg. Regolamento(CE) n. 2201/2203 del 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis).

Ciononostante la Corte EDU ha ritenuto che staccare il bambino dalla madre costituisca una violazione dell'art. 8 in considerazione del trauma psicologico derivante sia dalla rottura improvvisa e irreversibile degli stretti legami tra madre e figlio, sia dal fatto di essere inserito drasticamente in un ambiente linguisticamente e culturalmente straniero. Pur nella considerazione che il padre aveva assicurato che, ritornando il bambino a Roma, sarebbe stato seguito da uno psicologo, la Corte ha ritenuto che ciò non fosse una alternativa equivalente a benessere psicologico intrinseco nei legami forti, stabili e tranquilli tra un bambino e sua madre. L'interesse del minore, in altre parole, pur non essendo sempre "superiore" nel senso che non è sottratto al bilanciamento con altri interessi^[12] può prevalere, in taluni casi, anche sulle esigenze di far seguire, all'accertamento del comportamento vietato, le conseguenze previste dalla legge. Ciò anche in virtù di quanto ritenuto dalla stessa Corte di Strasburgo in una altra decisione, che costituisce un *leading case* in tema di *best interests* del minore (citata anche dalla nostra Corte Costituzionale) e riferita anch'essa ad un caso di sottrazione internazionale. La Corte EDU ha affermato che l'interesse del minore comprende tanto l'interesse a mantenere regolari rapporti con i genitori quanto l'interesse a crescere in un ambiente sano, stabile e affidabile (*sound environment*). Il contatto con la famiglia si può recidere solo se essa è "*particularly unfit*"^[13]. In questa come in altre decisioni, la Corte di Strasburgo sembra adottare una sorta di presunzione, secondo la quale il miglior interesse dei figli è il fatto di mantenere rapporti con i propri genitori, che lo Stato ha il dovere di garantire, con

un adeguato “arsenale” di misure positive e salvo ricorrano circostanze di particolare gravità ^[14]. È chiaro poi che tra la famiglia perfetta (o la migliore famiglia possibile) e quella “particolarmente” inadeguata, o i cui membri siano adeguati in misura diversa, vi è tutta una scala di grigi dove l’indice misuratore e determinante diviene quello del diritto del minore a vivere in un ambiente sano, affidabile, stabile. Si tratta quindi di un accertamento estremamente complesso e che deve tenere conto della realtà dei fatti e del dinamismo che è connaturato alla relazione familiare, nonché del fatto che il tempo dell’adulto non è il tempo del minore, per il quale in spazi temporali brevi o relativamente brevi si gioca la partita della formazione armonica della personalità, con conseguenze talora non rimediabili. In questo contesto però non si deve dimenticare che le limitazioni all’esercizio della responsabilità genitoriale si pongono sempre come deroghe alla regola generale della pariteticità dei compiti parentali e quindi devono essere giustificate da una ragione forte e specificamente individuata. Il figlio, salvi i casi nei quali sia accertato un suo interesse di segno contrario, di regola fa riferimento ad entrambe le figure genitoriali, investite congiuntamente nei suoi confronti della responsabilità ^[15]. E’ questo il profilo qualificante e qualitativo del ruolo parentale, ben distinto da quello quantitativo, che si misura sui tempi di permanenza del minore presso l’uno o altro genitore; questo ultimo aspetto della relazione familiare, come rileva la Corte Costituzionale, non è impedito di per sé dalla pena accessoria, che però toglie alla relazione familiare la sua connotazione di paritetica funzione di scelta ed indirizzo del compito educativo.

3. Il miglior interesse del minore e il giudice idoneo ad accertarlo.

Ponendo al centro della questione la necessità di accertare in concreto il miglior interesse del minore è inevitabile, per chi abbia la cultura della giurisdizione intesa come momento in cui il diritto diventa reale perché ne viene assicurata (o talora negata) la tutela, porsi l’interrogativo di come si esegua questo accertamento e quale sia il giudice idoneo ad eseguire tale verifica. Ed è apprezzabile che la questione non resti sottotraccia nella sentenza, che ne tratta invece esplicitamente: pur nella consapevolezza che si tratta di scelte riservate al legislatore, la sentenza non manca di suggerire una via per affrontare la questione e cioè la necessità di assicurare un coordinamento con le autorità giurisdizionali – tribunale per i minorenni o, se del caso, tribunale ordinario civile – che siano già investite delle decisioni che riguardano direttamente il minore. E ciò anche al fine di garantire il rispetto della previsione – sancita espressamente dall’art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo e dagli artt. 3 e 6 della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, e ripresa in linea di principio a livello di legislazione ordinaria dagli artt. 336-bis e 337-octies cod. civ. – di sentire il minore.

In queste poche parole si scolpisce qui plasticamente il compito del giudice minorile -poiché tale è anche il giudice civile quando si occupa dei provvedimenti che riguardano il minore- e cioè quello di assicurare la tutela dei diritti alla persona vulnerabile e legalmente incapace, quindi in condizione di minor potere rispetto

all'adulto; la condizione di svantaggio non deve però precludere al minore di partecipare alle decisioni che lo riguardano e di esercitare i propri diritti personalissimi nella misura in cui lo consente il suo grado di maturità. Si tratta quindi di un giudice che deve rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla adeguata partecipazione del soggetto ai processi decisionali che lo riguardano. L'errore in cui talvolta si incorre quando si tratta dell'interesse del minore è quello di dargli una colorazione paternalistica e cioè ritenere che gli adulti competenti e il giudice, in quanto adulto super competente e se il caso coadiuvato da esperti delle scienze psicologiche, possano eterodeterminare, in via esclusiva, i contenuti dell'interesse del minore. In questo modo però l'interesse del minore finisce per diventare *“una nozione confusa e ambigua, sfuggente e indeterminata, idonea a essere impiegata con modalità molto fortemente condizionate dalle scelte di valore di chi vi ricorre”*[16].

L'interesse “migliore” non è infatti quello che risponde a parametri astratti ma quello che corrisponde alle esigenze di quello specifico minore di cui si tratta, ed alla individuazione del quale deve partecipare lo stesso minore, nella misura consentita dalla sua capacità di discernimento. Per questo la Corte di Cassazione ha in più occasioni affermato che l'ascolto del minore di almeno dodici anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse[17].

Sembra quindi che la Corte Costituzionale nell'esprimere un giudizio esplicito di illegittimità degli automatismi sanzionatori che non tengono conto degli interessi del minore, abbia anche indirettamente espresso un giudizio negativo sulle decisioni non assunte in esito ad un procedimento che consenta al minore di esprimere le proprie istanze ed opinioni tramite l'ascolto; decisioni che per questo rischierebbero di rivelarsi standardizzate e non attente alla peculiarità delle situazioni in concreto prospettate, valutate all'attualità. Il giudice penale dovrebbe quindi fondarsi o comunque tenere in debita considerazione i provvedimenti adottati, (e le valutazioni ad essi sottese), dalle altre autorità giudiziarie competenti per l'affidamento del minore stesso e la regolamentazione della responsabilità genitoriale. Del resto, è da presumere che dette decisioni, pur nella forma di provvedimenti provvisori o comunque modificabili *rebus sic stantibus* intervengano prima del giudicato penale, sicché di regola il giudice penale potrà avere a disposizione il provvedimento prima di adottare la sua decisione.

[1]V. Corte cost. 15/2/ 2012 n. 31; Corte Cost. 23/1/ 2013, n. 7.

[2] Attuata tramite la legge 10 dicembre 2012 n. 219 e il D.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154.

[3] Approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 a New York, la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 è un fondamentale strumento di tutela giuridica dell'infanzia. Da ricordare anche la Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con legge 20 marzo 2006, n. 77 sull'esercizio dei diritti del fanciullo.

[4] Corte EDU, Grande Camera, 6/7/2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*; Corte EDU, Grande Camera, 26/11/2013, *X c. Lettonia*.

[5] LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia*, speciale Corte Strasburgo, aprile 2019.

[6] LAMARQUE, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*^[SEP] in tema di *giustizia minorile*, in *Famiglia e Diritto*, 2018, 13, 294.

[7] CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia* in www.minoriefamiglia.it L'A. osserva che i diritti viaggiano, o meglio devono viaggiare, "su binari che continuamente si intersecano e si intrecciano, di guisa che l'omessa considerazione anche di uno solo di quei diritti incide, danneggiandola, sulla tutela dell'altro, apparentemente garantito, ma in realtà non pienamente tutelato".

[8] Cass. 19/4/2002, n. 5714, in *Fam. e Dir.*, 2002, 415; Corte Cost. 27/3/1992, n. 132, in *Giur. cost.*, 1992, 1108. In dottrina cfr. ARCERI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, 2a ed., I, Milano, 2009.

[9] Per la valutazione negativa delle misure coercitive nei confronti del minore si veda Corte EDU, *V.A.M. c. Serbia*, 13/3/2007; Corte EDU, *Amanalachioai c. Romania*, 26/5/2009.

[10] Da ricordare che le Linee guida del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di minore richiedono al giudice una diligenza eccezionale nelle questioni di diritto di famiglia, che venga costantemente applicato il principio della urgenza per fornire una risposta rapida e per proteggere al meglio l'interesse del minore.

[11] Corte EDU, 12/7/2011, *Šneerson e Kampanella c. Italia*.

[12] Corte Cost. 18/12/2017 n. 272; Cass. sez. un. 12/6/2019 n. 15750, laddove con riferimento al permesso di soggiorno speciale previsto dall'art. 31 del Dlgs d.lgs. n. 286 del 1998 si afferma che "il preminente diritto del minore a non vedersi privato della figura genitoriale fino ad allora presente nella sua vita di relazione non è assoluto, potendo risultare in concreto recessivo, all'esito di un

circostanziato esame del caso”; in particolare si tratta qui delle esigenze di ordine pubblico con le quali l’interesse del minore viene in bilanciamento.

[13] Corte EDU, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit.

[14] Si vedano Corte edu, *Lombardo c. Italia*, 29/1/2013; Corte edu, *Piazzi c. Italia*, 2/11/2010.

[15] Si veda, anche per i riferimenti bibliografici, AL MUREDEN “*La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*” in *Famiglia e Diritto*, 2014, 466.

[16] LENTI “*L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: espansione e trasformismo*”, in *NGCC* 2016, 1 148. L’A. osserva che nella giurisprudenza della Corte EDU è frequente che la Corte ritenga i minori che hanno raggiunto l’età del discernimento come migliori interpreti del proprio stesso interesse, attribuendo un ruolo spesso decisivo alle loro scelte e non mettendo in dubbio che non siano eseguibili in via forzata le decisioni che se ne discostano.

[17] Cass. 07/05/2019 n. 12018; Cass. civ. 26/3/2015 n. 6129.