

***Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale
censura un altro automatismo legislativo***

Note a margine della sentenza n. 102/2020*

di **Marta Picchi** – *Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze*

ABSTRACT: The Constitutional Court reiterated the unconstitutionality of the punitive automatism in the area of parental responsibility because the principle of the best interests of the child requires that the suspension of parental responsibility is in accordance with the child's needs when is applied. Furthermore, punitive measures cannot directly and inevitably involve a not guilty person particularly protected by the legal system. This creative judgment, while placing itself in the wake of the constitutional case-law, presents multiple profiles of interest that this essay reconstructs by paying attention to those arguments that may also be useful in other particularly topical areas.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda e le questioni sollevate dalla Corte di cassazione. – 3. Una nuova pronuncia manipolativa a contenuto sostitutivo per tutelare l'interesse superiore del minore. – 3.1. Le sanzioni accessorie non possono avere conseguenze punitive nei confronti del minore estraneo al fatto di reato ... – 3.2. Segue: ... e l'interesse del minore deve essere apprezzato in concreto. – 4. Riflessioni conclusive ... – 5. Segue: ... e possibili prospettive.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Introduzione

La sentenza¹ che si annota presenta molteplici profili di interesse, apprezzabili sotto differenti angolature. In generale, gli automatismi legislativi sono «quelli che, al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma»². In ambito penale, gli automatismi della legge pongono dei vincoli alla discrezionalità giudiziale nella definizione del trattamento sanzionatorio dei singoli casi concreti³, nell'applicazione delle misure cautelari⁴, nonché nella fase esecutiva della pena e dell'accesso dei condannati ai benefici penitenziari⁵, provocando inevitabili tensioni con i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità.

¹ Fra i primi commentatori vi sono: G. LEO, *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, in *SP*, 1 giugno 2020; R. 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), in www.giustiziainsieme.it, 22 giugno 2020; J. BURATO, *Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale e best interest of the child*, in *Penale Diritto e Procedura*, 16 luglio 2020.

² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, 210.

³ Basti pensare alla l. n. 251/2005 (*Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*) che ha ridotto i margini di determinazione discrezionale della pena da parte del giudice in caso di imputati recidivi reiterati ponendo, ad esempio, il divieto di valutare le attenuanti generiche (limitazione venuta meno per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 183/2011).

⁴ In particolare, a fronte dell'incremento dei casi di applicazione obbligatoria della custodia in carcere (art. 2, comma 1, d.l. n. 11/2009, recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, convertito con modifiche dalla l. n. 38/2009), la Corte è intervenuta più volte, a partire dalla sentenza n. 275/2010.

⁵ Anche in questo caso, gli interventi compiuti dalla Corte costituzionale sono numerosi. Guardando a quelli più recenti, la sentenza n. 18/2020 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1, l. n. 354/1975 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*) nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche alle condannate madri di figli affetti da *handicap grave*, ex art. 3, comma 3, l. n. 104/1992 (*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*), indipendentemente dalla loro età, considerato che le condizioni di vita e di salute delle persone colpite da disabilità grave tendono ad aggravarsi e ad acuirsi con l'avanzare dell'età, sicché delimitare il beneficio penitenziario in questione in ragione di un parametro meramente anagrafico è costituzionalmente illegittimo quando si tratta di persona gravemente disabile (in precedenza, in termini analoghi, si è espressa la sentenza n. 350/2003 relativamente alla detenzione domiciliare ordinaria). A questo proposito, si rinvia a: G. LEO, *La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, in *DPC*, 17 febbraio 2020; F. MARTIN, *Detenzione domiciliare speciale alla condannata madre: una incisiva apertura della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, n. 3, 2020, 1 ss.; 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 *Rivista AIC*, n. 3, 2020, 632 ss. Inoltre, di recente, la Corte ha pronunciato, con una sentenza additiva (n. 174/2018), l'incostituzionalità dell'art. 21-*bis* (*Assistenza all'esterno dei figli minori*), l. n. 354/1975, nella parte in cui, facendo rinvio all'art. 21 della medesima legge, escludeva il detenuto condannato per uno dei reati elencati all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, della medesima legge dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni oppure lo subordinava all'espiazione di una frazione di pena, giacché l'interesse del minore potrà

Questo significa che la discrezionalità giudiziale non può sopportare restrizioni oltre una certa soglia⁶. Difatti, la riserva di giurisdizione svolge una «funzione di garanzia imposta dall'*habeas corpus* dell'art. 13 Cost.»⁷, perché funzionale a consentire l'applicazione di trattamenti differenziati in ragione delle diversità che si presentano e, di conseguenza, a perseguire anche la finalità rieducativa della pena. In altre parole, le presunzioni assolute precludono al giudice la possibilità di verificare in concreto la sussistenza della *ratio* giustificatrice della disciplina da applicare e, soprattutto, di svolgere un corretto bilanciamento dei molteplici parametri di cui deve tener conto, a maggior ragione quando gli automatismi legislativi determinino delle ricadute immediate nei confronti di soggetti estranei al fatto di reato, come possono essere i figli minorenni.

essere considerato recessivo solo a seguito della verifica in concreto della sussistenza e della consistenza delle esigenze di protezione della società dal crimine e non anche di indici presuntivi che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni: cfr. 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 *DPC*, n. 11, 2018, 105 ss., e M. PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Forum di quaderni costituzionali – Rassegna*, n. 3, 2019. Occorre poi ricordare che, di recente e sulla spinta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il Giudice costituzionale è giunto a dichiarare l'illegittimità costituzionale (sentenza n. 253/2019) dell'art. 4-bis, comma 1, l. n. 354/1975, nella parte in cui non prevede che i detenuti condannati all'ergastolo per taluni reati non possano essere ammessi alla fruizione dei permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, quando siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Fra i molti commenti, si rinvia a: M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *SP*, 12 dicembre 2019; A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, n. 1, 2020, 160 ss.; S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019) n. 253*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2020, 324 ss.; M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, *ivi*, 354 ss.; F. FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, in *Cassazione penale*, n. 3, 2020, 1019 ss. Successivamente, la Corte ha altresì precisato (sentenza n. 263/2019) che l'ostatività ai benefici penitenziari non può, a maggior ragione, operare nei confronti dei minorenni poiché, in questi casi, la finalità rieducativa della pena, se non esclusiva, è sicuramente preminente: v. S. BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *SP*, 29 gennaio 2020; A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, 501 ss.; G. MANTOVANI, *L'esecuzione penale minorile abbandona definitivamente il modello decisorio caratteristico del "doppio binario trattamentale". Anche nei confronti dei detenuti per i reati di "prima fascia" non collaboranti l'accesso ai benefici penitenziari deve essere valutato caso per caso*, in *Cassazione penale*, n. 4, 2020, 1476 ss.

⁶ Cfr. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionale*, in *DPC*, 7 gennaio 2014.

⁷ D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, p. 18. Sul tema degli automatismi legislativi si vedano anche le considerazioni di: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 92; T. GROPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 29 luglio 2003; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, 14 ss.

In particolare, per quanto riguarda le sanzioni fisse, principali⁸ e accessorie⁹, la Corte ne ha denunciato progressivamente la tendenziale contrarietà con i principi di uguaglianza, di ragionevolezza, di proporzione e con la finalità rieducativa della pena sebbene, in una prima fase, abbia ritenuto di doversi limitare a pronunciare la non fondatezza o l'inammissibilità della questione sollevata affermando di non poter intervenire con pronunce creative, specie se non a "rime costituzionali obbligate", perché queste avrebbero implicato un'ingerenza nelle scelte discrezionali di spettanza del solo legislatore¹⁰.

Gradualmente, la Corte costituzionale¹¹ si è però emancipata tanto dall'imprescindibile individuazione del cosiddetto *tertium comparationis* quanto dalla necessità di un intervento "a rime obbligate", e si è adoperata per rimuovere gli automatismi¹² in quei casi in cui si presenta la

⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 50/1980 e il relativo commento di C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 1981, 726 ss. Nondimeno, la Corte costituzionale (sentenza n. 299/1992) ha anche denunciato, sul versante opposto, i casi di eccessiva ampiezza della previsione edittale, tali da trasformare il potere discrezionale del giudice in potere arbitrario: cfr. C. F. GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, n. 4, 1992, 1474 ss.

⁹ La Corte ha anche auspicato a più riprese la necessità che il legislatore ponga mano a una riforma del sistema delle pene accessorie: ordinanza n. 293/2008, sentenze nn. 293/2008, 134/2012, 31/2012, 222/2018.

¹⁰ Cfr. V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *DPC*, 28 gennaio 2013.

¹¹ In ambito penale, la Corte costituzionale ha ritenuto, per lungo tempo, di dover limitare il proprio sindacato reputando che le scelte di politica criminale dovessero spettare alla volontà del corpo rappresentativo perché la decisione sul quando e con quale intensità punire richiede valutazioni di natura politica: v. V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del 'favor rei'. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di Giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005, 288 ss.; G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 1021 ss.; G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2006, 4160 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss. (spec. 317 ss.); M. D'AMICO, *Sulla "costituzionalità" delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 6, 1990, I, 254 ss. (spec. 256); ID., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, 1 ss.; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017.

¹² V. E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1994, 3203 ss.; G. ARIOLLI, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità educativa della pena*, in *Cassazione penale*, n. 1, 1995, 29 ss.; F. CURI, *L'attività "paralegislativa" della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 1995, 1091 ss.; P. MAZZI, *Minimo edittale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzione*, *ivi*, 1101 ss.; M. VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2-3, 1996, 788; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 1998, 371 ss.; D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2007, 181 ss.; V. N. D'ASCOLA, *Il trattamento sanzionatorio della falsa testimonianza al vaglio dei principi costituzionali di proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2010, 575 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Rivista italiana di*

possibilità di introdurre una soluzione ragionevole rispetto a quella sottesa alle norme censurate¹³ ovvero, per quanto riguarda le pene accessorie, quando i beni di cui tener conto sono di particolare importanza¹⁴.

diritto e procedura penale, n. 4, 2016 1956 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2016, 2105 ss.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPC*, 14 novembre 2016; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Diritto penale e processo*, n. 4, 2017, 473 ss.; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2017, 381 ss.

¹³ Nel corso del tempo, l'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale – da ultimo riassunto nella sentenza n. 136/2020 (cons. dir. p.ti 5 e 6) – ha precisato che la determinazione del trattamento sanzionatorio per le fattispecie di reato è riservata alla discrezionalità del legislatore, che è particolarmente ampia poiché trova un limite solo nella manifesta irragionevolezza delle scelte operate nel definire la cornice edittale delle pene. Il livello più o meno elevato del contrasto delle condotte penalmente rilevanti mediante la definizione dell'intervallo tra il minimo e il massimo della pena, appartiene alle scelte di politica criminale del legislatore e, così, anche la decisione di reprimere con pene più gravi fattispecie penali ritenute maggiormente lesive di beni giuridici tutelati e connotate da un particolare allarme sociale. L'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nella determinazione della pena edittale (cfr. sentenze nn. 148/2016, 179/2017, 222 e 233 del 2018, 284/2019) implica che le sue scelte siano sindacabili soltanto quando siano manifestamente irragionevoli o arbitrarie (cfr. sentenze nn. 56/2016, 137/2020), come nel caso in cui vi siano evidenti differenze sanzionatorie fra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione (cfr. sentenze nn. 161/2019 e 68/2012) o quando le pene comminate siano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto come reato (cfr. sentenze nn. 233/2018, 40/2019, 73/2020). Gradualmente, il sindacato di conformità al principio di proporzione della pena edittale si è sganciato dall'individuazione di un preciso *tertium comparationis* (anticipazioni in tal senso sono già nella sentenza n. 236/2016, anche se, in quel caso, il nuovo trattamento sanzionatorio viene pur sempre individuato come l'unico praticabile) da cui mutuare la cornice sanzionatoria destinata a sostituirsi a quella dichiarata incostituzionale perché è stato privilegiato un modello di sindacato sulla proporzionalità intrinseca della pena: ossia, valutando direttamente la manifesta eccessività della pena rispetto al fatto sanzionato e ricercando, poi, nel sistema punti di riferimento già esistenti per ricostruire in via interinale un nuovo quadro sanzionatorio rispetto a quello dichiarato incostituzionale, nell'attesa di un auspicato intervento del legislatore volto a rimodulare la misura della pena nel rispetto dei principi costituzionali (cfr. sentenza n. 284/2019). Non solo, la Corte ha altresì precisato che, ai fini della valutazione del trattamento sanzionatorio complessivo, quando la pena pecuniaria concorra congiuntamente con quella detentiva, la ragionevolezza della pena deve essere giudicata secondo una valutazione complessiva dando rilievo all'unitarietà del trattamento sanzionatorio complessivamente predisposto dal legislatore poiché il giudice, attraverso la gradualità della pena detentiva comminata congiuntamente a quella pecuniaria, gode di un consistente margine di adeguamento del trattamento sanzionatorio alle peculiarità del caso concreto (cfr. ordinanze nn. 91/2008 e 475/2002, sentenze nn. 142/2017 e 233/2018). Su questi temi, si rinvia a: G. LEO, *Valori edittali di pena e sindacato di costituzionalità: la Consulta dichiara inammissibile una questione concernente la sanzione pecuniaria per il furto monoaggravato*, in *SP*, 13 luglio 2020.

¹⁴ Ad esempio, mentre la Corte faceva cadere, come diremo, alcuni automatismi concernenti la potestà genitoriale (sentenze nn. 31/2012 e 7/2013) rivolgendo la propria attenzione alla necessaria tutela dell'interesse superiore del minore, nello stesso periodo si trincerava dietro l'inammissibilità delle questioni proposte a fronte delle pene accessorie contemplate in caso di condanna per i fatti di bancarotta sostenendo che, qualora avesse adottato una pronuncia manipolativa, si sarebbe trattato di un'indebita sostituzione nei confronti del legislatore vista, fra l'altro, la mancanza di "rime obbligate": cfr. Corte cost., sent. n. 134/2012 e ord. n. 208/2012. Successivamente, la Corte costituzionale è tornata sul problema (sentenza n. 222/2018) stavolta, però, con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo. Secondo, E. APRILE, *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di illegittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie*, in *Cassazione penale*, n. 3, 2019, 1004 ss., la Corte avrebbe così iniziato un nuovo percorso giurisprudenziale volto a verificare il rispetto del principio di proporzione e ragionevolezza nella disciplina delle sanzioni penali accessorie, coerentemente al filone giurisprudenziale maturato nel tempo per il trattamento sanzionatorio in materia penale. Lo stesso Presidente della Corte costituzionale,

Questa evoluzione giurisprudenziale è maturata anche per ovviare a un ulteriore problema: il mancato recepimento delle sollecitazioni e dei moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore affinché alcuni ambiti del diritto penale vengano riformati¹⁵.

La sentenza n. 102/2020 si pone nel solco della giurisprudenza che si è occupata della pena accessoria della sospensione e decadenza dalla responsabilità genitoriale ritenendo di dover valorizzare l'interesse superiore del fanciullo e, dunque, di dover rimuovere le preclusioni che impediscono al giudice, in palese contrasto col principio di uguaglianza e di ragionevolezza, ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse del minore e la necessità di applicare la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso.

La progressiva ascesa del principio dei *best interests* del minore ha segnato un mutamento radicale nella giurisprudenza costituzionale che si è occupata del settore dei "Delitti contro la famiglia", grazie anche alla progressiva affermazione di tale principio nelle fonti internazionali e in sede di riforma della normativa interna. L'altro profilo degno di rilievo attiene per l'appunto al fatto

G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionRelazioniPresidenti.do>, 21 marzo 2019, parla di significativa novità perché la Corte costituzionale ha ritenuto di poter surrogare l'originaria e incostituzionale risposta punitiva con una delle non univoche soluzioni già presenti nel sistema. In questa maniera, sebbene gli spazi di pronuncia della Corte divengano molto più ampi, tuttavia la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata perché il legislatore potrà comunque intervenire per adottare un diverso trattamento sanzionatorio ritenuto più congruo e, in ogni caso, la Corte si trova «a scegliere una normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito» (spec. 16 ss.). Sul tema si rinvia, anche per posizioni talvolta critiche, a: A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *DPC*, 10 dicembre 2018; G. MARINO, *Bancarotta fraudolenta: la durata dell'inabilitazione all'esercizio d'impresa è incostituzionale?*, in *Diritto & Giustizia*, n. 217, 2018, 6 ss.; R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2018, 2566 ss.; ID., *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *DPC*, n. 2, 2019, 139 ss.; E. CORUCCI, *Bancarotta fraudolenta: incostituzionale la durata fissa e indifferenziata delle pene accessorie*, in *Ilpenalista.it*, 29 gennaio 2019; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a rime possibili*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, *ivi*, n. 2, 2019, 251 ss.; P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, n. 2, 2019, 216 ss.; A. CREMONE, *Sanzioni accessorie ai reati fallimentari: ragionevolezza delle leggi e sindacato costituzionale in campo economico. (Commento a C. Cost. 5 dicembre 2018, n. 222)*, in *federalismi.it*, n. 2, 2020, 81 ss.; P. INSOLERA, *Oltre le "rime costituzionali obbligate": la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 1, 2020, 40 ss.; A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cassazione penale*, n. 1, 2020, 19 ss.; M. ROMANO, *Forme di automatismo nell'applicazione delle sanzioni interdittive*, in *Archivio penale*, n. 1, 2020, 1 ss.

¹⁵ Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2019, 644 ss. (spec. 653), il quale porta l'esempio della sentenza n. 40/2019 (anch'essa sostitutiva) ove viene dato rilievo proprio al mancato seguito del monito contenuto nella sentenza n. 179/2017.

che questa pronuncia costituisce un ulteriore corollario nella definizione del superiore interesse del minore con alcuni arricchimenti che possono dimostrarsi importanti, come dirò, anche ad altri fini.

2. La vicenda e le questioni sollevate dalla Corte di cassazione

Una madre di due minori era stata condannata in primo grado dal Tribunale di Grosseto per il reato di cui all'art. 574-bis c.p.¹⁶, avendo trattenuto all'estero i figli – affidati congiuntamente ad entrambi i genitori – contro la volontà del padre: la pronuncia era poi stata confermata dalla Corte d'appello di Firenze che aveva condannato l'imputata alla pena di due anni e sei mesi di reclusione e al risarcimento del danno in favore della parte civile. Nei confronti della madre era stata applicata anche la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale per la durata prevista dalla legge: ossia, per un periodo di tempo doppio rispetto alla pena inflitta (art. 34, comma 2, c.p.)¹⁷.

Il ricorso in sede di legittimità proponeva diverse doglianze e avanzava la richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 34, comma 2, 388 e 574-bis c.p. per contrasto con gli artt. 2, 3, 10, 27, 30 e 117 Cost. in relazione all'art. 3 della *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 20 Novembre 1989 e all'art. 24, par. 2, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Infatti, era sostenuta l'illegittimità delle norme che prevedono un automatismo

¹⁶ Art. 574-bis (*Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*) c.p.: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque sottrae un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della responsabilità genitoriale, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Se il fatto di cui al primo comma è commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo consenso, si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni. Se i fatti di cui al primo e al secondo comma sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale». Questa fattispecie di reato è stata introdotta dall'art. 3, comma 29, lett. b), l. n. 94/2009, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, in seguito anche ad alcune sollecitazioni del Parlamento europeo, per migliorare la risposta sanzionatoria a fronte di nuovi e più frequenti comportamenti illeciti verso figli minorenni, in caso di crisi dei rapporti fra genitori di differente nazionalità, soprattutto in ragione dell'aumento delle unioni miste e della maggiore mobilità della popolazione: cfr. L. PICOTTI, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero: difficoltà applicative e spunti interpretativi*, in *DPC*, 17 aprile 2015, il quale critica comunque la formulazione non chiara della fattispecie, soprattutto nell'individuazione del bene tutelato e nella descrizione della condotta, tanto da avere creato non pochi problemi e differenti soluzioni applicative in ambito giurisprudenziale.

¹⁷ Art. 34 (*Decadenza dalla responsabilità genitoriale e sospensione dall'esercizio di essa*), comma 2, c.p.: «La condanna per delitti commessi con abuso della responsabilità genitoriale importa la sospensione dall'esercizio di essa per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta».

nell'applicazione della pena accessoria della sospensione dalla responsabilità genitoriale in caso di condanna dell'autore del fatto poiché la norma deve essere considerata non solo nella prospettiva di chi subisce la pena accessoria, ma anche di coloro (i figli minorenni) su cui si irradiano le conseguenze delle restrizioni imposte al condannato.

La Corte di cassazione ha accolto la richiesta¹⁸ e ha così sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 34, comma 2, e 574-bis, comma 3, c.p., nella parte in cui impongono che alla condanna per i fatti previsti dalla norma penale da ultimo citata, commessi dal genitore in danno del figlio minore, consegua automaticamente e per un periodo predeterminato dalla legge la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, prospettando il contrasto con gli artt. 2, 3, 27, comma 3, 30 e 31 Cost., nonché con l'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 l. n. 176/1991¹⁹.

Nel complesso, l'ordinanza del Giudice di legittimità è ben articolata, tanto è vero che la Corte costituzionale, nella sua decisione, segue la ricostruzione prospettata anche per i riferimenti alla giurisprudenza e alla normativa internazionale²⁰. I punti chiave della lettura compiuta dalla Corte di cassazione²¹ sono due: anzitutto, la norma incriminatrice viene messa a fuoco non solo guardando

¹⁸ Corte cass., sez. VI pen, ordinanza 22 gennaio 2019, n. 27705. A commento si vedano i contributi di P. GASPARI, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero. Ombre di incostituzionalità sulla sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale*, in *lpenalista.it*, 16 settembre 2019, e C. MINNELLA, *È incostituzionale, in caso di condanna, l'automatica sospensione della responsabilità genitoriale?*, in *Diritto & Giustizia*, n. 115, 2019, 6 ss. Quest'ultimo Autore evidenzia come la rimessione ha fatto seguito al decreto del 18 gennaio del Tribunale per i minorenni di Caltanissetta, mediante il quale è stato deciso di non dichiarare la decadenza dalla potestà genitoriale stante l'assenza di condotte pregiudizievoli da parte del padre nei confronti dei propri figli ed essendo emersa, nel corso dell'istruttoria, la sussistenza di una relazione affettiva tra i minori e il padre, il quale si adoperava, nei limiti del possibile tenuto conto del proprio stato di detenzione, al fine di poter essere partecipe della vita dei figli e di mantenere con gli stessi rapporti significativi e continuativi.

¹⁹ In precedenza, analoga questione era stata sollevata dal Tribunale di Firenze (ordinanza del 17 aprile 2012). Tuttavia, la Corte costituzionale aveva dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità poiché il giudice *a quo* aveva ommesso qualsiasi accenno ai fatti di causa impedendo così alla Corte di svolgere lo scrutinio in punto di rilevanza della questione. Omissione ritenuta ancor più significativa in quell'occasione perché la Corte veniva sollecitata ad adottare una pronuncia attraverso la quale consentire al giudice di effettuare una valutazione in concreto dell'incompatibilità del previsto automatismo rispetto alle esigenze effettive di tutela del minore nella vicenda specifica: cfr. Corte cost., ord. n. 150/2013.

²⁰ La Corte costituzionale dichiara però inammissibile la censura formulata in riferimento all'art. 10 Cost., in relazione alla *Convenzione sui diritti del fanciullo*, rammentando che il diritto pattizio vincola il potere legislativo statale e regionale per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost. mentre il parametro costituzionale invocato dal giudice *a quo* si riferisce al solo diritto internazionale generale, comprensivo delle norme consuetudinarie ma non di quelle pattizie (cons. dir. p.to 3.2).

²¹ L'argomentazione della Corte di cassazione presuppone una ricostruzione della fattispecie di reato di cui all'art. 574-bis c.p. in termini di reato plurioffensivo (nonostante la non felice formulazione da parte del legislatore) poiché

alla condotta di chi subisce la sanzione ma considerando principalmente gli effetti delle limitazioni imposte al condannato che ricadono sui figli minori.

Da questo punto di vista, tale ordinanza di remissione conferma l'approdo cui è giunto il percorso evolutivo della giurisprudenza²²: il passaggio dalla originaria tutela penale dell'esercizio della patria potestà alla tutela della potestà di entrambi e, infine, alla tutela della responsabilità genitoriale nel preminente interesse del minore ha portato ad affermare che la tipicità e l'offensività della condotta devono essere valutate anche alla luce di tale interesse.

Ne consegue – e in ciò consiste il secondo punto chiave della ricostruzione della sesta sezione – che la norma penale censurata pone delle criticità perché l'automatismo contemplato preclude al giudice – in contrasto, peraltro, con la giurisprudenza costituzionale più recente – la possibilità di valutare e bilanciare, nel caso concreto, l'interesse del minore con la necessità di applicare la pena accessoria: da qui, la lesione del diritto inviolabile del fanciullo di crescere con i genitori, sempreché non sussista il pericolo di un grave pregiudizio per lo stesso. In sostanza, al giudice è preclusa la possibilità di valutare la corrispondenza tra la sospensione dalla responsabilità genitoriale e gli interessi dei minorenni e, quindi, di effettuare un bilanciamento tra i diritti di questi ultimi e le esigenze punitive dello Stato verso i genitori.

anche il minore deve essere considerato soggetto passivo, in quanto titolare dei beni che possono essere lesi dall'ostacolo frapposto all'esercizio della responsabilità genitoriale: cfr. A. VALSECCHI, *Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenni*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Giappichelli, Torino, 2009, 278. In particolare, ne dà conto, ampiamente, 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, la quale analizza puntualmente gli elementi integrativi di questa fattispecie di reato ritenendo, però, che il legislatore abbia privilegiato la tutela del titolare della responsabilità genitoriale mentre i diritti del minore rimarrebbero in secondo piano, dando così vita a tutta una serie di difficoltà in sede interpretativa/applicativa. L'Autrice osserva come la portata innovativa di questa fattispecie di reato introdotta nel 2009 si riduca soltanto alla procedibilità d'ufficio e a un limitato inasprimento del trattamento sanzionatorio.

²² Questa evoluzione trova altresì conferma nelle riforme legislative che, oltre a sostituire il concetto di responsabilità genitoriale a quello di potestà genitoriale, hanno gradualmente riconosciuto spazio all'ascolto del minore nelle procedure che lo riguardano abbracciando una diversa prospettiva che intende il minore non più solo un soggetto che necessita di protezione, secondo un modello di disciplina di tipo paternalistico, ma un soggetto titolare di propri diritti, secondo una visione di tipo emancipante e responsabilizzante: cfr. S. D'AMATO, *L'internazionalizzazione delle relazioni familiari*, cit., 19 ss.

3. Una nuova pronuncia manipolativa a contenuto sostitutivo per tutelare l'interesse superiore del minore

La Corte costituzionale, prima di entrare nel merito della questione, compie una breve ricostruzione del contesto normativo nel quale le norme impugnate si pongono, allo scopo di definire l'oggetto delle censure del giudice *a quo*.

Procede così ad inquadrare l'art. 34 c.p.²³ che disciplina in via generale le pene accessorie della decadenza e della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, attingendo alle disposizioni civilistiche per ricostruire i contenuti della responsabilità genitoriale, espressione introdotta nel codice penale dall'art. 93, lett. c), d.lgs. n. 154/2013 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*) in sostituzione della precedente formula «potestà dei genitori». La Relazione illustrativa²⁴ al decreto legislativo – alla quale la Corte attinge – chiarisce che la nozione di responsabilità genitoriale, presente da tempo in numerosi strumenti internazionali, è quella che meglio definisce i contenuti dell'impegno genitoriale che non deve più essere inteso come una potestà sul figlio minore, ma come l'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio. L'espressione indica una situazione giuridica complessa che riassume i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione ed è più ampia della nozione di potestà genitoriale perché ricomprende anche la componente economica rappresentata dall'obbligo di mantenimento dei figli. La nuova formula dà risalto alla prospettiva che nel tempo si è sviluppata e che, oramai, è affermata e condivisa: cioè, il fatto che i rapporti genitori-figli non devono più essere considerati secondo il punto di vista dei primi, bensì ponendo in risalto l'interesse superiore dei figli minori.

Dopodiché, la Corte rivolge la propria attenzione all'art. 574-*bis* c.p. richiamando brevemente la *ratio* della novella del 2009 e il relativo trattamento sanzionatorio: cioè, la finalità di apprestare una più energica tutela penale per contrastare l'odioso fenomeno della sottrazione o del trattenimento di minori all'estero contro la volontà di uno o entrambi i genitori esercenti la responsabilità genitoriale ovvero del tutore, con l'effetto di impedire a costoro l'esercizio della responsabilità stessa²⁵.

²³ Cfr. Corte cost., sent. n. 102/2020, cons. dir. p.to 2.1.

²⁴ La Relazione illustrativa è reperibile alla pagina http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.aspx?file=0025_F001.pdf&leg=XVII.

²⁵ Cfr. cons. dir. p.to 2.2.

Già in questa parte ricostruttiva della pronuncia è possibile capire l'orientamento che il Giudice costituzionale intende seguire: invero, l'esame dell'art. 34 c.p. è molto articolato e la Corte indugia sull'evoluzione prodottasi nel tempo proprio per sottolineare l'importanza dell'approdo alla nozione di responsabilità genitoriale che, poi, utilizza per motivare le ragioni della propria decisione, sebbene quest'ultima venga ristretta al sindacato del solo art. 574-*bis* c.p., vista la dichiarata inammissibilità delle questioni riguardanti l'art. 34, comma 2, c.p.²⁶.

La Corte costituzionale, nel passare ad esaminare il merito della questione, riassume i tre profili di censura dell'art. 574-*bis* c.p.²⁷: l'imposizione al giudice penale di irrogare la sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale anche nel caso in cui vi sia un preminente interesse del minore di segno contrario²⁸; la violazione del diritto del minore a

²⁶ Infatti, la Corte ritiene (cons. dir. p.ti 3.1.1 e 3.1.2) che l'estensione del sindacato di costituzionalità all'art. 34, comma 2, c.p. sui profili concernenti l'automatismo nell'*an* della sanzione accessoria sia, anzitutto, inutile rispetto agli scopi perseguiti dalla sezione rimettente perché la previsione contenuta nell'art. 574, comma 3, c.p. è *lex specialis* rispetto alla prima disposizione e, quindi, è destinata a trovare applicazione, in caso di condanna per il delitto di sottrazione o trattenimento di minore all'estero, in luogo della *lex generalis*. Inoltre, detta estensione eccede gli scopi poiché l'art. 34, comma 2, c.p. si applica alla generalità dei delitti commessi con abuso della responsabilità genitoriale, ai quali però l'ordinanza di rimessione non è riferibile. Parimenti inammissibile è la questione concernente il *quantum* della pena accessoria contemplata nell'articolo appena richiamato perché dall'ordinanza di rimessione si ricava che la ricorrente non ha articolato motivi di ricorso sul *quantum* della pena accessoria applicata, concentrando le censure sul solo *an* della sua applicazione. 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. Peraltro, non mancano casi in cui i giudici di merito cercano di ovviare all'inadeguatezza del *quantum* della sanzione accessoria con soluzioni che si sganciano completamente dall'art. 34, comma 2, c.p. e procedono a una determinazione secondo un criterio di equità: cfr. Tribunale Lecce, sez. I, sentenza 12 febbraio 2019, n. 66.

²⁷ Cfr. cons. dir. p.to 4.

²⁸ In particolare, la Corte (cons. dir. p.to 4.1) richiama le principali fonti internazionali dalle quali si ricava che «deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (*best interests*) o dell’“interesse superiore” (*intérêt supérieur*) del minore»: la *Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, la *Convenzione sui diritti del fanciullo* (art. 3, comma 1), la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (art. 24, comma 2) e la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (art. 8, nella lettura datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo). Peraltro, tale principio era già stato ricavato dalla Corte costituzionale dall'art. 30 Cost. ritenendo che le decisioni riguardanti il minore devono sempre ricercare «“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’” (sentenza n. 11 del 1981)», e, poi, era stato utilizzato nell'applicazione dell'art. 31 Cost. (in particolare, la Corte richiama, fra le altre, le sentenze nn. 272/2017 e 187/2019).

mantenere relazioni con entrambi i genitori²⁹; l'esistenza di un automatismo legislativo incompatibile con la necessità di una valutazione caso per caso nell'adozione di un provvedimento riguardante direttamente il minore³⁰.

La Corte osserva come il delitto in questione presenti un'elevata gravità e abbia un carattere plurioffensivo perché lede il diritto dell'altro genitore e il diritto del minore a vivere la propria relazione con quest'ultimo, anche nel caso in cui il minore stesso abbia manifestato il proprio consenso³¹: difatti, anche laddove il rapporto con un genitore sia pregiudizievole e, per questa ragione, debba essere interrotto, la valutazione spetta unicamente all'autorità giudiziaria competente, in seguito a un'accurata istruttoria che non può essere anticipata in via unilaterale dall'altro genitore neppure quando sia animato dalle migliori intenzioni, salvo il caso dello stato di necessità.

L'elevata gravità del reato e proprio il carattere intrinsecamente offensivo rispetto all'interesse del minore distingue questo caso da due precedenti occasioni in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'automatismo applicativo della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale in conseguenza della condanna per i delitti di alterazione³² e soppressione

²⁹ La Corte ricostruisce il contesto legislativo (artt. 315-*bis*, commi 1 e 2, e 337-*ter*, comma 1, c.c.), internazionale (artt. 8, comma 1, e 9, commi 1 e 3, della *Convenzione sui diritti del fanciullo*, art. 24, comma 3, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, art. 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) e costituzionale, dal quale si ricava il diritto del minore a mantenere un rapporto con entrambi i genitori. In particolare, l'art. 30, comma 1, della Costituzione, nel sancire il dovere dei genitori di educare i figli, non può che presupporre il correlativo diritto del minore a essere educato da entrambi i genitori, implicando necessariamente il suo diritto a vivere con loro una relazione diretta e personale, salvo che questa possa essere di concreto pregiudizio per i suoi interessi (cons. dir. p.to 4.2). Non solo, ma tali diritti della persona umana sono altresì riconducibili nell'art. 2 Cost. sia perché sono diritti inviolabili dell'uomo e sia perché il principio personalista, insito nella Costituzione, impone di riconoscere e garantire i diritti della persona non solo come individuo singolo, ma anche nelle relazioni in cui essa concretamente si trova e nelle quali si sviluppa (cons. dir. p.to 4.3).

³⁰ La Corte riconduce (cons. dir. p.to 4.4) la censura relativa all'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria, di ostacolo alla ricerca da parte del giudice della soluzione ottimale per il minore nella situazione concreta e potenzialmente in contrasto col suo diritto alle relazioni personali con entrambi i genitori, nell'ambito dell'art. 3 Cost., che vieta irragionevoli equiparazioni di trattamento di situazioni differenziate e che ha già condotto la Corte a censurare una disposizione che prevedeva una preclusione automatica all'accesso alla detenzione domiciliare perché contrastante con le esigenze preminenti di tutela del figlio minore del condannato (sentenza n. 211/2018).

³¹ Come la Suprema Corte ha più volte sottolineato, «la offensività della condotta va rapportata all'incidenza che l'azione di trasferimento o di trattenimento all'estero abbia avuto sull'armonico esercizio delle prerogative genitoriali» in termini di pregiudizio verso «il rapporto di effettiva cura del minore da parte del genitore coaffidatario, impedendogli di continuare a soddisfare le molteplici esigenze fondamentali della figlia e, a quest'ultima, di mantenere consuetudini e comunanza di vita con l'altro genitore» (Corte cass., sez. VI pen., sentenza 14 dicembre 2017, n. 7777, § 3).

³² Cfr. Corte cost., sent. n. 31/2012. Sebbene la medesima questione, in precedenza, fosse stata dichiarata manifestamente infondata (ordinanza n. 723/1988), con questa sentenza la Corte costituzionale, dopo aver compiuto una lettura combinata della normativa interna e internazionale, ha capovolto la propria ricostruzione dichiarando

di stato³³ perché questi due casi sono solo eventualmente lesivi dell'interesse del minore. Nondimeno, osserva il Giudice costituzionale, questa differenza «non basta a giustificare [...]

l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p. nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2, c.p.), consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Invece, nell'ordinanza del 1988, la Corte costituzionale si era pronunciata per la manifesta infondatezza della questione facendo leva sul fatto che la sanzione penale, quale strumento di reazione dell'ordinamento a gravi illeciti, non può incontrare limiti nelle eventuali ripercussioni negative che possano derivare, dalla sua applicazione, a terzi e aveva aggiunto che la pena accessoria in questione era prevista anche a tutela dei minori poiché i gravi reati commessi dai genitori contro lo stato di famiglia pregiudicavano le garanzie per la corretta gestione, da parte dei genitori stessi, degli interessi dei minori. In particolare, la Corte aveva altresì escluso che i minori potessero subire dei pregiudizi poiché l'art. 30, comma 2, Cost. espressamente contempla, in caso di incapacità dei genitori ad esercitare i loro compiti, che la legge debba provvedere affinché terzi vi sopperiscano. È evidente il mutamento culturale che è intervenuto a partire dalla sentenza n. 31/2012 riconoscendo l'esistenza in capo ai minori del diritto fondamentale a preservare, anzitutto, il rapporto con la famiglia d'origine. In merito, si rinvia a: D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, in *Famiglia e Diritto*, n. 5, 2012, 437 ss.; G. FAMILIETTI, *Filiazione e procreazione*, in www.gruppodipisa.it, 2013; S. FELICETTI, M. R. SAN GIORGIO, *Reato di alterazione di stato e perdita automatica della potestà genitoriale*, in *Corriere giuridico*, n. 4, 2012, 569 ss.; M. A. FEDERICI, *Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 8-9, 2012, 1873 ss.; L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4, 2012, 1585 ss.; S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 2012, 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*, n. 6, 2012, 4909 ss.; M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, *ivi*, n. 1, 2012, 377 ss.; F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, in www.gruppodipisa.it, 2013. Tale cambiamento è fra l'altro ribadito nella sentenza n. 236/2016, ove la Corte costituzionale, richiamando la pronuncia del 2012, osserva anzi come non sia da «escludere che il reo sia guidato dal fine, non già di pregiudicare, bensì di favorire, sia pur commettendo un reato, l'interesse del neonato» (cons. dir. p.to 4.2).

³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 7/2013. La Corte, con questa pronuncia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, comma 2, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Al riguardo, si rinvia a: V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza*, *cit.*; E. APRILE, *È illegittimo l'automatismo nell'applicazione della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale di cui all'art. 569 c.p.*, in *Cassazione penale*, n. 4, 2013, 1466 ss.; M. BRAZZI, *Il genitore che non dichiara la nascita del figlio non perde la potestà genitoriale*, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 155 ss.; L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU. Riflessioni a partire dal caso M.D. and Others v. Malta, DPC*, n. 4, 2013, 186 ss.; G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *DPC*, n. 4, 2013, 261 ss.; S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, 2013, 552 ss.; M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p. sempre in nome del dio minore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2013, 176 ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *DPC*, 7 gennaio 2014; A. RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)*, in *Consulta online*, 17 marzo 2014; G.P. DOLSO, *Principio di uguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, n. 3, 2015, 745 ss.; G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore: giustizia penale e tutela della prole*, in *Diritto penale e processo*, n. 10, 2018, 1347 ss.

l'automatica applicazione della pena accessoria in questione in caso di condanna a pena non sospesa»³⁴.

3.1. Le sanzioni accessorie non possono avere conseguenze punitive nei confronti del minore estraneo al fatto di reato ...

La peculiarità di questa pena accessoria sta nel fatto che incide su una relazione e va a colpire direttamente, oltre al condannato, anche il minore che è co-protagonista di tale relazione. Questa sanzione investe, cioè, direttamente anche una persona diversa dal colpevole e non in maniera soltanto riflessa ed eventuale. La sofferenza di terzi incolpevoli può essere la conseguenza indiretta di molti provvedimenti punitivi ma, in questo caso, l'effetto si produce *de iure* sul rapporto col genitore e non in maniera del tutto accidentale.

D'altra parte, l'impatto della sanzione sul minore è tutt'altro che trascurabile perché priva il genitore che ne è colpito del potere di rappresentanza legale del figlio nell'ambito dei rapporti patrimoniali ma, soprattutto, dell'intero fascio di diritti, poteri e obblighi inerenti al concetto legale di responsabilità genitoriale, facendo venir meno il potere di assumere decisioni per il figlio, comprese quelle che attengono alle sue necessità di vita quotidiana, ossia alla cura della persona. Siffatta situazione rende difficile la relazione con il minore rischiando di danneggiare proprio quest'ultimo, in violazione dello stesso principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost) che vieta di prevedere e applicare pene a danno di una persona per un fatto altrui³⁵.

Non solo, la sospensione dalla responsabilità genitoriale in caso di commissione del reato di cui all'art. 574-*bis* c.p. non costituisce sempre e necessariamente la soluzione ottimale per il minore, contrariamente a quanto presupposto dal legislatore³⁶. Infatti, la sanzione accessoria è contemplata per molteplici casi differenti fra loro: tanto è vero che è riferita sia alle ipotesi più gravi, indicate nel primo comma, che in quelle di minore gravità, previste nel secondo comma e caratterizzate dal consenso del minore ultraquattordicenne. In ogni caso, anche nelle ipotesi riconducibili nel primo comma, è possibile che si tratti di situazioni in cui il genitore conduce o trattiene il figlio all'estero

³⁴ Corte cost., sent. 102/2020, cons. dir. p.to 5.2.

³⁵ Cfr. cons. dir. p.to 5.2.

³⁶ Cfr. cons. dir. p.to 5.3.

ritenendo che la condotta dell'altro genitore possa essere pregiudizievole per il minore: benché si sia pur sempre in presenza di un fatto di reato, giacché l'apprezzamento di un genitore non può sostituirsi al giudizio dell'autorità giudiziaria, tuttavia questo non significa che il mantenimento del rapporto tra il suo autore e il minore sia necessariamente pregiudizievole per gli interessi di quest'ultimo³⁷.

3.2. Segue: ... e l'interesse del minore deve essere apprezzato in concreto

La maggiore criticità, secondo il Giudice costituzionale, è però data dall'automatismo della pena accessoria, concepita in chiave sanzionatoria dal legislatore senza prestare la necessaria attenzione «all'evoluzione, successiva al reato, delle relazioni tra il figlio minore e il genitore autore del reato medesimo»³⁸. Le limitazioni alla relazione tra il figlio e il genitore sono legittime solo quando rispondano in concreto agli interessi del minore, da apprezzare secondo le circostanze di fatto esistenti al momento dell'applicazione delle relative previsioni. Infatti, l'esame della specifica situazione ben potrebbe evidenziare come il mantenimento del rapporto con il genitore che ha proceduto nella sottrazione o nel trattenimento all'estero risulti non 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», a maggior ragione nel caso in cui l'autorità giudiziaria decida, successivamente alla sottrazione o al trattenimento illecito all'estero, per l'affidamento del minore proprio al genitore autore del reato, ritenendolo il più idoneo a farsi carico degli interessi del figlio³⁹.

L'irragionevolezza dell'automatismo è ancora più manifesta se si tiene conto del fatto che la pena accessoria è destinata a essere eseguita soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza e, quindi, spesso molti anni dopo il compimento del fatto di reato. Fino a quel momento, le autorità

³⁷ Cfr. cons. dir. p.to 5.3.1, ove la Corte precisa altresì che non è possibile sostenere che la misura accessoria è destinata ad operare soltanto nei casi di maggiore gravità e non anche in caso di pena detentiva condizionalmente sospesa. Difatti, non sempre una pena inferiore a due anni di reclusione può essere sospesa indipendentemente dalla gravità del singolo fatto di reato: è possibile, ad esempio, che l'autore abbia già fruito in passato e per reati eterogenei della sospensione condizionale e non possa, perciò, ottenere nuovamente detto beneficio.

³⁸ Cons. dir. p.to 5.3.2. In particolare, la Corte usa l'espressione «cecità» per sottolineare questa mancanza di considerazione da parte del legislatore.

³⁹ Cfr. cons. dir. p.to 5.3.2.

giurisdizionali che intervengono nel procedimento penale – dal giudice per le indagini preliminari al tribunale e alla corte d'appello – hanno un ampio margine di valutazione in merito all'adozione di un provvedimento cautelare di sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale potendolo calibrare, fra l'altro, in base alle specifiche esigenze del caso concreto e, quindi, potendo privare l'imputato in tutto o soltanto in parte dei poteri inerenti a tale responsabilità. Questi ampi margini di apprezzamento vengono meno, invece, quando la sentenza di condanna passa in esecuzione indipendentemente da quanto possa essere accaduto nel frattempo, a prescindere da qualsiasi valutazione dell'interesse attuale del minore e, quindi, in evidente contrasto con i suoi stessi diritti⁴⁰.

Per tutte queste ragioni, la Corte assume una decisione che si pone nel solco della propria giurisprudenza, «sostituendo l'attuale automatismo con il dovere di valutazione caso per caso, da parte dello stesso giudice penale, se l'applicazione della pena accessoria in questione costituisca in concreto la soluzione ottimale per il minore, sulla base del criterio secondo cui tale applicazione “in tanto può ritenersi giustificabile [...] in quanto essa si giustifichi proprio in funzione di tutela degli interessi del minore” (sentenza n. 7 del 2013). Valutazione, quest'ultima, che non potrà che compiersi in relazione alla situazione esistente al momento della pronuncia della sentenza di condanna – e dunque tenendo conto necessariamente anche dell'evoluzione delle circostanze successive al fatto di reato»⁴¹.

Nei termini così ricostruiti, l'art. 574-*bis* c.p. è da intendere e applicare quale *lex specialis* rispetto alla regola generale descritta nell'art. 34, comma 2, c.p., la quale contempla l'automatica applicazione della sospensione dalla responsabilità genitoriale in caso di condanna per delitti commessi con abuso della responsabilità genitoriale diversi dal delitto di sottrazione e trattenimento di minori all'estero⁴².

Come la Corte precisa, il limite del *devolutum* non le permette di affrontare, però, il problema se il giudice penale sia l'autorità giurisdizionale più idonea a compiere la valutazione di effettiva rispondenza all'interesse del minore di un provvedimento come l'applicazione di una sanzione accessoria che incide sul suo diritto a mantenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori. Di conseguenza, la Corte coglie l'occasione per rivolgere un duplice invito:

⁴⁰ Cfr. cons. dir. p.to 5.3.3.

⁴¹ Cons. dir. p.to 5.4.

⁴² Cfr. cons. dir. p.to 5.5.

nell'immediato, alle autorità giurisdizionali e, poi, anche al legislatore, affinché venga assicurato un coordinamento, appunto, con gli organi giudicanti (tribunale per i minorenni o tribunale ordinario civile) già investiti della situazione del minore e quest'ultimo venga sentito⁴³ poiché la sua opinione, con riferimento a tutte le decisioni che lo riguardano, deve essere tenuta in debito conto⁴⁴.

4. Riflessioni conclusive ...

La Corte di cassazione nell'ordinanza di remissione e la Corte costituzionale nella pronuncia in commento sono state particolarmente attente, attraverso un'ampia esegesi della normativa nazionale e sovranazionale in materia di famiglia, nel sottolineare la necessità che il giudice possa valutare e bilanciare la pretesa punitiva dello Stato e i diritti dei figli quando le norme penali incidano sull'assetto degli interessi familiari e, soprattutto, sui diritti inviolabili dei minori.

La pronuncia esprime compiutamente l'evoluzione che è maturata nella ricostruzione «in termini sempre più “relazionali” della nozione di responsabilità genitoriale»⁴⁵: il preminente obiettivo è tutelare il diritto del minore a crescere nella famiglia mantenendo un rapporto continuativo con entrambi i genitori poiché laddove ciò non sia salvaguardato sarà illusoria anche la garanzia del diritto al libero sviluppo della personalità del minore stesso.

La pronuncia in commento è uno dei casi in cui l'interesse del minore rileva non solo come scopo diretto di tutela della fattispecie di reato ma anche come una sorta di interesse «trasversale», nel senso che, in ragione di esso, non si possono riversare conseguenze negative sul minore, dovute a una interpretazione della norma penale che non tenga conto di questa sua posizione e soprattutto degli «interessi familiari» del minore⁴⁶.

⁴³ Cfr. J. BURATO, *Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale*, cit., il quale ricorda come sussista un vero e proprio obbligo a livello internazionale di ascoltare il minore provvisto del sufficiente discernimento e il corrispondente dovere di tenere in considerazione la sua opinione in tutte le vicende che lo riguardano (art. 12, *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 1989; artt. 3 e 6, *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori* del 1996). A tal fine, l'art. 336 bis c.c. e l'art. 498 c.p.p. prevedono delle garanzie nell'ascolto del minore e, in particolare, la possibilità di ricorrere all'ausilio di esperti per scongiurare conseguenze psicologiche dannose.

⁴⁴ Cfr. cons. dir. p.to 5.4.

⁴⁵ P. GASPARINI, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, cit.

⁴⁶ M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2018, 21 ss.

Nel caso di specie, è stato ritenuto che l'assoluta inidoneità genitoriale e il pregiudizio per il minore non necessariamente sussistono quando venga posta in essere la condotta di sottrazione o trattenimento all'estero dei minori: di conseguenza, è possibile scindere la necessaria sanzione principale per la condotta posta in essere, integrante la fattispecie di reato, dalla sanzione accessoria che non sarebbe applicabile (e, in ogni caso, non dovrebbe esserlo per un termine prefissato) quando possa pregiudicare la relazione genitori-figli⁴⁷.

Il Giudice costituzionale conferma, così, quella impostazione – inaugurata con le sentenze n. 31/2012 e n. 7/2013 – che autorevole dottrina ha definito «eccentrica rispetto al consueto orizzonte dei penalisti, centrato su diritti e garanzie del destinatario della sanzione. Un allargamento d'orizzonte, che sollecita a fare oggetto di riflessione l'insieme degli interessi tipicamente coinvolti nella applicazione di istituti penali»⁴⁸.

Perciò, la Corte sprona, ancora una volta, ad abbandonare impostazioni paternalistiche che credono di poter eterodeterminare i contenuti dell'interesse del minore attraverso formule predefinite e valutazioni generiche: il principio dei *best interests* è quello che non soddisfa parametri astratti bensì quello che corrisponde alle esigenze di quel determinato minore. Non solo, a tal fine, quest'ultimo deve poter partecipare: ciascun caso concreto è differente dagli altri giacché diverse sono le persone e, anche se minori, devono potersi esprimere, nella misura in cui il loro grado di maturità lo consente, perché ogni individuo è il miglior interprete del proprio interesse⁴⁹.

Viene così consegnato al giudice il compito di verificare in concreto l'interesse del minore da dover tutelare, manifestando però la preoccupazione – vista anche l'assenza di linee guida interpretative nell'apprezzamento di detto principio, posto a tutela di un soggetto indifeso, rispetto ai molteplici interessi in gioco – relativamente alla sede più appropriata per compiere questi bilanciamenti che necessitano di una valutazione personalizzata e contestualizzata per tenere conto dell'individualità in divenire del minore e determinare, così, la soluzione che meglio risponda alla cura di questo. In altre parole, si palesa una preoccupazione: a fronte della rigidità nel bilanciamento legata all'automatismo posto dal legislatore, si contrappone, a seguito della pronuncia della Corte, il riconoscimento di un ampio spazio di apprezzamento da parte del giudice,

⁴⁷ Cfr. P. GASPARINI, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, cit.

⁴⁸ D. PULITANÒ, *Prospettive prossime e alternative strategiche. Intervento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2013, 1368.

⁴⁹ Cfr. R. RUSSO, *Sottrazione di minori e sospensione dalla responsabilità genitoriale*, cit.

diretto a garantire il concreto interesse del minore, ma che per la difficoltà nell'apprezzamento reale richiede una formazione professionale che consenta di giudicare la soluzione più adeguata alla cura del minore.

Infatti, l'affidamento al giudice penale del compito di svolgere siffatta valutazione pone dei problemi dal momento che, nel considerare l'applicazione della misura interdittiva, si trova a svolgere ricostruzioni e ad esprimere giudizi che esulano dalle sue competenze tipiche e che, fra l'altro, hanno ricadute su un soggetto terzo rispetto al fatto di reato. Il giudice penale ha a sua disposizione la sola conoscenza delle circostanze del caso e il parametro del preminente interesse del minore ma, normalmente, è privo di un'adeguata formazione professionale e dell'ausilio di differenti tipologie di competenze che gli consentano un'adeguata comprensione delle dinamiche familiari e delle problematiche all'interno delle quali il minore vive e deve ricevere l'adeguata tutela. Perciò, *de iure condito* è opportuno che il giudice penale tenga conto della raccomandazione della Corte costituzionale di operare un coordinamento con le altre autorità giudiziarie investite della situazione; invece, in una prospettiva *de iure condendo*, il legislatore potrebbe scegliere di affidare al Tribunale dei minori il compito di adottare eventuali iniziative volte a disporre pene accessorie che incidano sulla responsabilità genitoriale, invitando a riflettere su una diversa scelta etica che non esponga «il minore alle dinamiche strumentali, punitive-dissuasive, della pena»⁵⁰. In tal senso si poneva il cosiddetto Progetto Grosso di riforma del codice penale, nel quale – secondo quanto precisato nella Relazione di accompagnamento – si sottolineava come non fosse «stata prevista una pena interdittiva relativa alla potestà dei genitori, essendosi preferito lasciare la materia degli interventi sulla potestà a provvedimenti del Tribunale per i minorenni nell'esclusivo interesse del minore»⁵¹.

Viene da chiedersi se la Corte, anziché intervenire con una sentenza manipolativa di tipo sostitutivo, avrebbe potuto seguire un'altra soluzione: in particolare, rivolgendo un invito a collaborare al legislatore attraverso un'ordinanza di "costituzionalità prospettata" – come è tornata a fare di recente, dopo l'ordinanza n. 207/2018, con l'ordinanza n. 132/2020 – in maniera tale da consentire, prima della pronuncia definitiva, l'introduzione di una disciplina articolata che risolvesse anche le questioni rimaste in sospeso relativamente al *quantum* della sanzione

⁵⁰ L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights*, cit., 203.

⁵¹ *Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" – Parte generale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2001, 621.

accessoria⁵² e al giudice in grado di meglio valutare l'applicazione di tale pena in funzione degli interessi del minore.

Tuttavia, la Corte ha scelto opportunamente la via della pronuncia immediata, ancorché creativa, rimettendo i soli profili sui quali non si è potuta pronunciare alla sensibilità del giudice, nell'immediato, e all'auspicato intervento del legislatore. Fra l'altro, il Giudice costituzionale – oltre ad avere rivolto più volte l'invito a disciplinare nuovamente l'intera materia delle sanzioni accessorie – ha adottato una sentenza la cui portata innovativa è contenuta perché si limita a trasformare la sanzione accessoria da obbligatoria in facoltativa. Ma ciò che più importa è che, per un verso, i precedenti in tema di responsabilità genitoriale sono univoci e, per un altro verso, il bene da tutelare necessitava di una risposta immediata per garantire il diritto al libero sviluppo della personalità del minore e non rischiare di pregiudicare i rapporti fra genitori e figli.

5. Segue: ... e possibili prospettive

Un'ultima riflessione prende le mosse dall'aver ribadito in maniera estremamente chiara che la finalità punitiva del diritto penale non deve ripercuotersi su terzi e, in particolare, sui minori, per volgere l'attenzione a una materia sì differente ma che pone alcuni problemi analoghi.

In materia di maternità surrogata, sanzionata penalmente dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), la giurisprudenza di legittimità più recente è orientata nel senso che non possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri del cosiddetto genitore intenzionale privo di legami biologici⁵³. Questa interpretazione è stata affermata sebbene la giurisprudenza penale – decidendo sul comportamento dei genitori intenzionali nella fase della formazione o integrazione dell'atto di nascita – escluda l'illiceità della condotta e, quindi, il fatto di reato quando la gestazione per altri sia stata praticata legalmente all'estero dando luogo a una regolare certificazione da cui risulti la genitorialità giuridica a prescindere dalla discendenza

⁵² V. nota n. 26.

⁵³ Cfr. Corte di cassazione, sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

effettiva⁵⁴. Perciò, la preclusione ammessa dalla giurisprudenza di legittimità produce effetti “punitivi” soprattutto nei confronti del bambino, il cui *status*, acquisito all’estero, viene messo in discussione e del *partner* della coppia che, fra l’altro, è rimasto estraneo alla pratica procreativa limitandosi a prestare il consenso al progetto genitoriale.

Al genitore di intenzione, è stata lasciata l’adozione in casi particolari, *ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983 (Diritto del minore ad una famiglia)* come unico “sucedaneo”. I motivi ultimi che stanno dietro a tale interpretazione sono legati alla volontà di scoraggiare il ricorso a pratiche di surrogazione in violazione di quanto previsto dalla l. n. 40/2004, sebbene non manchino dubbi di coerenza anche rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU⁵⁵. Infatti, l’adozione in casi particolare dà vita a un *iter* non celere e, soprattutto, non crea un vero rapporto di filiazione ma soltanto il riconoscimento di una situazione affettiva che, fra l’altro, pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico. A ciò si aggiunga che la individuazione di misure dissuasive volte ad ostacolare il ricorso alla surrogazione di maternità all’estero non può pregiudicare i rapporti familiari che il minore ha acquisito in un altro Paese.

Proprio di recente, la Corte di cassazione ha proposto una questione di legittimità costituzionale⁵⁶ e, fra gli altri motivi, ha ribadito come il disvalore attribuito alla condotta dei

⁵⁴ In tal senso è la giurisprudenza di merito e così anche quella di legittimità: cfr., ad esempio, Corte cass., sez. V pen., sentenza 10 marzo 2016, n. 13525, e sez. VI pen., sentenza 11 ottobre 2016, n. 48696. Su detto orientamento, che esclude l’esistenza di condotte di rilevanza penale in capo ai genitori che hanno fatto ricorso alla gestazione per altri nei Paesi esteri ove è ammessa, si vedano A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, UTET, Assago, 2018, spec. 180 ss.

⁵⁵ Difatti, quest’ultima ha precisato – di recente anche nel primo parere consultivo reso in forza del Protocollo n. 16 (Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, §§ 52-55) – che l’art. 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* impone non già che il riconoscimento della relazione tra genitore di intenzione e figlio avvenga fin dalla nascita, ma solo quando questa si sia tradotta in una realtà concreta e il relativo giudizio spetta necessariamente alle autorità nazionali. Una possibile soluzione per riconoscere tale relazione è l’adozione, purché la procedura consenta di prendere una rapida decisione e l’autorità giudiziaria competente possa valutare il miglior interesse del bambino alla luce delle circostanze del caso concreto. In particolare, la Corte EDU non richiede che sia prevista una procedura *ad hoc* per i casi di adozione legati al ricorso alla pratica della surrogazione di maternità: ciò che importa è che l’*iter* si svolga rapidamente allo scopo di ridurre i tempi di incertezza relativi al rapporto del bambino con la madre di intenzione, consentendo però un apprezzamento concreto della situazione reale a tutela del superiore interesse del minore. La necessità che l’ordinamento interno di riferimento preveda modalità che garantiscano l’effettività e la rapidità del procedimento adottivo, in applicazione del principio del superiore interesse del minore, è stata ribadita dalla Corte EDU, sez. V, sentenza 19 novembre 2019, ricorsi nn. 1462/18 (*C. c. France*) e 17348/18 (*E. c. France*), proprio richiamando espressamente alcuni passaggi del parere (cfr. § 39). A questo proposito, si vedano le considerazioni di E. CRIVELLI, *La Corte Edu richiama la prima Advisory opinion: un incentivo per l’Italia a ratificare il Protocollo 16?*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 2, p. 450 ss.

⁵⁶ Cfr. Corte cass., sez. I civ., ordinanza 29 aprile 2020, n. 8325: la vicenda riguarda una coppia omosessuale e, quindi, l’ordinanza di rimessione si sofferma anche sulla preclusione contemplata nel nostro ordinamento

genitori non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio e ha richiamato, fra le altre pronunce, anche la giurisprudenza della Corte costituzionale che ha caducato gli automatismi legislativi in tema di decadenza e sospensione dalla responsabilità genitoriale insistendo sul fatto che la predisposizione di misure dissuasive per la elusione del divieto di surrogazione di maternità non può legittimare l'incisione dei rapporti familiari successivi alla condotta sanzionata. Quest'ultimo limite costituisce un principio generale e fondamentale dell'ordinamento italiano, secondo quanto è stato precisato con le riforme in materia familiare che hanno teso ad eliminare qualsiasi discriminazione dei figli in relazione alla loro nascita e a realizzare una condizione di pari dignità dei genitori nel loro rapporto coi figli stessi. Il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del Paese di nascita (e, talvolta, anche di cittadinanza) comporta l'alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni nocive nei confronti del minore che vede messa in discussione e negata l'unicità e inscindibilità della sua relazione genitoriale nello spazio subendo, così, una grave menomazione nella relazione col genitore intenzionale e ulteriori effetti negativi dovuti a una situazione di disparità e di potenziale conflittualità fra coloro che il minore ha percepito come suoi genitori.

Dunque, nel caso oggetto della sentenza n. 102/2020, abbiamo un fatto di reato offensivo anche nei confronti del minore e, nondimeno, la Corte costituzionale ha stabilito che l'applicazione della pena accessoria della sospensione dalla responsabilità genitoriale è rimessa all'apprezzamento del giudice che dovrà tener conto delle specifiche situazioni concrete. Invece, nel caso della richiesta di riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione in seguito a maternità surrogata praticata legalmente all'estero, ad oggi le condotte non sono sanzionate penalmente, però la preclusione finisce con l'avere ricadute "sanzionatorie" nei confronti del minore, sul suo *status filiationis* e sulla sua identità personale. Pur nella consapevolezza della diversità delle due situazioni, mi pare che, assumendo come prospettiva la tutela del preminente interesse del minore, si prospettino delle incoerenze per le quali, forse, si presenta l'occasione di una loro nuova valutazione e risoluzione.

all'inserimento di due genitori dello stesso sesso nel certificato di nascita. Fra i primi commenti, si rinvia a: F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di quaderni costituzionali-Rassegna*, 2020, 2, 532 ss. (spec. 538); R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interests of the child? La "patata bollente" alla Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020, 22, 278 ss.