

La decadenza dalla potestà genitoriale sia come pena accessoria che come misura di protezione

Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile (*)

Giovanni De Cristofaro

c.c. art. 316

L. 10-12-2012, n. 219

D.Lgs. 28-12-2013, n. 154

Reg. (CE) 27-11-2003, n. 2201/2003

Sommario: 1. Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: premessa. - 2. Struttura e contenuti del novellato titolo IX del c.c. - 3. Le innovazioni apportate all'art. 316 c.c. dal d.lgs. n. 154/13. - 4. Dalla potestà genitoriale alla responsabilità genitoriale: la legge delega (l. n. 219/12). - 5. Natura e contenuto della responsabilità genitoriale: la relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13. - 6. Osservazioni critiche. Codici civili nazionali, reg. CE n. 2201/2003 e Convenzioni internazionali. - 7. Proposta alternativa di ricostruzione della natura e del contenuto della responsabilità genitoriale. - 8. Acquisto e perdita della titolarità e dell'esercizio della responsabilità genitoriale. Esercizio congiunto ed esclusivo della responsabilità genitoriale. - 9. Il "comune accordo" dei genitori. - 10. L'amministrazione del patrimonio del figlio minorene soggetto alla responsabilità genitoriale.

1. Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: premessa.

1. - Tra le numerose innovazioni apportate al diritto italiano della filiazione dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (1), adottato nell'esercizio della delega conferita al Governo dall' art. 2 della l. n. 219/12 (2), una delle più significative è senza alcun dubbio rappresentata dalla sostituzione della nozione di "potestà dei genitori" con la nozione di "responsabilità genitoriale".

Salutata con entusiasmo e soddisfazione dai primi commentatori (3), questa innovazione suscita, ad un più attento esame, non poche perplessità, sia quanto al

fondamento giustificativo, sia soprattutto quanto alle modalità con le quali è stata concretamente attuata: alla disamina di questi profili di criticità è dedicato questo breve contributo, nell'ambito del quale si tenterà di offrire una lettura del nuovo assetto normativo sensibilmente diversa rispetto a quella ricavabile dalla Relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13 .

2. Struttura e contenuti del novellato titolo IX del c.c.

2. - Come noto, il d.lgs. n. 154/13 ha stabilito che in tutte le disposizioni del c.c., del c.p., del c.p.c. e del c.p.p., nonché in qualsiasi ulteriore provvedimento vigente nel quale venissero utilizzate, le espressioni "potestà" (se impiegata con riferimento alla potestà genitoriale) e "potestà dei genitori" fossero sostituite dall'espressione "responsabilità genitoriale" (4) .

In particolare, la rubrica del titolo IX del Libro I del c.c. - che già era stata modificata dall' art. 1, comma 6°, della l. n. 219/12 ("Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio") - è stata ulteriormente modificata dal comma 10° dell' art. 7 del citato d.lgs. n. 154/13, e recita ora "Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio".

Il titolo IX è stato suddiviso - dall' art. 7 del d.lgs. n. 154/13 - in due capi.

Nel capo I, intitolato «*Dei diritti e doveri del figlio*» (artt. 315-337), sono state raccolte tutte le disposizioni (parzialmente integrate e modificate) che un tempo esaurivano il contenuto del titolo IX, cui sono state affiancate (invero, già dalla l. n. 219/12) ulteriori disposizioni, in parte del tutto nuove nei contenuti (5) ed in parte corrispondenti a disposizioni un tempo inserite in altre parti del codice civile (6) .

Nel capo II, intitolato "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio" (artt. 337 bis ss.), sono state invece trasfuse - con alcune, rilevanti modificazioni - le disposizioni che la l. 8 febbraio 2006, n. 54 , aveva introdotto negli artt. 155-155 sexies c.c. (ora abrogati (7)).

L'intitolazione del novellato capo I del titolo IX appare a dir poco riduttiva, infelice e fuorviante e non rispecchia affatto i contenuti del capo medesimo.

Essa infatti menziona in via esclusiva i "diritti e doveri del figlio", ai quali è tuttavia specificamente dedicata la sola disposizione dell'art. 315 bis c.c., cui si può affiancare l'art. 316 bis, dedicato all'adempimento delle corrispondenti obbligazioni gravanti sui genitori. Non si fa invece alcun riferimento all'insieme dei poteri e dei doveri che concorrono a comporre la situazione giuridica complessa della quale i genitori sono titolari nei confronti dei figli minorenni, che un tempo veniva denominata "potestà" e ora viene contrassegnata con l'espressione "responsabilità genitoriale": situazione giuridica che viene invece - paradossalmente - menzionata proprio nella rubrica del titolo IX.

In realtà, le disposizioni inserite nel capo I sono quasi tutte dedicate alla regolamentazione della titolarità, dei contenuti e delle modalità di esercizio della responsabilità genitoriale (art. 316, art. 317, artt. 320-323, artt. 330-336 c.c.). A ciò si aggiunga che quello oggi contemplato e disciplinato dall'art. 317 bis c.c. è un diritto spettante non ai figli bensì agli ascendenti, e cioè il diritto di mantenere "rapporti significativi con i nipoti minorenni".

L'intitolazione del capo I riflette invero la profonda confusione - nella quale gli estensori della riforma sono incorsi - fra diritti (e doveri) fondamentali che spettano ai figli in quanto tali, a prescindere dalla circostanza che i genitori abbiano o meno su di essi l'esercizio pieno della responsabilità genitoriale (artt. 315 bis, commi 1°-3°, da un lato, e l'insieme dei diritti, dei poteri e dei doveri che spettano ai genitori in quanto titolari (e legittimati all'esercizio pieno) della "responsabilità genitoriale" (un tempo definita "potestà genitoriale") sui figli minori.

Come meglio si vedrà (v. *infra*, sub par. 7), questi due gruppi di situazioni giuridiche soggettive ancor oggi debbono esser tenuti rigorosamente distinti, esattamente come in passato si distinguevano le situazioni giuridiche incluse nella potestà genitoriale dai diritti fondamentali spettanti ai figli sempre, comunque e necessariamente nei

confronti dei genitori (esercanti o meno la potestà), ed in particolare il diritto al mantenimento, all'educazione e all'istruzione.

3. Le innovazioni apportate all'art. 316 c.c. dal d.lgs. n. 154/13.

3. - Oltre a disporre la sostituzione, sia nella rubrica che nel testo della disposizione, della nozione di potestà genitoriale con la nozione di responsabilità genitoriale, l' art. 39 del d.lgs. n. 154/13 ha apportato importanti innovazioni ai contenuti precettivi dell'art. 316 c.c.

Il comma 1° è stato integralmente riformulato, mentre è rimasta sostanzialmente inalterata - salva l'espressa previsione della necessità che il figlio minore dodicenne o di età inferiore, ove "capace di discernimento", venga ascoltato dal giudice - la disciplina del procedimento di composizione "giudiziale" dei contrasti insorti tra i genitori in merito a questioni di particolare importanza (commi 2° e 3°, procedimento divenuto peraltro ora di competenza del tribunale ordinario, a seguito della riformulazione dell'art. 38 disp. att. c.c.

È stata poi eliminata la statuizione che attribuiva al padre il potere di adottare i provvedimenti urgenti e indifferibili in caso di incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio (un tempo inserita nel comma 4°.

Infine, sono state inserite nel comma 4° le regole relative all'attribuzione della responsabilità genitoriale sui figli nati fuori dal matrimonio e riconosciuti dai genitori (regole un tempo inserite nel comma 2° dell'art. 317 bis, che dettava tuttavia in proposito precetti sensibilmente diversi). Tali regole sono peraltro destinate ad operare in tutte e soltanto le ipotesi in cui i genitori (non coniugati) si astengano dall'adire il tribunale ordinario affinché decida in merito all'affidamento dei loro figli e alla regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su di essi: quando infatti il tribunale venga investito di tali questioni, l'attribuzione della titolarità e dell'esercizio della responsabilità genitoriale viene disciplinata in via esclusiva dalle regole dettate ad hoc dal comma 3° dell'art. 337 ter e dal comma 3° dell'art. 337 quater c.c.).

Nel comma 5° è stata infine trasfusa, senza alterazioni significative, la statuizione un tempo contenuta nel comma 3° dell'art. 317 bis, la quale assume tuttavia oggi un significato e un ambito di applicazione ben diverso rispetto al passato (v. infra, par. 8).

4. Dalla potestà genitoriale alla responsabilità genitoriale: la legge delega (l. n. 219/12).

4. - Con specifico riguardo all'introduzione (nell'art. 316 e nell'intero codice civile, e in generale nel nostro ordinamento giuridico) della nozione di "responsabilità genitoriale" in luogo della nozione di "potestà genitoriale", disposta dal d.lgs. n. 154/13, merita di essere sottolineato che l'art. 2 della l. n. 219/12 - la quale aveva delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi "di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione fra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 Cost." - si era limitato ad annoverare, fra i principi e i criteri direttivi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercitare la delega così conferita, l'"unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati dal matrimonio e dei figli nati fuori dal matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale" (art. 2, comma 1°, lett. h, l. n. 219/12).

La sostituzione della potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale non era dunque imposta né tantomeno autorizzata dalla legge delega (8), la quale anzi muoveva chiaramente dal presupposto della conservazione della nozione di potestà genitoriale, limitandosi a richiedere al Governo di intervenire sulla determinazione dei contenuti di tale nozione affinché al suo interno venisse opportunamente valorizzato, evidenziato e regolamentato il profilo attinente alla responsabilità genitoriale (9).

Non v'è dubbio, pertanto, che - sostituendo integralmente la nozione di "potestà genitoriale" con quella di responsabilità genitoriale, il Governo sia incorso (non in un semplice eccesso di delega, bensì) in una vera e propria violazione di un criterio

direttivo - espressamente dettato dall' art. 2, comma 1°, lett. h, della l. n. 219/12 - cui avrebbe dovuto attenersi nel redigere il decreto legislativo attuativo della delega.

Appare pertanto destituita di fondamento l'affermazione, contenuta nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13 , secondo cui la nozione di responsabilità genitoriale sarebbe stata introdotta - in sostituzione dell'"ormai superata nozione di potestà genitoriale" - "conformemente a quanto indicato nella delega". Né, a giustificare e rendere legittima la scelta del Governo, può bastare l'affermazione, pure contenuta in un diverso passo della Relazione illustrativa, secondo cui il mantenimento di due nozioni distinte, quella di potestà e quella di responsabilità genitoriale, sarebbe stato "inopportuno" perché avrebbe "imposto la fissazione di limiti, dell'una e dell'altra nozione, difficilmente conciliabili da un punto di vista logico, prima che giuridico, con la materia trattata".

5. Natura e contenuto della responsabilità genitoriale: la relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13.

5. - Nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13 si afferma che l'introduzione della nozione di responsabilità genitoriale in sostituzione della nozione di potestà è stata attuata "in considerazione dell'evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli"; si aggiunge che "la nozione di responsabilità genitoriale, presente da tempo in numerosi strumenti internazionali (tra cui il reg. CE n. 2201/2003 - c.d. Bruxelles II bis - relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale), è quella che meglio definisce i contenuti dell'impegno genitoriale, da considerare non più come una potestà sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio"; in conclusione, si rileva che la modifica terminologica darebbe "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".

Il legislatore italiano ha consapevolmente e volutamente omesso di definire i contenuti della nozione di responsabilità genitoriale, al fine di rendere tale nozione suscettibile di essere "riempita di contenuti a seconda dell'evoluzione socio-culturale

dei rapporti genitori-figli" e idonea come tale ad "adattarsi alle eventuali future evoluzioni" (cfr. la citata Relazione).

Sempre nella Relazione illustrativa si riconosce peraltro che la responsabilità genitoriale è "una situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione", ma si precisa che essa è "necessariamente più ampia rispetto alla (vecchia) potestà, in quanto dovrebbe reputarsi in essa ricompresa anche la componente economica rappresentata dall'obbligo di mantenimento dei figli".

Proprio in ragione del fatto che la responsabilità genitoriale sarebbe da intendersi comprensiva anche dell'obbligo di mantenimento - che notoriamente continua a gravare sui genitori anche dopo il raggiungimento della maggiore età da parte dei figli - si è poi scelto di "eliminare ogni riferimento alla durata della responsabilità genitoriale", inserendo la relativa specificazione soltanto là dove fosse necessario in considerazione dello stretto legame intercorrente fra responsabilità genitoriale e incapacità d'agire del figlio (es. artt. 318, 320 e 324 c.c.).

In sintesi, dalla Relazione illustrativa parrebbe emergere che la responsabilità genitoriale sia una situazione giuridica multiforme ed elastica, di durata temporale indefinita (perché non più limitata al raggiungimento della maggiore età da parte del figlio) i cui contenuti:

a) non sono rigidamente predeterminati ma sono suscettibili di mutare in relazione all'evolversi del costume sociale;

b) sono comunque più ampi rispetto a quelli della tradizionale (e superata) potestà, se non altro perché, diversamente da quest'ultima, la responsabilità genitoriale comprenderebbe anche l'obbligo di mantenimento (non è invece chiaro se debbano reputarsi in essa ricompresi anche gli altri obblighi gravanti sui genitori in corrispondenza ai diritti spettanti ai figli ai sensi del comma 1° dell'art. 315 bis c.c.), e

c) sono "bifasici", in quanto destinati a mutare (e ridursi) sensibilmente a seguito del raggiungimento della maggiore età da parte del figlio (ma non è affatto chiaro quali aspetti della responsabilità genitoriale sarebbero destinati a sopravvivere al raggiungimento della maggiore età da parte del figlio, a parte l'obbligo di mantenimento in caso di non autosufficienza economica del figlio ultradiciottenne (10)).

6. Osservazioni critiche. Codici civili nazionali, reg. CE n. 2201/2003 e Convenzioni internazionali.

6. - I passi della Relazione illustrativa al d.lgs. n. 154/13 citati nel paragrafo precedente contengono una pluralità di affermazioni imprecise, fuorvianti, infondate e non condivisibili.

Qualora la responsabilità genitoriale avesse davvero il contenuto e la durata che in quei passi le viene attribuita, ci troveremmo di fronte ad una situazione giuridica che non ha nulla a che vedere con quanto previsto dagli altri codici civili nazionali dei Paesi UE, dalle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia (in primis, la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo e la Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori) nonché dal reg. CE n. 2201/2003 , e si verrebbero a creare rilevanti problemi applicativi e sistematici.

In primo luogo, la scelta stessa di ricorrere all'espressione "responsabilità genitoriale" appare criticabile sul piano squisitamente linguistico, sia sotto il profilo semantico e grammaticale (non si vede infatti come una responsabilità possa essere ... esercitata!!), sia sotto il profilo tecnico-giuridico (11) .

È vero che la nozione di parental responsibilities viene impiegata nel britannico Children Act 1989, ma - a prescindere da qualsiasi considerazione in merito all'opportunità di procedere a trapianti acritici nel nostro sistema giuridico di nozioni e terminologie proprie di ordinamenti profondamente diversi dal nostro per tradizioni, categorie concettuali e discipline - in quel testo normativo contenuti e caratteristiche della relativa nozione (12) sono ben diversi da quelli che, secondo la Relazione illustrativa al d.lgs., dovrebbero connotare la nostra responsabilità

genitoriale di cui all'art. 316 c.c. Si pensi soltanto, da un lato, alla circostanza che sono soggetti alla parental responsibility del genitore soltanto i figli che non abbiano compiuto il diciottesimo anno (13) , e dall'altro lato alla circostanza che l'obbligo di mantenimento gravante ex lege sul genitore è una situazione giuridica sicuramente estranea e autonoma rispetto al contenuto della parental responsibility (14) .

Se poi si guarda all'esperienza dei Paesi europei dotati di un codice civile, può rilevarsi che sicuramente in ciascuno di essi la disciplina codicistica delle relazioni genitori-figli è stata, negli ultimi 25/30 anni, profondamente (e a più riprese) riformata e modificata per essere ammodernata e soprattutto adeguata ai contenuti delle più recenti Convenzioni internazionali e al principio fondamentale in forza del quale i poteri e i doveri di cui i genitori sono investiti nei confronti dei figli minori sono ad essi attribuiti dalla legge esclusivamente in funzione del perseguimento del superiore interesse del minore.

Senonché, soltanto in Portogallo la nozione di Responsabilidades Parentais è stata inserita nel codice civile (15) in sostituzione della tradizionale nozione di Poder paternal (16) . Il codice civile portoghese statuisce peraltro espressamente che i figli sono soggetti alle responsabilidades parentais dei genitori soltanto fino alla maggiore età (art. 1877) e si preoccupa di definire in positivo e con puntualità i contenuti di tale situazione giuridica, stabilendo (art. 1878, comma 1° che "ai genitori compete, nell'interesse dei figli, vegliare sulla loro sicurezza e salute, provvedere al loro mantenimento, dirigerne l'educazione, rappresentarli e amministrarne i beni" e aggiungendo (art. 1878, comma 2° che "I figli debbono obbedienza ai genitori, i quali, in correlazione al grado di maturità dei figli, debbono tener conto delle loro opinioni nelle questioni familiari importanti e riconoscere ai figli autonomia nell'organizzazione delle loro vite". Il c.c. portoghese procede poi a distinguere nettamente le responsabilità genitoriali attinenti alla persona del figlio (artt. 1885 ss.) dalle responsabilità genitoriali attinenti ai beni del figlio (artt. 1888 ss.).

In nessun altro Paese europeo dotato di codice civile il legislatore ha ritenuto che la indiscutibile esigenza di modificare e ammodernare la disciplina dei contenuti della situazione giuridica di cui i genitori sono titolari nei confronti dei figli minori rendesse necessario l'abbandono della terminologia e delle nozioni tradizionalmente utilizzate a livello nazionale (ad es., autorité parentale nei c.c. francese (17) , belga (18) e

lussemburghese (19) ; elterliche Sorge nei c.c. tedesco (20) e svizzero (21) ; Obsorge nel c.c. austriaco (22) ; patria potestad nel c.c. spagnolo (23) ; Ouderlijk gezag nel c.c. dei Paesi Bassi (24)) a vantaggio della nozione di "responsabilità genitoriale" (25) .

Ciò si spiega agevolmente se si pone mente al fatto che l'espressione "responsabilità genitoriale" (26) viene utilizzata nel reg. CE n. 2201/2003 (dal quale è stata mutuata dal nostro legislatore, come si riconosce nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13) per designare il complesso dei "diritti e doveri riguardanti la persona o i beni di un minore di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo giuridicamente valido ed efficace" (art. 2, n. 7). Si tratta pertanto di una espressione volutamente e consapevolmente generica e atecnica impiegata - all'interno di un reg. di diritto internazionale processuale che si prefigge l'obiettivo di dettare i criteri per l'individuazione del giudice nazionale competente a conoscere delle controversie "transnazionali" inerenti all'attribuzione, all'esercizio, alla delega o alla revoca della responsabilità genitoriale su minorenni - per designare una nozione suscettibile di ricomprendere non solo la situazione giuridica (comunque denominata dal diritto nazionale applicabile) della quale sono titolari i genitori nei confronti dei loro figli minori di età, ma anche le situazioni giuridiche (più o meno assimilabili a quella di cui sono investiti i genitori) di cui soggetti (persone fisiche o enti collettivi) diversi dai genitori possono - ex lege, in forza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria ovvero sulla base di un atto negoziale - divenire titolari nei confronti di minorenni (27) .

Ne consegue che non soltanto il genitore ma anche, ad es., il tutore nominato al minore ai sensi dell'art. 343 c.c. (del quale certamente non può dirsi, nella prospettiva del diritto nazionale italiano attuale, che esercita la responsabilità genitoriale) deve considerarsi "titolare della responsabilità genitoriale" ai sensi dell'art. 2, n. 7, reg. CE n. 2201/2003 .

Non v'è dubbio pertanto che la (elastica e atecnica) nozione europea di responsabilità genitoriale, di matrice essenzialmente internazionalprivatistica, sia più ampia e comprensiva rispetto alla nostra nuova nozione civilistica "interna" di "responsabilità genitoriale", nella misura in cui si presta a includere anche situazioni giuridiche di cui sono titolari, nei confronti dei minori, soggetti diversi dai genitori (28) .

Altrettanto dicasi con riguardo alla Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori, il cui art. 2, lett. b, statuisce che, ai fini della Convenzione stessa, per "detentori delle responsabilità genitoriali" debbono intendersi "i genitori e altre persone o organi abilitati ad esercitare tutte le - o una parte delle - responsabilità genitoriali".

Quanto infine alla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, nel relativo testo l'espressione "responsabilità genitoriali" non compare mai, e men che meno vi si rinviene una nozione assimilabile a quella di cui all'art. 2, n. 8, reg. CE n. 2201/2003 e all'art. 2, lett. b, della Convenzione di Strasburgo. Piuttosto, si fa in essa riferimento (ad es. nell'art. 3, comma 2°, e nell'art. 5) ai genitori, ai tutori e alle altre persone legalmente responsabili per i minori (other individuals/persons legally responsible for the child), e l'art. 18 impone agli Stati di assicurare il riconoscimento e il rispetto del principio in forza del quale i genitori hanno entrambi responsabilità comuni per l'upbringing e il development del figlio minore (con ciò intendendosi escludere che uno soltanto di essi abbia il potere/dovere di farsene carico) e che la responsabilità dell'upbringing e del development del minore grava in via primaria proprio sui due genitori e, se del caso, sui tutori (con ciò volendosi escludere che genitori e tutori possano considerarsi legittimati/autorizzati a spogliarsi di tale responsabilità delegandola ad altri soggetti). Non si vede pertanto come si possa affermare che una nozione come quella di "responsabilità genitoriale", quale delineata nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13, trovi un fondamento diretto nella Convenzione di New York del 1989.

Merita poi di essere evidenziato che in nessun Paese europeo dotato di codice civile si è ritenuto che la situazione giuridica complessa di cui i genitori sono titolari ex lege nei confronti dei figli minori (comunque denominata) non meritasse di essere definita nei suoi contenuti, segnatamente con riguardo alla puntuale individuazione dei profili personali e alla relativa delimitazione rispetto ai profili patrimoniali. Soprattutto nei Paesi che hanno recentemente riformato le disposizioni dei codici civili nazionali in materia di filiazione, proprio gli aspetti inerenti ai profili personali sono stati per contro fatti oggetto di regole innovative, finalizzate a risolvere i delicati problemi suscitati dal difficile coordinamento fra i poteri/doveri del genitore e il rispetto della personalità, delle libertà e dei diritti fondamentali (a contenuto non patrimoniale) del minore (29).

Nulla di tutto questo è accaduto invece in Italia, essendosi il nostro legislatore ben guardato dall'affrontare tali questioni e più in generale persino dal tentare di definire specificamente, negli artt. 316 ss. c.c., i contenuti della responsabilità genitoriale nei suoi aspetti non patrimoniali, adducendo a (risibile) giustificazione di questa scelta la necessità di non "irrigidire" con formule legislative la sostanza di questa nozione onde consentirle di evolversi nel tempo in corrispondenza dei mutamenti etico-sociali. Solo parzialmente, e con esiti tutt'altro che scontati, si può tentare (30) di porre rimedio a questa incomprensibile lacuna traendo argomento dal comma 1° dell'art. 315 bis, c.c., dal momento che i diritti che questa disposizione attribuisce ai figli spettano a questi ultimi nei confronti dei genitori sempre e comunque, a prescindere dalla "soggezione" all'esercizio pieno (o limitato) della responsabilità genitoriale.

Né, per motivare questa discutibile opzione, può essere invocato il modello del reg. CE n. 2201/2003 , dal momento che quest'ultimo, pur non proponendosi di determinare in modo esaustivo e completo i contenuti della nozione di responsabilità genitoriale (ciò che sarebbe stato d'altro canto ultroneo rispetto alle finalità complessive dallo stesso perseguite), non manca tuttavia di definirne gli aspetti principali, individuati: per un verso, nel "diritto di affidamento" (31) , espressione che designa sinteticamente l'insieme dei diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardante la fissazione del suo luogo di residenza (art. 2, n. 9, reg.); per altro verso, nel "diritto di visita" (32) , espressione che designa in particolare il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo (art. 2, n. 10, reg.).

Infine, nessun legislatore nazionale europeo ha ritenuto che la situazione giuridica complessa (comunque denominata) di cui i genitori sono titolari ex lege nei confronti dei figli possa protrarsi (ancorché con contenuti modificati) oltre il raggiungimento della maggiore età da parte dei figli stessi. A ciò si aggiunga che sia nel reg. CE n. 2201/2003 , sia nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, sia nella Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori è assolutamente pacifico che di responsabilità genitoriali (nel senso sopra descritto) possa parlarsi soltanto con riferimento a minori di età, e cioè a persone che non abbiano ancora compiuto il diciottesimo anno: l'idea che la responsabilità genitoriale sia una situazione giuridica suscettibile di perdurare (seppure con contenuti ridotti) anche posteriormente al raggiungimento della maggiore età del figlio è dunque

completamente estranea al diritto UE e alle convenzioni internazionali, nonché al diritto civile nazionale dei Paesi europei, inclusi (come sopra si è visto) i pochissimi (Regno Unito, Portogallo) che hanno accolto espressamente nella loro legislazione interna la nozione di responsabilità genitoriale (in sostituzione di nozioni più tradizionali, quale ad es. quella di potestà).

7. Proposta alternativa di ricostruzione della natura e del contenuto della responsabilità genitoriale.

7. - Alla luce delle considerazioni svolte supra, si rende indispensabile ricostruire con modalità profondamente diverse i contenuti della nozione di responsabilità genitoriale, allineandoli agli esiti cui giurisprudenza e dottrina erano da tempo pacificamente pervenute in sede di interpretazione e applicazione delle disposizioni concernenti la (vecchia) potestà genitoriale (33) .

In primo luogo, deve escludersi che rientrino nel contenuto della "responsabilità genitoriale" i doveri che corrispondono ai diritti fondamentali (in primo luogo, il diritto al mantenimento) spettanti al figlio nei confronti del genitore a norma dell'art. 315 bis, comma 1°, c.c. (34) , disposizione che non a caso attribuisce tali diritti al figlio nei confronti dei genitori, senza fare alcun cenno alla titolarità e/o all'esercizio della responsabilità genitoriale. Tali diritti spettano, infatti, al figlio per il solo fatto dell'instaurazione del rapporto giuridico di filiazione (35) , a prescindere dalla circostanza che al genitore competa o meno, nella sua pienezza, l'esercizio della responsabilità genitoriale (36) : anche il genitore in tutto o in parte escluso o sospeso dall'esercizio della responsabilità genitoriale (ad es. perché il figlio è stato affidato in via esclusiva all'altro genitore ex art. 337 quater, comma 3°, c.c. ovvero perché sono stati adottati nei suoi confronti i provvedimenti di cui agli artt. 330 ss. c.c.) rimane infatti gravato dall'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente il figlio, potendo l'eventuale esclusione totale o parziale dall'esercizio della responsabilità genitoriale incidere soltanto sulle modalità di adempimento di tale obbligo.

Ciò posto, e conseguentemente, deve altresì escludersi che la responsabilità genitoriale sia una situazione giuridica destinata a sopravvivere (seppure modificata nei suoi contenuti) al raggiungimento della maggiore età da parte del figlio e a

protrarsi nel tempo indefinitamente (37) . Tale prolungamento non avrebbe, infatti, alcun senso e alcuna utilità, essendo piuttosto foriero di gravi problemi pratici e sistematici: si pensi, per un verso, alle difficoltà suscitate dall'ipotetica estensione ai figli maggiorenni dell'istituto della decadenza dalla responsabilità genitoriale di cui all'art. 330 c.c. (38) e, per altro verso, ai delicatissimi problemi che verrebbero creati da un "prolungamento" della durata della responsabilità genitoriale oltre la maggiore età del figli in sede e ai fini dell'applicazione delle molteplici disposizioni del codice penale che fanno oggi riferimento esplicito alla responsabilità genitoriale.

La verità è che, nonostante il mutamento della terminologia, la situazione giuridica oggi designata come responsabilità genitoriale è sostanzialmente identica alla situazione giuridica che un tempo il codice civile designava come potestà, così come ricostruita e intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, con orientamenti interpretativi ormai largamente consolidati (39) .

Può così ripetersi, con riguardo alla responsabilità genitoriale, quanto già si affermava pacificamente con riferimento alla potestà genitoriale, e cioè che si tratta di una situazione giuridica complessa, che è allo stesso tempo di potere/diritto e dovere/obbligo, nella quale il profilo del dovere costituisce il prius, nel senso che i poteri spettano ai genitori per consentire l'adempimento degli obblighi su di essi gravanti (oggi, ex art. 315 bis, comma 1°, c.c.) nei confronti dei figli (40) : si tratta pertanto di un ufficio di diritto privato (41) , una situazione giuridica indisponibile, onde al genitore che ne è titolare non è dato rinunciare ai poteri in cui essa si sostanzia né tantomeno attribuirli ad altri soggetti (42) .

Può e deve altresì essere ribadito, con riferimento alla responsabilità genitoriale, quanto già era pacifico in relazione alla potestà genitoriale (43) , e cioè che i poteri che vengono attribuiti ai genitori onde rendere possibile l'adempimento degli obblighi su di essi gravanti debbono essere esercitati esclusivamente in funzione del perseguimento dell'interesse dei minori, un interesse da intendersi in una accezione non solo e non tanto patrimoniale, quanto piuttosto in una dimensione esistenziale, donde la primaria necessità che l'esercizio dei suddetti poteri sia orientato ad assicurare lo sviluppo della personalità del minore, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni (ciò che oggi viene espressamente e opportunamente sancito dal comma 1° dell'art. 316 c.c.).

Specificamente, la responsabilità genitoriale si sostanzia (esattamente come un tempo la potestà) nel potere di assumere tutte le decisioni inerenti alla cura e alla protezione della persona del minore (inclusi i poteri di custodia e sorveglianza) e allo sviluppo e alla tutela della sua personalità (con particolare riguardo all'istruzione e all'educazione), nonché nel potere di assumere tutte le decisioni relative alla instaurazione e alla gestione dei rapporti giuridici patrimoniali facenti capo al minore e all'amministrazione dei beni facenti parte del suo patrimonio personale (c.d. profilo interno).

Al profilo decisionale si affianca poi il profilo più propriamente attuativo e operativo (c.d. profilo esterno): i genitori esercenti la responsabilità genitoriale sono infatti legittimati a porre concretamente in essere tutti gli atti che si rendono necessari e opportuni per dare esecuzione alle decisioni che volta per volta assumono con riguardo alla sfera personale e/o patrimoniale del minore: laddove a questo fine si renda necessario il compimento di atti giuridici, essi sono poi legittimati ad agire in rappresentanza del minore (cfr. art. 320), ponendo in essere in suo nome atti immediatamente produttivi di effetto nella sua sfera giuridica.

L'orientamento - largamente prevalente in giurisprudenza e in dottrina (44) - che escludeva che l'obbligo di provvedere al mantenimento del figlio facesse parte del contenuto della potestà dev'essere sicuramente ribadito anche con riferimento alla responsabilità genitoriale.

Deve infine negarsi che faccia parte del contenuto della responsabilità genitoriale il complesso dei poteri e doveri dei quali i genitori sono titolari nella loro qualità di titolari dell'usufrutto legale su alcuni dei beni di proprietà del minore. Rimane valido, infatti, anche con riferimento alla responsabilità genitoriale l'argomento fondamentale addotto, a sostegno di tale esclusione, dalla dottrina contraria a ritenere ricompreso l'usufrutto legale nel contenuto della potestà (45) : i poteri di cui dispone il genitore titolare dell'usufrutto legale debbono essere esercitati in funzione dell'interesse della famiglia, e non dell'interesse individuale del minore (46) .

8. Acquisto e perdita della titolarità e dell'esercizio della responsabilità genitoriale. Esercizio congiunto ed esclusivo della responsabilità genitoriale.

8. - Il genitore di figli nati all'interno di un matrimonio diviene titolare (e legittimato all'esercizio) della responsabilità genitoriale nel momento stesso (e per il solo fatto) della nascita del figlio. Per contro, il genitore di un figlio nato fuori da un matrimonio diviene titolare (e legittimato all'esercizio) della responsabilità genitoriale soltanto nel momento in cui il figlio viene riconosciuto (ovvero il rapporto di filiazione viene giudizialmente accertato). Infine, il genitore di un figlio adottivo diviene titolare (e legittimato all'esercizio) della responsabilità genitoriale nel momento in cui si perfeziona il procedimento di adozione.

Come la potestà, anche la responsabilità genitoriale cessa quando i figli raggiungono la maggiore età, a nulla rilevando che il compimento del diciottesimo anno non determini automaticamente l'estinzione dell'obbligo dei genitori di educare, istruire, mantenere e assistere moralmente i figli (nonché del dovere di rispetto cui questi ultimi sono tenuti nei confronti dei genitori ai sensi del comma 4° dell'art. 315 bis), che continua a gravare sui genitori con una durata e un contenuto variabili secondo le circostanze del caso concreto.

Il codice civile assume come ipotesi "paradigmatica" quella in cui il minore è soggetto alla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, ciascuno dei quali dotato (e legittimato all'esercizio) di poteri identici, per contenuto ed estensione, a quelli che competono all'altro: in questi casi, nei quali ad entrambi i genitori spetta, oltre alla titolarità, anche l'esercizio della responsabilità genitoriale nella sua pienezza, trova applicazione il principio sancito dal comma 1° dell'art. 316 c.c. , in forza del quale i poteri in cui si sostanzia la responsabilità genitoriale debbono essere esercitati dai genitori "di comune accordo" (c.d. esercizio congiunto della responsabilità genitoriale).

La prima e la più importante ipotesi di esercizio congiunto della responsabilità genitoriale ricorre quando il minore sia figlio di genitori entrambi viventi, che abbiano contratto un matrimonio valido, non siano divorziati né legalmente separati, né impossibilitati (in tutto o in parte) all'esercizio della responsabilità genitoriale per incapacità, lontananza o altro impedimento (giuridico o di fatto).

Nel caso di figli di genitori legalmente separati, divorziati o il cui matrimonio sia stato annullato, se il tribunale ha disposto l'affidamento condiviso dei figli, in linea di principio l'esercizio della responsabilità genitoriale compete nella sua pienezza ad entrambi i genitori; laddove tuttavia l'assoggettamento del minore ad una responsabilità esercitata da entrambi i genitori nelle forme contemplate dal comma 3° dell'art. 337 ter c.c. dovesse risultare contrario all'interesse del minore stesso (e soltanto in questa ipotesi), il giudice potrebbe disporre diversamente, riservando ad un solo genitore l'esercizio pieno della responsabilità genitoriale (salvo il diritto intangibile dell'altro genitore di concorrere all'adozione delle "decisioni di maggior interesse per il figlio relative all'istruzione, all'educazione e alla salute") e stabilendo che la potestà venga esercitata dai genitori in modo "differenziato" (v. art. 337 ter c.c.).

Al contrario, laddove il tribunale abbia disposto l'affidamento esclusivo del figlio a uno solo dei genitori, in linea di principio l'esercizio della responsabilità genitoriale compete in via esclusiva al genitore affidatario, potendo l'altro genitore soltanto concorrere all'adozione delle decisioni di maggior interesse per il figlio e vigilare sulla sua istruzione ed educazione nonché sulle sue condizioni di vita (art. 337 quater, comma 3°: qualora lo ritenga più e meglio rispondente all'interesse del minore, il tribunale potrebbe tuttavia anche decidere di non sottrarre integralmente al genitore non affidatario l'esercizio della responsabilità genitoriale, limitandosi a circoscriverne la portata e/o ad assoggettarlo a vincoli o restrizioni.

Nel caso di figli nati fuori da un matrimonio, qualora il figlio sia stato riconosciuto da entrambi i genitori, stando a quanto oggi stabilisce il comma 4° dell'art. 316 c.c. , la responsabilità genitoriale viene esercitata nella sua pienezza e congiuntamente da entrambi a prescindere dalla circostanza che i genitori convivano more uxorio e/o siano (ancora) legati da un vincolo affettivo e sentimentale (47) . Sotto questo profilo, può dunque considerarsi definitivamente superato il principio che si trovava sancito nel vecchio testo dell'art. 317 bis, comma 2°, in forza del quale i genitori non coniugati che avessero riconosciuto entrambi il figlio nato dalla loro relazione esercitavano congiuntamente la potestà soltanto qualora convivessero e con essi convivesse anche il figlio.

Qualora tuttavia (soprattutto nelle ipotesi in cui la "coppia di fatto" entri in crisi posteriormente alla nascita del figlio) ritengano opportuno, nell'interesse del minore, che l'esercizio della responsabilità genitoriale venga diversamente regolamentato, i genitori possono rivolgersi a tal fine all'autorità giudiziaria (oggi il tribunale ordinario, e non più il tribunale dei minorenni: cfr. il novellato art. 38 disp. att.), che può disporre l'affidamento condiviso o esclusivo del figlio e regolamentare l'esercizio della responsabilità genitoriale secondo quanto previsto dagli artt. 337 bis e 337 ter c.c.

Il principio in forza del quale la responsabilità genitoriale è esercitata "di comune accordo" non trova applicazione nelle ipotesi in cui l'esercizio della responsabilità genitoriale compete in via esclusiva ad uno dei genitori perché l'altro è deceduto, è stato integralmente rimosso dall'esercizio della responsabilità genitoriale (ex art. 330 c.c. o ex art. 34 c.p.) ovvero (trattandosi di figli nati fuori dal matrimonio) non ha riconosciuto il figlio né è stato giudizialmente accertato come suo genitore.

Per contro, nell'ipotesi contemplata dal comma 3° dell'art. 337 quater c.c. (sentenza che disponga l'affidamento esclusivo ad un solo genitore del figlio di genitori non coniugati che l'abbiano riconosciuto entrambi ovvero legalmente separati o divorziati o il cui matrimonio sia stato annullato), il principio del comune accordo - salva diversa disposizione dell'autorità giudiziaria - vale soltanto per l'adozione delle "decisioni di maggior interesse per il figlio".

La disposizione inserita nel comma 5° dell'art. 316 c.c. , infine, si applica al genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c. (48) nonché al genitore "biologico" di un figlio nato fuori dal matrimonio che non lo abbia riconosciuto, né sia stato giudizialmente accertato come suo genitore. In queste due ipotesi, al genitore completamente escluso dall'esercizio della responsabilità genitoriale viene accordato un (mero) potere di vigilanza sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio, ma non viene attribuito il potere di concorrere all'adozione delle decisioni di maggior interesse per il figlio stesso: un potere, quest'ultimo, che spetta invece al genitore il quale abbia riconosciuto un figlio nato fuori dal matrimonio - o sia stato giudizialmente accertato come suo genitore - che il tribunale abbia tuttavia affidato in via esclusiva all'altro genitore (v. art. 337 bis, comma 3°, c.c.).

9. Il "comune accordo" dei genitori.

9. - Il principio in forza del quale la responsabilità genitoriale è "esercitata di comune accordo da entrambi i genitori" non implica che ogni singolo atto di esercizio dei poteri spettanti ai genitori in connessione con la responsabilità di cui sono gravati debba necessariamente essere in concreto compiuto dai genitori congiuntamente, ma significa soltanto che ogni atto deve essere concordemente deciso dai genitori o comunque corrispondere alle direttive e agli indirizzi concordati dai genitori (49) .

Alla concreta attuazione della decisione assunta congiuntamente i genitori possono poi provvedere anche in modo disgiunto: pertanto, qualora l'attuazione della decisione richieda il compimento di uno o più atti dotati di valenza esterna nei confronti di terzi (e salvo che si tratti di atti di straordinaria amministrazione del patrimonio del minore: v. sub art. 320), questi atti (ad es. il consenso al trattamento medico, all'utilizzo dei dati personali, l'iscrizione ad un istituto scolastico, ecc.) non richiedono la partecipazione contestuale e congiunta dei genitori, ma possono validamente ed efficacemente essere compiuti da uno qualsiasi di essi senza bisogno del concorso dell'altro. Un atto di esercizio della responsabilità genitoriale (non sostanziantesi in un atto di straordinaria amministrazione del patrimonio del minore) posto in essere da un singolo genitore senza essere stato da quest'ultimo previamente concordato con l'altro genitore, ovvero in difformità rispetto alle scelte o agli indirizzi decisi di comune accordo, non è pertanto, per ciò solo, invalido né inefficace: la condotta in tal modo tenuta dal genitore che ha agito può tuttavia legittimare l'altro genitore a rivolgersi all'autorità giudiziaria a norma degli artt. 316, comma 2°, e 333 c.c.

Tutte le questioni che interessano il minore (a cominciare ovviamente dall'individuazione della sua residenza abituale) debbono essere affrontate e risolte insieme dai genitori, e non soltanto quelle "di particolare importanza": la circostanza che in caso di contrasto sulla decisione da prendere su queste ultime sia possibile il ricorso al giudice a norma del comma 2° dell'art. 316 c.c. non significa che per le altre non sia necessario l'accordo, ma implica soltanto che l'eventuale contrasto in relazione ad esse va risolto all'interno della famiglia.

Il "comune accordo" può avere contenuto più o meno ampio: è possibile infatti che i genitori discutano e concordino la singola, concreta decisione da adottare, ma è

anche possibile che essi raggiungano intese più generali. In quest'ultimo caso, non è necessario che il compimento di ogni singolo atto venga preceduto da un apposito confronto tra i genitori specificamente finalizzato a definirne contenuti e modalità attuative, ma è sufficiente (affinché possa dirsi rispettato il principio del "comune accordo") che le decisioni volta per volta assunte (e attuate) autonomamente dal singolo genitore siano conformi ai criteri e ai parametri preventivamente concordati in via generale dai genitori.

Il "comune accordo" cui dev'essere informato l'esercizio della responsabilità genitoriale sul minore può esser raggiunto per spontanea identità di vedute ovvero per assoggettamento dell'uno alla volontà dell'altro, a seguito di un confronto intervenuto fra i genitori (50). Anche in quest'ultimo caso, peraltro, la responsabilità della decisione grava in egual misura su entrambi i genitori, i quali non potrebbero in alcun modo ad essa sottrarsi, né tantomeno potrebbero concordare che alcune o tutte le decisioni riguardanti il minore vengano prese da uno solo di essi: un accordo siffatto sarebbe infatti privo di qualsiasi rilevanza giuridica.

10. L'amministrazione del patrimonio del figlio minorene soggetto alla responsabilità genitoriale.

10. - L'amministrazione dei beni del figlio (minorene non emancipato) include tutte quelle attività (processuali, negoziali, o anche solo meramente materiali) al cui svolgimento consegue, direttamente o indirettamente, una modificazione dell'assetto o una alterazione della consistenza quantitativa e/o qualitativa del patrimonio del minore.

Il potere di amministrare il patrimonio del minore include sia il potere di decidere quali atti giuridici o anche solo meramente materiali debbano essere compiuti in vista della conservazione, dell'utilizzazione e della gestione dei beni che fanno parte del patrimonio personale del minore (profilo interno), sia la legittimazione a svolgere tutte le attività occorrenti per dare attuazione concreta alle decisioni adottate (profilo esterno) (51): quando le attività in questione consistano in atti negoziali ovvero in atti processuali, il genitore che eserciti la responsabilità genitoriale ha altresì il potere di rappresentarlo, ponendo in essere in suo nome atti immediatamente produttivi di effetti nella sua sfera giuridica.

Il potere di amministrazione compete al genitore che della responsabilità genitoriale abbia sia la titolarità sia l'esercizio, e soltanto nei confronti del patrimonio dei figli minorenni non emancipati: non v'è dubbio infatti che le parole " , sino alla maggiore età o all'emancipazione," introdotte nel comma 1° dell'art. 320 c.c. dall'art. 44 del d.lgs. 28 n. 154/13, si riferiscano sia al potere di rappresentanza dei figli nel compimento di atti giuridici che al potere/dovere di amministrazione del loro patrimonio.

Se la responsabilità genitoriale viene esercitata da entrambi i genitori, questi amministrano i beni dei figli minori congiuntamente, secondo quanto stabilisce il comma 1° dell'art. 320 c.c. È sicuro che il principio in forza del quale - nelle ipotesi in cui entrambi i genitori abbiano l'esercizio pieno della responsabilità genitoriale - quest'ultima "è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio" (art. 316 c.c.) valga per tutti gli aspetti della responsabilità genitoriale, e quindi anche per l'esercizio del potere/dovere di amministrare il patrimonio del minore e di rappresentarlo nei relativi atti negoziali. Ne deriva che, a rigore, i genitori dovrebbero astenersi dal porre in essere atti il cui compimento non sia stato previamente da loro stessi concordato, e ciò con riguardo a qualsiasi tipo di atto (patrimoniale e non, negoziale, materiale ovvero processuale, eccedente o meno l'ordinaria amministrazione): tutte le decisioni, quali che ne siano il contenuto, l'oggetto e il grado d'importanza, debbono infatti, in linea di principio, esser prese "di comune accordo", e tenendo adeguatamente conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio.

Laddove invece la responsabilità genitoriale venga esercitata in via esclusiva da uno solo dei genitori (art. 315 bis, comma 5°, e art. 337 quater, comma 3°, c.c.), quest'ultimo è il solo titolare del potere di amministrare il patrimonio del minore e di rappresentarlo nel compimento dei relativi atti giuridici e processuali.

Ancorché l'art. 337 ter c.c. non lo preveda espressamente, deve ritenersi che nelle ipotesi di separazione legale dei coniugi, scioglimento del matrimonio, nullità del matrimonio, il potere di amministrare il patrimonio del minore spetti ad entrambi i genitori e debba da essi essere esercitato congiuntamente tutte le volte in cui sia stato

disposto l'affidamento "condiviso" del minore. In tali ipotesi, soltanto per le "questioni di ordinaria amministrazione" viene infatti prevista la possibilità che l'autorità giudiziaria riconosca ad entrambi i genitori il potere di assumere (e attuare) separatamente e autonomamente le decisioni inerenti agli atti di ordinaria amministrazione. Deve peraltro senz'altro ammettersi, nonostante il silenzio della disposizione, che l'autorità giudiziaria possa, qualora lo ritenga opportuno nell'interesse del minore, riservare ad uno solo dei genitori separati (o divorziati) il potere di assumere autonomamente (e attuare, agendo da solo in rappresentanza del minore) tutte le (o alcune delle) decisioni concernenti l'amministrazione del patrimonio del minore, incluse quelle attinenti al compimento di atti di straordinaria amministrazione, lasciando all'altro genitore soltanto poteri di controllo e verifica.

Laddove invece il figlio di coniugi legalmente separati o divorziati, o il cui matrimonio sia stato annullato, sia stato affidato in via esclusiva ad uno soltanto dei genitori, dal momento che l'esercizio della responsabilità genitoriale è interamente riservato a quest'ultimo è giocoforza riconoscere che il potere-dovere di amministrare il patrimonio del minore e di rappresentarlo nel compimento dei relativi atti negoziali e processuali si concentra in via esclusiva in capo al genitore affidatario. Qualora tuttavia il compimento di un atto di amministrazione del patrimonio del minore postuli l'assunzione di una decisione suscettibile di essere qualificata come "decisione di maggior interesse" per i figli, tale decisione dev'essere adottata congiuntamente dai genitori, fermo restando peraltro che la legittimazione ad attuarla, ponendo in essere in nome e per conto del minore l'atto negoziale e/o processuale a tal fine necessario, spetta in via esclusiva al genitore affidatario. Se il genitore affidatario esclusivo compie un atto di amministrazione del patrimonio del minore implicante una "decisione di maggior interesse" senza averlo prima concordato con l'altro genitore (in violazione del precetto del comma 3° dell'art. 337 quater), l'atto - ovviamente, purché il giudice tutelare lo abbia preventivamente autorizzato (52) - è ciononostante valido ma il genitore non affidatario potrà rivolgersi al giudice ai sensi del comma 3° dell'art. 337 quater laddove lo ritenga pregiudizievole per gli interessi del figlio.

L'amministrazione del patrimonio dei figli (minorenni) di genitori non coniugati spetta infine ad entrambi i genitori che li abbiano riconosciuti, i quali possono e debbono provvedervi congiuntamente, non soltanto nelle ipotesi in cui convivano (fra loro e con il figlio medesimo) ma anche nelle ipotesi in cui non convivano, salvo che - in tale

ultima ipotesi - il tribunale ordinario (al quale i genitori si siano eventualmente rivolti) abbia disposto l'affidamento esclusivo del figlio ad uno solo dei genitori ovvero, pur disponendo l'affidamento condiviso, abbia regolamentato l'esercizio della responsabilità genitoriale con modalità divergenti rispetto a quanto previsto dal comma 3° dell'art. 337 ter c.c.).

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

(1) Sulle molteplici novità introdotte da tale decreto legislativo, cfr. AA.VV., *Filiazione. Commento al decreto attuativo*. Tutte le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 , a cura di M. Bianca, Milano, 2014; C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1. La famiglia*⁵, Milano, 2014; AA.VV., *Nuove frontiere della famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2014; FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014; ANCESCHI, *Rapporti fra genitori e figli*², Milano, 2014; AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014; SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1 ss.; SCHLESINGER, *Il D.Lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 443 ss.; CARBONE, *Il d.lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 447 ss.; DOGLIOTTI, *La nuova filiazione fuori dal matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 480 ss.; TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 526 ss.; SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in *Corr. giur.* 2014, p. 540 ss. (prima parte) e p. 675 ss. (seconda parte); DANOVI, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 535 ss.

(2) Per un commento specifico alla disposizione dell'art. 2, che ha conferito al Governo la delega nell'esercizio della quale è stato adottato il d.lgs. n. 154/13 , cfr. C.M. BIANCA, in questa Rivista, 2013, p. 592 ss.; DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 279 ss. Sui restanti contenuti della l. n. 219/12 , cfr.: AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione (l. 10 dicembre 2012, n. 219)*, a cura di C.M. Bianca, in questa Rivista, 2013, p. 437 ss.; C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1 ss.; RECINTO, *Legge n. 219/12 : responsabilità*

genitoriale o astratti modelli di minori di età?, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, II, p. 1475 ss.; FERRANDO, La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; SESTA, L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 231 ss.; DANOVI, Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) "naturali", in *Corr. giur.*, 2013, p. 537 ss.; GRAZIOSI, Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario, in *Fam. e dir.* 2013, p. 263 ss.; PALAZZO, La riforma dello status di filiazione, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 262 ss.; ID., La filiazione², in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2013; LENTI, La sedicente riforma della filiazione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss.; DAMIANI, Filiazione e processo all'indomani della l. 219/2012, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 73 ss.; SENIGAGLIA, Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia, Napoli, 2013.

(3) V. ad es. BERETTA, in AA.VV., Filiazione. Commentario al decreto attuativo, cit., p. XVII s.; CARBONE, op. cit., p. 448; AL MUREDEN, La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 466 ss.; QUERZOLA, La revisione delle norme in materia di filiazione: profili processuali, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 181 s.; SENIGAGLIA, Status filiationis, cit., p. 191 ss.

(4) V. la norma di chiusura del comma 1° dell' art. 105 del d.lgs. n. 154/13, ai sensi del quale «la parola "potestà", riferita alla potestà genitoriale, e le parole "potestà genitoriale", ovunque presenti, in tutta la legislazione vigente, sono sostituite dalle parole "responsabilità genitoriale"».

(5) Cfr. in particolare l'art. 315, i commi 2° e 3° dell'art. 315 bis, l'art. 317 bis e l'art. 336 bis.

(6) V. segnatamente il comma 1° dell'art. 315 bis e l'art. 316 bis.

(7) Di questi articoli, è sopravvissuto soltanto l'art. 155, il cui testo è stato tuttavia integralmente riformulato e ora recita: "In caso di separazione, riguardo ai figli, si applicano le disposizioni contenute nel capo II del titolo IX".

(8) Così anche PITTARO, *La riforma della filiazione: gli effetti sul sistema penale*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 552 e OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 41 nt. 22, il quale nota altresì come la scelta del legislatore delegato descritta nel testo si ponga "in vistosa contraddizione con il tenore dell'art. 1, comma 9° della medesima l. 10 dicembre 2012, n. 219, il quale ha introdotto la disposizione di cui all'art. 448 bis c.c. consapevolmente conservando il nomen iuris di potestà".

(9) Nel medesimo senso, v. anche LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 214, il quale peraltro evidenzia giustamente l'oscurità della formulazione della disposizione della legge delega. Anche DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al Governo*, cit., p. 285, pur riconoscendo l'importanza del riferimento fatto dalla legge-delega alla responsabilità genitoriale, affermava che "non è dato peraltro capire se il Governo delegato debba intervenire pure sulla "struttura" della potestà". Di formulazione non felice della disposizione delegante ha parlato anche SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione*, cit., p. 236 affermando che – contrariamente a quanto previsto dalla disposizione citata – la potestà avrebbe dovuto essere configurata come uno specifico profilo della più ampia nozione di responsabilità genitoriale.

(10) Cfr. ad es. SALANITRO, op. cit., p. 548 s., il quale si chiede se il potere di indirizzo, consiglio e orientamento sia anch'esso limitato alla minore età ovvero abbia una durata indefinita, correlata alle capacità ed esigenze del figlio. Secondo OLIVIERO, op. cit., p. 52 "gli aspetti della responsabilità genitoriale che sopravvivono al compimento della maggiore età del figlio sono costituiti essenzialmente dall'obbligo dei genitori di assicurarli il mantenimento e il soddisfacimento dei bisogni educativi e di avviamento al lavoro".

(11) Di un "calco lessicale forse non pienamente riuscito" parla SCHLESINGER, op. cit., p. 445, il quale giustamente rileva che "il completo rimpiazzo della antica figura della potestas con il riferimento alla responsabilità del genitore costituisce un elemento profondamente nuovo e in realtà estraneo alla nostra tradizione", frutto di una "importazione" alla quale occorre "guardare senza eccessiva enfasi". V. altresì gli interessanti rilievi critici mossi, dalla prospettiva penalistica, da PITTARO, *La riforma della filiazione: gli effetti sul sistema penale*, in *Fam. e dir.* 2014, p. 552, che

correttamente segnala le difficoltà suscitate dal "trapianto" nel c.p. della espressione "responsabilità genitoriale".

(12) Peraltro definiti in termini molto generici: cfr. la Subsection 1 della Section 3 del Children Act 1989, ove si statuisce che "In this Act "parental responsibility" means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property".

(13) È pacifico, infatti, che il termine child venga utilizzato in tale testo normativo al fine di designare persone che non abbiano ancora compiuto il diciottesimo anno d'età.

(14) Cfr. la Subsection 3, lett. a, della Section 3 del Children Act 1989, ove si statuisce che "(4)The fact that a person has, or does not have, parental responsibility for a child shall not affect any obligation which he may have in relation to the child (such as a statutory duty to maintain the child)".

(15) Ad opera della legge portoghese di riforma della filiazione del 2008 (Lei n.° 61/2008 del 31 ottobre 2008), sulla quale v. ad es. GOMES, Responsabilidades Parentais³, Lisbona, 2012; AA.VV., Poder Paternal e Responsabilidades Parentais², Lisbona, 2010.

(16) È interessante rilevare che – all'interno del titolo III (Della filiazione) del libro IV (Della famiglia) del c.c. – alla disciplina delle Responsabilidades Parentais è dedicata la sezione II del capitolo II (Effetti della filiazione), il quale si apre con una sezione I (Disposizioni generali) che ospita la fondamentale disposizione dell'art. 1874 (Doveri dei padri e dei figli), la quale, dopo aver sancito (comma 1° che genitori e figli si debbono reciprocamente rispetto, aiuto ed assistenza, precisa (comma 2° che il dovere di assistenza include l'obbligazione di versare gli alimenti e di contribuire alle spese della famiglia durante la vita in comune: per il diritto portoghese, dunque, il dovere di assistenza (morale, materiale ed economica) esula dal contenuto della responsabilità genitoriale in senso stretto e proprio, è radicato direttamente nel rapporto di filiazione in quanto tale e grava sia sui genitori nei confronti dei figli che sui figli nei confronti dei genitori.

(17) Il titolo IX (Autorité parentale) del libro I del code civil francese (riformato da ultimo dalla l. n. 2013-404 del 17 maggio 2013) si suddivide in due capi. Il primo (De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant) si apre con una disposizione dedicata ai doveri del figlio (art. 371: "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère") e con l'art. 371-1, ai sensi del quale: "L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité". Il capo Secondo (De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant) si apre con l'art. 382, a norma del quale "Les père et mère ont, sous les distinctions qui suivent, l'administration et la jouissance des biens de leur enfant".

(18) Il titolo IX del Libro Primo del code civil belga contiene la disciplina (artt. 371 ss.) della Autorité parentale alla quale ogni enfant è assoggettato jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372).

(19) Sul modello del code civil francese, anche il code civil lussemburghese contiene, nel titolo IX del Libro I, la disciplina della Autorité parentale, suddivisa in due capi. Il capo I, intitolato De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant (artt. 371 ss.), si apre con due disposizioni (artt. 371 e 372) che, rispettivamente, stabiliscono che "L'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère" e che "Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation. L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation". Il capo secondo, intitolato De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant, si apre con l'art. 382, a norma del quale "Les père et mère ont, sous les distinctions qui suivent, l'administration et la jouissance des biens de leur enfant".

(20) La disciplina della elterliche Sorge (cura genitoriale) è contenuta nel titolo 5 (§§ 1626 ss.) della Sezione 2 del Libro 4 del codice civile tedesco. Il § 1626, comma 1°, BGB prevede espressamente che "I genitori hanno il dovere e il diritto di prendersi cura dei figli minori di età (elterliche Sorge). La cura genitoriale include la cura della

persona del figlio (Personensorge) e la cura del patrimonio del figlio (Vermögenssorge)". Le disposizioni successive regolamentano contenuti e modalità di esercizio della elterliche Sorge, distinguendo profili personali e patrimoniali.

(21) La disciplina della elterliche Sorge – alla quale sono soggetti i figli finché sono minorenni (art. 296, comma 1° – è contenuta nel capo terzo (artt. 296 ss.) del titolo ottavo (Effetti dei rapporti di filiazione) del Zivilgesetzbuch svizzero, ed è stata recentemente modificata da una legge del dicembre 2008, entrata in vigore il 1° gennaio 2013. Val la pena rilevare che l'obbligo di mantenimento (Unterhaltspflicht) dei genitori viene fatto oggetto di una analitica disciplina inserita in un capo separato (il secondo: artt. 276 ss.) del medesimo titolo ottavo.

(22) La disciplina della Obsorge è contenuta nella sezione quarta (§§ 158 ss.) del titolo terzo (Drittes Hauptstück: diritti fra genitori e figli) della parte prima del codice civile austriaco, come riformato dalla Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz del 2013. Ai sensi del § 158, comma 1°, del codice civile austriaco (ABGB), "Chi sia investito della Obsorge di un minore di età è tenuto a curarlo e ad educarlo, ad amministrarne il patrimonio e a rappresentarlo in queste e in altre questioni; la cura e l'educazione, nonché l'amministrazione del patrimonio, includono la rappresentanza legale del figlio nelle relative questioni". Il successivo § 160, comma 2°, statuisce che "La cura del figlio minorenne include in particolare la realizzazione del suo benessere fisico e la protezione della sua salute nonché la sorveglianza immediata; l'educazione implica in particolare lo sviluppo delle sue forze fisiche, intellettuali, spirituali e morali, nonché la promozione ed il sostegno delle sue predisposizioni, capacità, inclinazioni, e possibilità di crescita nonché la sua formazione scolastica e professionale". Anche nel codice civile austriaco il Kindesunterhalt (mantenimento del figlio) viene fatto oggetto di una disciplina separata (contenuta nei §§ 231 ss. ABGB) e autonoma rispetto a quella della Obsorge dei genitori sui figli minorenni.

(23) Cfr. gli artt. 154 ss. del codice civile spagnolo, il cui art. 154, dopo aver statuito che i figli "non emancipati" (nel diritto spagnolo il raggiungimento della maggiore età, fissata al diciottesimo anno, viene configurato come causa di emancipazione del figlio: art. 314 c.c.) sono soggetti alla potestad de los padres, la quale deve essere esercitata "siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a

su integridad física y psicológica", prevede espressamente che la suddetta "potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes".

(24) Che negli artt. 1:247 ss. definisce i contenuti e le modalità di esercizio di questa situazione giuridica.

(25) Pertanto, non corrisponde al vero l'affermazione secondo cui la linea di tendenza europea, sia dei regolamenti dell'UE che dei Paesi europei di riferimento, sarebbe quella di "fondare tutto il sistema dei rapporti tra genitori e figli sul concetto di responsabilità dei genitori per i figli, cancellando le locuzioni contenenti dati semantici che esprimano un potere" (così LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 214).

(26) Parental responsibility; elterliche Verantwortung; responsabilité parentale; responsabilidad parental.

(27) Cfr. anche l'art. 2, n. 8, laddove si afferma che ai fini del reg. per "titolare della responsabilità genitoriale" deve intendersi "qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore".

(28) Non si vede pertanto come e su che base si possa affermare (come fa BERETTA, in AA.VV., *Filiazione. Commentario al decreto attuativo*, cit., p. XVIII) che attraverso l'introduzione della nozione di responsabilità genitoriale in sostituzione della nozione di potestà il legislatore italiano abbia "posto rimedio ad un ritardo della nostra legislazione rispetto a fonti sovranazionali quali il reg. Bruxelles II-bis". All'interno di quest'ultimo reg. la nozione di responsabilità genitoriale ha una funzione affatto diversa – e coerente con gli obiettivi complessivi di un reg. UE di diritto internazionale processuale destinato a trovare applicazione direttamente negli ordinamenti interni di tutti i Paesi membri, le cui discipline civilistiche nazionali della filiazione presentano inevitabilmente differenze significative, sia sul piano terminologico che sul piano contenutistico e sostanziale – da quella tipicamente propria della nozione (e della relativa definizione normativa) che in un codice civile nazionale designa la situazione giuridica complessa della quale i genitori sono titolari nei confronti dei figli

fintantoché questi ultimi non abbiano raggiunto la maggiore età. Porre a fondamento di interventi di riforma del codice civile opzioni terminologiche e concettuali compiute all'interno di regolamenti UE di diritto internazionale privato è profondamente sbagliato sul piano metodologico e potenzialmente foriero di gravi confusioni e sovrapposizioni.

(29) Cfr. ad es. i §§ 167-175 del codice civile austriaco (in materia di rappresentanza legale dei figli minori soggetti alla Obsorge dei genitori e di capacità d'agire del minore), novellati nel 2013, nonché gli artt. 302 e 303 (in materia di educazione scolastica e religiosa) e l'art. 305 (che attribuisce al minore dotato di capacità di discernimento il potere di compiere validamente in prima persona atti di esercizio dei diritti personalissimi dei quali sia titolare) del codice civile svizzero, come modificati dalla legge di riforma della filiazione del 2008, entrata in vigore nel 2013.

(30) Come fa SENIGAGLIA, *Status filiationis*, cit., p. 194, con particolare riguardo al diritto all'assistenza morale.

(31) Rights of Custody; Sorgerecht; droit de garde; derechos de custodia.

(32) Rights of Access; Umgangsrecht; droit de visite; derecho de visita.

(33) Raffinata e sottile – ma a nostro avviso incompatibile con l'inequivocabile scelta del legislatore italiano di eliminare la nozione di potestà sostituendola con quella di responsabilità genitoriale – è la proposta interpretativa di GORASSINI, in AA.VV., *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. Bianca, cit., p. 92 s. il quale ritiene (sulla scorta dell'originaria indicazione contenuta nella legge delega) che l'istituto della potestà e la responsabilità genitoriale convivano nel nuovo assetto normativo, dovendo semplicemente essere coordinate, in particolare nel senso che la potestà rimarrebbe pur sempre sussistente fino alla maggiore età del figlio, seppure destinata a manifestarsi nel mondo giuridico essenzialmente attraverso il suo esercizio nelle forme della responsabilità.

(34) Nel senso che l'adempimento dei doveri corrispondenti ai diritti spettanti ai figli nei confronti dei genitori ex art. 315 bis, comma 1°, c.c., costituirebbe l'oggetto principale della responsabilità genitoriale, v. invece SALANITRO, op. cit., p. 548 s.

(35) Nel vigore della disciplina abrogata, cfr. per tutti SESTA, La filiazione, in Tratt. Bessone, Torino, 2011, p. 35, nt. 30, ove ampi riferimenti al conforme orientamento giurisprudenziale.

(36) Nel medesimo senso, v. anche ANCeschi, Rapporti tra genitori e figli, cit., p. 233 e OLIVIERO, op. cit., p. 52, ove riferimenti anche alla dottrina e alla giurisprudenza formatesi sulla disciplina previgente.

(37) Contra, v. però AL MUREDEN, La responsabilità genitoriale, cit., p. 467 s. e IADECOLA, Il principio di unificazione dello status di figlio, in Dir. fam. e pers., 2014, p. 379, la quale discorre di una "sorta di prolungamento della responsabilità dei genitori oltre il raggiungimento della maggiore età da parte dei figli".

(38) Cfr. in proposito OLIVIERO, op. cit., p. 69, il quale mette in luce i rischi connessi all'emancipazione della responsabilità genitoriale da un termine finale con riferimento alla recente introduzione del diritto potestativo del figlio di diseredare il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale nei suoi confronti "per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463" c.c. nonché alla disciplina dell'indegnità di cui al medesimo art. 463, lett. c bis, c.c. La perpetuazione dell'ufficio genitoriale anche dopo il raggiungimento della maggiore età del figlio comporta, infatti, il pericolo (puntualmente avveratosi nella fattispecie decisa da Trib. min. Milano 29 dicembre 2010, in Dir. fam. e pers., 2012, p. 1114 ss.) della "funzionalizzazione dei provvedimenti di decadenza rispetto alle "implicazioni, fattuali ed effettuali, d'ordine successorio" che ad essa conseguono, [concedendosi] ingresso alla richiesta di emissione di provvedimenti di decadenza sulla base del mero interesse del figlio a estromettere il padre dalla successione, senza alcuna considerazione dell'ineffettività del documento derivabile al primo dalla condotta del secondo".

(39) Nel senso che la nozione di parental responsibility esprime quella sintesi di poteri, diritti e responsabilità del genitore verso il figlio (e il suo patrimonio) che nella nostra

elaborazione si esprimeva attraverso la nozione di potestà, come ufficio piuttosto che come potere, e che certamente non si presta ad essere inteso come equivalente al concetto di responsabilità elaborato dalla nostra cultura giuridica, cfr. lucidamente SCHLESINGER, op. cit., p. 446. Nel senso che la sostituzione del termine potestà con il termine responsabilità genitoriale non ha in alcun modo inciso sotto il profilo sostanziale, v. anche ANCESCHI, Rapporti tra genitori e figli, cit., p. 233.

(40) BONILINI, Manuale di diritto di famiglia, Torino, 2006, p. 283; BELVEDERE, voce Potestà dei genitori, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1990, p. 1; DOGLIOTTI, La potestà dei genitori e l'autonomia del minore, in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2007, p. 204; BUCCIANTE, La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione, in Tratt. Rescigno, IV, p. 539 s., per il quale tale situazione giuridica non si esaurisce in un potere unico dal contenuto complesso, ma si articola in una pluralità di poteri, collegati fra loro dall'unitaria funzione; in argomento v. anche DI SABATO, Spunti di riflessione sulla potestà dei genitori alla luce di alcuni recenti interventi del legislatore, in Rass. dir. civ., 2006, p. 994, nonché GRISI, Potestà e responsabilità, in AA.VV., I modelli familiari tra diritti e servizi, a cura di GORGONI, p. 143, che ravvisava proprio nella dimensione del "potere-dovere" l'elemento caratterizzante della potestà.

(41) In questo senso v. anche C.M. BIANCA, Diritto civile 2.1. La famiglia, cit., p. 344; SENIGAGLIA, Status filiationis, cit., p. 193. In giurisprudenza, la potestà genitoriale era stata qualificata come ufficio di diritto privato (Cass. 8 novembre 2010, n. 22678; Cass. 7 novembre 1985, n. 5408) e identica qualificazione era propugnata dalla dottrina largamente maggioritaria (v., ad esempio, VILLA, Potestà dei genitori e rapporti con i figli, in Tratt. dir. fam. Bonilini-Cattaneo², III, Torino, 2007, p. 320, ove ulteriori riferimenti bibliografici; COSSU, voce Potestà dei genitori, in Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. civ., Torino, 1996, p. 117; in tempo antecedente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, BUCCIANTE, La patria potestà nei suoi profili attuali, Milano, 1971, p. 20 ss.).

(42) Cfr. SANTARCANGELO, La volontaria giurisdizione², II, Milano, 2006, p. 119.

(43) V. per tutti RUSCELLO, La potestà dei genitori. Rapporti personali², in Commentario Schlesinger, Milano, 2006, p. 84 ss.; PALAZZO, La filiazione, cit., p. 597; COSSU, voce Potestà dei genitori, cit., p. 117. Per l'osservazione secondo cui lo schema della potestà come potere-soggezione ha ceduto il passo a una più moderna correlazione fra soggetti, in cui l'uno non deve essere ritenuto "soggiogato all'altro", cfr. altresì P. PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, 1991, p. 497.

(44) Si vedano, fra i tanti, BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., p. 594; COSSU, *Potestà dei genitori*, cit., p. 120; VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, cit., p. 320 ss. In giurisprudenza, possono consultarsi Cass. 22 novembre 2000, n. 15063; Cass. 8 novembre 2010, n. 22678 .

(45) Cfr. PELOSI, sub art. 324 c.c. , in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, IV, Padova, 1992, p. 384; BELVEDERE, voce *Potestà dei genitori*, cit., p. 11; BASINI, *L'usufrutto legale dei genitori*, in *Tratt. dir. fam. Bonilini-Cattaneo*, II, Torino, 2007, p. 570 s.; LISELLA, *Usufrutto legale e contribuzione filiale al mantenimento della famiglia*, Napoli, 2003, p. 63; DE CRISTOFARO, *L'usufrutto legale*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, Milano, 2012, p. 1454.

(46) In questo senso, SESTA, *Diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 491 e DE CRISTOFARO, *La potestà e l'usufrutto legale*, in CIATTI (a cura di), *Famiglia e minori*, Torino, 2010, p. 373. Contra, v. però BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., p. 654; FERRI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 119 s. e 125; DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., p. 405, i quali, muovendo dalla considerazione che l'art. 324 c.c. ne attribuiva la titolarità ai genitori esercenti la potestà genitoriale (oggi, ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale), ravvisavano nell'usufrutto legale un attributo della potestà e lo includevano nell'ambito del complesso delle posizioni giuridiche in cui si sostanziava la potestà.

(47) Conclusione assolutamente pacifica in dottrina: cfr. per tutti AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 468, p. 471 e p. 478.

(48) Così anche ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli*, cit., p. 245.

(49) Cfr. BELVEDERE, voce *Potestà dei genitori*, cit., p. 5; RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², cit., p. 172 s.

(50) Cfr. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., p. 559, il quale peraltro sottolinea che il genitore non potrebbe limitarsi ad aderire passivamente e sistematicamente alle decisioni che vengano unilateralmente prese

dall'altro, poiché così facendo si asterebbe di fatto dall'esercitare i poteri/doveri che su di lui incombono.

(51) In proposito, v. ancora BUCCIANTE, La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione, cit., p. 619, nonché SESTA, Diritto di famiglia, cit., p. 488.

(52) È dubbio invero se, nelle ipotesi in cui l'istanza di concessione dell'autorizzazione ad un atto di straordinaria amministrazione del patrimonio del minore il cui compimento implichi l'adozione di una "decisione di maggior interesse" sia stata presentata (non da entrambi i genitori congiuntamente, bensì) soltanto dal genitore affidatario esclusivo di un minore, l'accoglimento della relativa istanza da parte del giudice tutelare debba considerarsi subordinato (oltre che, ovviamente, all'accertamento della necessità o utilità evidente dell'atto per il figlio) anche all'allegazione e dimostrazione, da parte del genitore istante, che la decisione di porre in essere l'atto sia stata preventivamente concordata con il genitore non affidatario.

PENA ACCESSORIA DECADENZA DALLA POTESTÀ (RESPONSABILITÀ GENITORIALE) Giurisprudenza

Corte cost. Sent., 23/01/2013, n. 7

CORTE COSTITUZIONALE Questioni di legittimità costituzionale **STATO DI FAMIGLIA (DELITTI)**

Reati e pene - Delitto di soppressione di stato - Pena accessoria della perdita della potestà genitoriale - Automatismo legale preclusivo della possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto da parte del giudice - Violazione del principio di ragionevolezza - Violazione dell'obbligo di osservanza degli impegni internazionali assunti dall'Italia per la protezione dei minori - Illegittimità costituzionale in parte qua

E' costituzionalmente illegittimo per violazione [dell'art. 3 Cost.](#), [l'art. 569 cod. pen.](#), 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, secondo comma, cod. pen.](#), consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Nella fattispecie in questione, la pena accessoria incide su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, di modo che può ritenersi giustificabile l'interruzione di quella relatio (sul piano giuridico se non naturalistico) solo in quanto essa si giustifichi proprio in funzione degli interessi del minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione. Pertanto, non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato [dell'art. 3 Cost.](#), il disposto della norma censurata che, ignorando l'interesse del minore, statuisca la decadenza dalla potestà genitoriale sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso. All'irragionevole automatismo legale occorre dunque sostituire - quale soluzione

costituzionalmente più congrua - una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all'accertamento giurisdizionale sul reato null'altro che il valore di "indice" per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà. La violazione del principio di ragionevolezza, che consegue all'automatismo previsto dalla norma censurata, deve essere affermata anche alla luce dei caratteri propri del delitto di cui [all'art. 566, secondo comma, cod. pen.](#), perché la natura del reato in questione - non diversamente da quanto affermato dalla sentenza n. 31 del 2012 in relazione al delitto di alterazione di stato previsto [dall'art. 567, secondo comma, cod. pen.](#) - non implica un giudizio di necessaria "indegnità" del genitore. L'illegittimità costituzionale deve essere altresì affermata in relazione [all'art. 117, primo comma, Cost.](#), ossia sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori. Vengono qui in rilievo, quali norme interposte rispetto al principio sancito [dall'art. 117, primo comma, Cost.](#), una serie di importanti e del tutto univoci strumenti di carattere pattizio, con i quali la disciplina oggetto di impugnativa viene a porsi in evidente ed insanabile contrasto: la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con [legge 27 maggio 1991, n. 176](#) (art. 3); la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con [legge 20 marzo 2003, n. 77](#) (art. 6). In tale contesto non sembrano neppure trascurabili le specifiche indicazioni enunciate dalle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una "giustizia a misura di minore", adottate il 17 novembre 2010, nella 1098 riunione dei delegati dei ministri, posto che, fra gli altri importanti principi, il documento espressamente afferma che "Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano".

FONTI

Sito uff. Corte cost., 2013

Corte cost. Sent., 23/02/2012, n. 31 STATO DI FAMIGLIA (DELITTI)

Reati e pene - Reato di alterazione di stato - Applicazione automatica della sanzione accessoria della perdita della potestà genitoriale - Preclusione per il giudice di qualsiasi valutazione discrezionale e di bilanciamento circa l'interesse del minore e l'interesse dello Stato all'esercizio della pretesa punitiva - Automatismo lesivo del principio di ragionevolezza - Illegittimità costituzionale, " in parte qua "

E' costituzionalmente illegittimo [l'articolo 569 del codice penale](#), nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto [dall'articolo 567, secondo comma, 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. Nella fattispecie in questione vengono in rilievo non soltanto l'interesse dello Stato all'esercizio della potestà punitiva nonché l'interesse dell'imputato (e delle altre eventuali parti processuali) alla celebrazione di un giusto processo, condotto nel rispetto dei diritti sostanziali e processuali delle parti stesse, ma anche l'interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione. Orbene, tanto nell'ordinamento internazionale, quanto in quello interno, è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse morale e materiale, che ha assunto carattere di piena centralità ed è considerato preminente. Incidendo su di esso la pronuncia di decadenza, non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato [dell'art. 3 Cost.](#), il disposto della norma censurata che, ignorando l'interesse del minore, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso. La violazione del principio di ragionevolezza, che consegue all'automatismo previsto dalla norma censurata, deve essere affermata anche alla luce dei caratteri propri del delitto di cui [all'art. 567, secondo comma, cod. pen.](#), il quale,

diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale. È ragionevole, pertanto, affermare che il giudice possa valutare, nel caso concreto, la sussistenza di detta idoneità in funzione della tutela dell'interesse del minore.

FONTI

Sito uff. Corte cost., 2012
Foro It., 2012, 7-8, 1, 1992

LA RIFORMA DELLA FILIAZIONE: GLI EFFETTI SUL SISTEMA PENALE

di Paolo Pittaro

D.Lgs. 28-12-2013, n. 154, Art. 105.

La riforma della filiazione, di cui al decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, non ha inciso solamente sul diritto (e sul codice) civile, ma anche sul sistema penale, modificando svariate norme del codice penale e di quello di rito. Pur trattandosi di mera sostituzione di una precisa terminologia giuridica, l'intervento legislativo suscita alcune perplessità sul piano dogmatico, che dovranno essere approfondite da dottrina e giurisprudenza.

Sommario: Premessa: le sostituzioni terminologiche - Le norme modificate del codice penale - Le pene accessorie ... - ... nel reato plurisoggettivo - La responsabilità genitoriale della madre condannata con prole - La pena accessoria nei delitti contro la famiglia ed affini - La sostituzione della terminologia - La pena accessoria nell'art. 583-bis ... - ... nonché nei delitti contro la personalità individuale ed in quelli sessuali - La modifica al codice di rito - Le ulteriori modifiche - Conclusioni

Premessa: le sostituzioni terminologiche

La riforma della disciplina della filiazione, di cui al decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, recante Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, entrato in vigore il 7 febbraio 2014, non ha solo apportato notevoli innovazioni al diritto civile (com'è, del resto, scontato), ma presenta rimarchevoli riflessi anche sul sistema penale, avendo disposto modifiche a svariate disposizioni del codice penale (art. 93 di tale normativa) e ad un articolo del codice di procedura penale (art. 94).

Invero, tutte le modifiche introdotte sono di mera terminologia, posto che, come viene nitidamente disposto dall'art. 105 del decreto, situato nel Titolo IV dello stesso, dedicato alle "Disposizioni transitorie e finali", e non a caso rubricato come "Sostituzione termini", tali modifiche terminologiche vengono disposte in tutto l'ordinamento giuridico.

Più esattamente, ai sensi del primo comma, la parola "potestà" riferita alla potestà genitoriale e le parole "potestà genitoriale", ovunque presenti nella legislazione vigente, sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale".

Parimenti, al comma successivo, si statuisce che le parole "figli legittimi" o le parole "figlio legittimo", ovunque presenti in tutta la legislazione vigente, sono sostituite dalle seguenti: "figli nati nel matrimonio" o dalle seguenti: "figlio nato nel matrimonio".

Similmente, ai sensi del terzo comma, le parole "figli naturali" o le parole "figlio naturale", ovvero "figli adulterini" o "figlio adulterino", ove presenti in tutta la legislazione vigente, sono sostituite dalle seguenti: "figli nati fuori dal matrimonio" o dalle seguenti: "figlio nato fuori dal matrimonio". Di conseguenza (comma 4) le parole "figli legittimati", "figlio legittimato", "legittimato", "legittimati", ovunque presenti nella legislazione vigente, sono soppresse.

Le norme modificate del codice penale

L'art. 93 della legislazione in oggetto non fa altro che applicare tale disposto generale ai singoli articoli del codice penale, che vengono puntualmente richiamati, sostituendo innanzi tutto all'espressione "potestà dei genitori" la nuova espressione "responsabilità genitoriale" nel testo della disposizione via via esaminata nonché, ove necessario, nella rubrica stessa della norma.

Trattasi delle seguenti disposizioni:

- a) art. 19, comma 1, n. 6 (Pene accessorie: specie);
- b) art. 32, comma 2 (Interdizione legale);
- c) art. 34 (Decadenza dalla responsabilità genitoriale e sospensione dall'esercizio di essa);
- d) art. 98, comma 2 (Minore degli anni diciotto);
- e) art. 111, comma 2 (Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile);
- f) art. 112, comma 3 (Circostanze aggravanti);
- g) art. 146, comma 2 (Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena);
- h) art. 147, comma 3 (Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena);
- i) art. 564, comma 4 (Incesto), ed art. 569 (Pene accessorie);

- j) art. 570 (Violazione degli obblighi di assistenza familiare);
- k) art. 573 (Sottrazione consensuale di minorenni);
- l) art. 574 (Sottrazione di persone incapaci);
- m) art. 574-bis (Sottrazione e trattenimento di minore all'estero);
- n) art. 583-bis, comma 4, n. 1 (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili);
- o) art. 600-septies.2, comma 1, n. 1 (Pene accessorie);
- p) art. 600-nonies, comma 1, n. 1 (Pene accessorie ed altri effetti penali).

Parimenti, l'art. 94 del decreto ha modificato l'art. 288 del codice di procedura penale (Sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale).

Le pene accessorie ...

Pressoché tutte le modifiche concernono la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale, ora trasformata nella perdita della responsabilità genitoriale. Il primo gruppo di norme attiene all'inquadramento di siffatta sanzione penale nel quadro delle pene criminali, il suo contenuto e la sua applicabilità in generale come conseguenza a determinati reati ovvero al reo minorenne.

Così, l'art. 19, comma 1, prevede, al n. 6, fra le pene accessorie la decadenza o la sospensione della responsabilità genitoriale, mentre l'art. 32 dispone che la condanna all'ergastolo comporta la decadenza della stessa (comma 2), mentre la condanna ad una reclusione non inferiore a cinque anni produce, durante l'espiazione della pena, la sua sospensione, salvo che il giudice disponga altrimenti (comma 3). Da suo canto, l'art. 34, dopo aver premesso che la legge determina i casi nei quali la condanna importa la decadenza dalla responsabilità genitoriale (comma 1), stabilisce che 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 (comma 2), che la decadenza dalla responsabilità genitoriale importa anche la privazione di ogni diritto che al genitore spetti sui beni del figlio in forza della responsabilità genitoriale di cui al titolo IX del libro I del codice civile (comma 3) e che la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale importa anche l'incapacità di esercitare, durante la sospensione, qualsiasi diritto che al genitore spetti sui beni del figlio, in base alle norme del titolo IX del libro I del codice civile (comma 4), stabilendo peraltro, all'ultimo comma, che nelle suddette ipotesi, quando sia concessa la sospensione condizionale della pena, gli atti del procedimento vengono trasmessi al tribunale dei minorenni, che assume i provvedimenti più opportuni nell'interesse dei minori. Peraltro, l'art. 98, dopo aver considerato come

imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere, ma con una diminuzione della pena, nel capoverso dispone che quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Tuttavia, se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

... nel reato plurisoggettivo

Un secondo pacchetto contempla, nell'ambito del reato plurisoggettivo, le ipotesi in cui il soggetto in posizione di "supremazia" familiare abbia determinato o si sia avvalso dell'altro per commettere il reato. Pertanto, l'art. 111 dapprima stabilisce (comma 1) la regola generale in forza della quale chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso, e la pena è aumentata; se, poi, si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, la pena è aumentata da un terzo alla metà. Successivamente, al comma 2, dispone che se chi ha determinato altri a commettere il reato ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale, la pena è aumentata fino alla metà o, se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, da un terzo a due terzi. Peraltro, l'art. 112 prevede, al comma 1, n. 4, un aggravamento della pena per chi, fuori del caso preveduto dall'articolo 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni diciotto o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza, mentre al comma 2 dispone che la pena è aumentata fino alla metà per chi si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale, o con la stessa ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza. Ebbene, ai sensi del comma 3, se chi ha determinato altri a commettere il reato o si è avvalso di altri o con questi ha partecipato nella commissione del delitto ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale, nel caso previsto dalla prima ipotesi la pena è aumentata fino alla metà, mentre in quello previsto dalla seconda la pena è aumentata fino a due terzi.

La responsabilità genitoriale della madre condannata con prole

Il terzo gruppo di disposizioni, nel disciplinare il rinvio obbligatorio ovvero facoltativo della pena nei confronti di madre con prole in tenera età, precisa che tale favor viene escluso ove la stessa si veda revocata la responsabilità genitoriale. Infatti, ai sensi dell'art. 146, comma 1, n. 2, l'esecuzione di una pena, che non sia pecuniaria, è

differita se deve aver luogo nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno. Tuttavia, il terzo comma dispone che il differimento non opera o, se concesso, è revocato se la madre è dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile. Similmente, l'art. 147, pur prevedendo che l'esecuzione di una pena può essere differita se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni (comma 1, n. 3), dispone che il provvedimento è revocato, qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile (comma 3).

La pena accessoria nei delitti contro la famiglia ed affini

Un quarto gruppo di disposizioni prevede la predetta pena accessoria come conseguenza del reato di incesto e dei vari delitti contro lo stato di famiglia, nonché dei reati contro la famiglia, ove la particolare qualifica familiare doveva porsi come garante del consorzio stesso e non come mezzo per la commissione del reato. Così, la condanna pronunciata contro il genitore importa la decadenza dalla responsabilità genitoriale nel reato di incesto (art. 564, comma 4) ovvero (art. 569) per tutti i delitti preveduti dal capo III (Dei delitti contro lo stato di famiglia) del Titolo XI (Dei delitti contro la famiglia): supposizione o alterazione di stato (art. 566), alterazione di stato (art. 567) ed occultamento di stato di un figlio (art. 568).

La sostituzione della terminologia

La sostituzione dei termini linguistici viene effettuata sia nell'art. 570 alinea, laddove prevede la punizione per chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale o alla qualità di coniuge, sia nell'art. 573 che definisce il delitto nel fatto di sottrarre un minore, che abbia compiuto gli anni quattordici, col consenso di esso, al genitore esercente la responsabilità genitoriale, sia nel delitto di sottrazione di persone incapaci di cui all'art. 574, laddove dispone che chiunque sottrae un minore degli anni quattordici, o un infermo di mente, al genitore esercente la responsabilità genitoriale, al tutore, o al curatore, o a chi ne abbia la vigilanza o la custodia, ovvero lo ritiene contro la volontà dei medesimi, è punito, a querela del genitore esercente la responsabilità genitoriale, del tutore o del curatore, con la reclusione da uno a tre anni.

Parimenti, in riferimento al delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, l'art. 574-bis dispone che, 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, precisando, in ogni caso, al comma 3, che se i fatti sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

La pena accessoria nell'art. 583-bis ...

L'art. 583-bis, dopo aver delineato la fattispecie del delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, dispone, al comma 4, n. 1, che la condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore, la decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

... nonché nei delitti contro la personalità individuale ed in quelli sessuali

Gli ultimi due gruppi prevedono la perdita della responsabilità genitoriale sia nei delitti contro la personalità individuale (Sezione I del Capo III - Dei delitti contro la libertà individuale - del Titolo XII - Dei delitti contro la persona) quali la riduzione o il mantenimento in servitù o schiavitù (art. 600), la prostituzione minorile (art. 600-bis), la pornografia minorile (art. 660-ter), la detenzione di materiale pornografico (art. 600-quater), la pornografia virtuale (art. 600-quater.1), le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies) ed i vari reati collegati alla pedo-pornografia di cui all'articolo 414-bis (istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia), quando la qualità di genitore è circostanza aggravante del reato (art. 600-septies.2), sia ai delitti sessuali di cui agli articoli 609-bis (violenza sessuale), 609-ter (circostanze aggravanti), 609-quater (atti sessuali con minorenni), 609-quinquies (corruzione di minorenni), 609-octies (violenza sessuale di gruppo) e 609-undecies (adescamento di minorenni), quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato (art. 609-nonies).

La modifica al codice di rito

A sua volta l'art. 34 del decreto legislativo in oggetto modifica nel senso indicato l'art. 288 del codice di procedura penale che disciplina la sospensione della responsabilità genitoriale, stabilendo che con la pronuncia che dispone il provvedimento di cui al citato art. 34 del codice penale, il giudice priva temporaneamente l'imputato, in tutto o in parte, dei poteri a essa inerenti.

Le ulteriori modifiche

Infine, per quanto concerne l'abolita nomenclatura di figlio legittimo e di figlio naturale, deve richiamarsi l'art. 540 c.p. (Rapporto di parentela), il quale già equiparava la filiazione illegittima a quella legittima, e che ora viene a disporre che,

agli effetti della legge penale, quando il rapporto di parentela è considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità, la filiazione fuori del matrimonio è equiparata alla filiazione nel matrimonio, nonché il già citato l'art. 568 c.p. (Occultamento di stato di un figlio), ove la dizione "figlio legittimo o naturale riconosciuto" viene sostituita da "figlio nato nel matrimonio o riconosciuto" ed in forza del quale chiunque depone o presenta un fanciullo, già iscritto nei registri dello stato civile come figlio nato nel matrimonio o riconosciuto, in un ospizio di trovatelli o in un altro luogo di beneficenza, occultandone lo stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Conclusioni

Alla fin fine, tuttavia, non può tacersi che tale operazione non può ridursi ad un restyling di mera facciata, trasferendo una nomenclatura civilistica al settore penale. Che il "potere" genitoriale sui figli (nati nel contesto matrimoniale o fuori di esso) si trasformi in una "responsabilità" nei loro confronti dal punto vista civilistico può avere fondamento in una matrice di civiltà etico-sociale, seppur con qualche perplessità già espressa dal profilo più marcatamente giuridico. Invece, diversamente potrebbe porsi la questione dal profilo strettamente penalistico, ove il termine "responsabilità" comporta la possibile assoggettabilità ad una sanzione, mentre, sempre in tale ambito, la decadenza ovvero la sospensione di tale responsabilità viene a sua volta definita come una pena, sia pure accessoria.

Si potrebbe, pertanto addivenire al paradosso che la pena accessoria - che rimane pur sempre una sanzione penale - consiste nella perdita di una responsabilità, ossia della capacità di essere assoggettati ad una sanzione. Come dire che una pena consiste nella caducazione della possibilità di subire una pena...

Una scelta legislativa non del tutto felice, forse affrettata, forse poco meditata, specie se si tiene conto che tale sostituzione terminologica non era affatto prevista dalla relativa legge di delegazione. Infatti la legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", all'art. 2, lettera H) prevedeva l'"unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale" [corsivo nostro]: il che non comportava affatto la mera sostituzione dei due termini.

In ultima istanza: un discorso che merita di certo approfondimento ed attenta riflessione soprattutto da parte della dottrina, senza poter escludere a priori una eccezione di legittimità costituzionale, se non altro per eccesso di delega, da parte della futura giurisprudenza.

INTERESSE DEL MINORE E DECADENZA DALLA POTESTA' DEI GENITORI

Larizza Silvia

Sommario: Pene accessorie e interventi della Corte costituzionale - Gli argomenti posti a base della ordinanza di rimessione - L'iter argomentativo della Corte costituzionale - I suggerimenti della Corte costituzionale per una rifondazione del sistema delle pene accessorie

Pene accessorie e interventi della Corte costituzionale

È davvero singolare che nell'arco di un anno la Corte costituzionale si sia occupata per ben tre volte di pene accessorie. Con la sent. n. 31 del 2012 è stata dichiarata costituzionalmente illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori in relazione al delitto di alterazione di stato (1) , in quanto l'automatismo posto a base della sua applicazione precludeva di valutare quale fosse, nel caso concreto, l'interesse del minore. Con la sent. n. 134 del 2012, pur auspicando una riforma del sistema delle pene accessorie in linea con i principi costituzionali, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all' art. 216, ultimo comma, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (2) , vertendo "le questioni di costituzionalità su materie riservate alla discrezionalità del legislatore e che si risolvono in una richiesta di pronuncia additiva", notoriamente alla Corte stessa preclusa (3) . Con la sentenza in esame - la n. 7 del 2013 (4) - la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima l'applicazione automatica della decadenza della potestà dei genitori prevista dall'art. 569 c.p. in relazione al delitto di soppressione di stato rilevando come, anche in questo caso, l'automatica applicazione impedirebbe di valutare, in concreto, l'interesse del minore.

Nell'arco di un anno si è così richiamata l'attenzione su questo genere di sanzioni che, per lunghi periodi, sono passate indenni da un qualunque vaglio critico sia a livello legislativo che applicativo. Verosimilmente, il conseguire di diritto alla condanna

come effetti penali di essa ha tolto alle pene accessorie - ma solo apparentemente - qualsiasi profilo di problematicità. Come si sa, siamo in presenza di conseguenze inderogabili della condanna che sono state accettate per lo più supinamente, quali espressione di una volontà legislativa non criticabile che non si poteva, né si voleva mettere in discussione. Fa difatti specie che a livello applicativo raramente sia emersa l'intrinseca illegittimità di pene che si discostano dai principi che governano la materia delle sanzioni: primo fra tutti l'adeguamento dell'entità della pena alle caratteristiche del fatto e dell'agente. Si può forse, oggi, azzardare una chiave di lettura di questa scarsa problematicità che ha contrassegnato l'operatività delle pene accessorie: quelle più temibili, ovverosia le vere e proprie sanzioni interdittive, che colpiscono gli abusi legati allo svolgimento di una professione, a séguito di due importanti interventi legislativi hanno conosciuto un drastico ridimensionamento della loro operatività. Le norme relative all'applicazione della pena su richiesta delle parti, che copre inflizioni di pena concreta fino a due anni - limite cui si arriva dopo una riduzione di un terzo - prevedono che alla condanna "patteggiata" non conseguano pene accessorie (5) : l'adesione al rito ha come contropartita la mancata irrogazione delle pene accessorie, premio questo assai appetibile, in quanto il colpevole teme più della pena detentiva, che, tra l'altro, può essere condizionalmente sospesa, l'effettiva applicazione delle pene accessorie. Sempre alla stessa logica pare ispirarsi la consequenziale riforma del 1990 della sospensione condizionale della pena che ha veramente spuntato le ali a questo strumento sanzionatorio coinvolgendolo nel regime sospensivo (6) . Prima di questo intervento legislativo la dottrina aveva sovente messo in luce l'afflittività e temibilità delle pene accessorie facendo leva proprio sulla loro non so spendibilità (7) . Alla luce di quanto rilevato si può ricavare che, nell'attuale momento storico, le pene accessorie non sono applicate in relazione a condanne per fatti di gravità media e medio-bassa. Ed è verosimile pensare che queste scelte legislative abbiano messo in ombra, appianandoli, i diversi profili di incompatibilità costituzionale di questa materia, togliendo "sostanza" a eventuali motivi di ricorso. In fondo, se a livello concreto le pene accessorie vengono applicate raramente, in eguale misura scema l'interesse a richiamare su di esse l'attenzione. L'ambito di operatività resta quindi circoscritto a quelle pene accessorie conseguenze necessarie e inderogabili di condanne per reati gravi, ove la pena accessoria per eccellenza - l'interdizione dai pubblici uffici - vuole stigmatizzare l'indegnità dell'autore di questi particolari reati.

Nonostante il sistema non assicuri, in virtù dei meccanismi sopra evidenziati, larga efficacia alle pene accessorie, si deve, tuttavia, rilevare che il legislatore, in quest'ultimo periodo, ha fatto sovente ricorso ad esse nelle previsioni incriminatrici: si pensi, ad esempio, alla copiosa utilizzazione nella legge di ratifica di Lanzarote (8) . La disciplina generale è rimasta immutata ma, alcune volte, vengono recate correzioni

significative, come quella per cui il ricorso alla applicazione della pena su richiesta delle parti comporta l'applicazione di pene accessorie (9) , scelta questa presente in alcuni testi normativi a dimostrazione della volontà del legislatore di ridare efficacia a questo strumento sanzionatorio. Da quanto rilevato si può inferire che, in questo momento, il sistema delle pene accessorie non risponda a un'univoca linea politico-criminale risultando esposto a sollecitazioni di segno opposto. Sono quindi da valutare con estremo favore gli interventi della Corte costituzionale che, nei limiti ad essa consentiti, ha cercato di richiamare l'attenzione su questo strumento sanzionatorio elidendo le mende più stridenti con i precetti costituzionali e sollecitando il legislatore a riformare l'arcaica disciplina delle pene accessorie.

Gli argomenti posti a base della ordinanza di rimessione

ra stato prognosticato che la pronuncia della Corte cost. n. 31 del 2012 (10) , che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p. nella parte in cui prevedeva l'applicazione inderogabile della decadenza dalla potestà dei genitori in relazione al delitto di alterazione di stato, avrebbe prodotto effetti anche nei confronti degli altri casi di applicazione della decadenza dalla potestà dei genitori contemplati dall'art. 569 c.p. : la seconda norma a essere travolta da una dichiarazione di incostituzionalità è l'art. 566 c.p. concernente il delitto di supposizione o soppressione di stato. Residua - e sarebbe facile prevederne una prossima dichiarazione di incostituzionalità - l'art. 568 c.p. , che punisce l'occultamento di stato di un fanciullo legittimo o naturale riconosciuto, se non si trattasse di una norma che, a quanto ci consta, non ha ricevuto alcuna applicazione giurisprudenziale (11) .

Il caso concreto è semplice: i genitori di una bimba vengono imputati del reato di soppressione di stato per avere denunciato all'ufficiale di stato civile la nascita della figlia dopo quattro anni dalla nascita, privandola, come si ricava dall'esposizione del caso, dell'attribuzione di diritti e doveri collegati all'acquisizione dello status giuridico. La dichiarazione tardiva, anche se prevista dall' art. 31 d.P.R. 3 novembre 2000 n. 396, non vale a sanare l'antigiuridicità del comportamento di entrambi i genitori, pur se sorretto da comprensibili, ma, nel contempo, discutibili motivi. Si ha cura di precisare che per tutto il periodo in cui la bambina non esisteva giuridicamente come persona non le sono certo mancate le cure da parte dei genitori, essendo stata accudita amorevolmente. I genitori vengono condannati alla pena della reclusione di un anno e mezzo, pena poi condizionalmente sospesa. L'art. 569 c.p. , come si sa, prevede che alla condanna per questo delitto consegua, di diritto, la decadenza dalla potestà dei genitori. Anche questa pena, seppur condizionalmente sospesa, viene confermata dalla Corte di appello di Brescia.

La difesa propone ricorso davanti alla Corte di cassazione e, in prossimità dell'udienza, presenta un'istanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale denunciando l'incostituzionalità degli artt. 566 e 569 c.p. , spinta e confortata anche dal fatto che, nel frattempo, la Corte costituzionale, con la sent. n. 31 del 2012, ha dichiarato incostituzionale l'art. 569 c.p. in relazione al delitto di alterazione di stato. Si osserva che il meccanismo di applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori contemplato dall'art. 569 c.p. , dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con riferimento a quest'ultimo delitto, è lo stesso che presiede all'applicazione dell'art. 566, comma 2, c.p. : ne risulterebbero così vulnerati i medesimi parametri costituzionali posti a base della sent. n. 31 del 2012. La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso promosso dalla difesa dei due genitori, ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. (12) , richiamando a sostegno proprio la sent. n. 31 del 2012 della Corte costituzionale che, in nome del preminente interesse del minore, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la previsione dell'art. 569 c.p. nella parte in cui inibiva al giudice di valutare se l'applicazione della decadenza dalla potestà dei genitori risultasse conforme al preminente interesse del minore.

La Cassazione ritiene rilevante la questione in considerazione del fatto che la perdita della potestà genitoriale inflitta ai ricorrenti, quale conseguenza automatica del reato per cui è intervenuta condanna, seppure condizionalmente sospesa, può sempre "rivivere" a séguito di revoca del beneficio della sospensione condizionale: già questo dato, tralasciando di considerare i profili di ordine morale e sociale connessi all'applicazione di questa pena accessoria, impone che si verifichi la legittimità costituzionale della norma denunciata.

Quanto alla non manifesta infondatezza, i giudici del S.C. reputano contrastante con gli artt. 2, 3, 29, 30, e 117 Cost. l'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 consegua, di diritto, la perdita della potestà genitoriale: l'automatismo che contrassegna l'applicazione di questa pena accessoria, precludendo al giudice di valutare quale sia, nel caso concreto l'interesse del minore, si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost. che sanciscono il diritto del minore a crescere con i genitori e di essere educati da questi, salvo che da ciò derivi grave pregiudizio. In sintesi: gli argomenti addotti dalla Cassazione a sostegno dell'incostituzionalità dell'art. 569 c.p. nei suoi riflessi sull'art. 566, comma 2, c.p. , ruotano tutti intorno alla rilevanza che ha assunto a livello normativo l'interesse del minore, valorizzato, oltre che da norme costituzionali, da convenzioni internazionali. Viene richiamata a

suffragio una ricca cornice normativa che impone di valutare in tutte le decisioni che concernono il minore il suo concreto interesse.

Le norme costituzionali che risulterebbero violate dal meccanismo di applicazione automatica della pena accessoria sono quelle già richiamate nella precedente eccezione di incostituzionalità dell'art. 569 c.p. ed accolta dalla Corte costituzionale con riferimento al delitto di alterazione di stato; compare - ed è oltremodo significativo - un richiamo anche all'art. 117 Cost. , mentre, inopinatamente, è assente qualsiasi riferimento all'art. 27, comma 3, Cost.

Nell'ordinanza di rimessione si accenna, seppure fuggacemente, al caso concreto, che va valutato attentamente se si vuole concedere al giudice la possibilità di non decretare la perdita della potestà dei genitori. Si mette in evidenza che, nonostante la dichiarazione tardiva, giustificata da una particolare situazione contingente, fatto per cui entrambi i genitori sono stati condannati, questi ultimi avevano sempre avuto cura della bimba, ragione per la quale la perdita della potestà di entrambi sarebbe risultata, in concreto, una misura pregiudizievole per l'interesse del minore (13) .

L'iter argomentativo della Corte costituzionale

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale è assai piano e lineare: la precedente decisione, richiamata nei suoi snodi essenziali al fine di metterne in luce la eadem ratio, facilita l'approdo ad una dichiarazione di incostituzionalità.

Tuttavia, pur calcando il solco argomentativo tracciato dalla precedente decisione, si rinvengono nella sentenza in esame alcuni elementi di novità.

Gli argomenti portati dalla Corte a suffragio della dichiarazione di incostituzionalità sono ordinati secondo uno schema logico concettuale stringente, compendiabile in tre punti: 1) la norma di cui si eccepisce l'incostituzionalità è la stessa sulla quale la Corte costituzionale si è già pronunciata con la sent. n. 31 del 2012 dichiarandone l'illegittimità: l'art. 569 c.p. che prevede in relazione a un differente delitto, la soppressione di stato, l'applicazione automatica della perdita della potestà dei genitori; 2) l'interesse del minore è parametro di riferimento imprescindibile quando si tratti di decisioni che direttamente lo coinvolgano; 3) l'art. 117 Cost. impone di considerare vincolanti anche i trattati internazionali e le convenzioni sottoscritte dall'Italia.

È bene, quindi, ripercorrere i passaggi più salienti della sentenza in esame.

Innanzitutto è da sottolineare che l'accoglimento dell'eccezione di incostituzionalità risulta quasi una scelta obbligata dal momento che la norma sottoposta al vaglio di costituzionalità - l'art. 569 c.p. - che prevede l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori nei confronti di tre distinte fattispecie, è già stato dichiarato costituzionalmente illegittimo in relazione al delitto di alterazione di stato. Anche nei riguardi del delitto di soppressione di stato, contemplato dall'art. 566, comma 2, c.p. , questa pena accessoria consegue automaticamente, quale effetto penale della sentenza di condanna secondo quanto previsto dall'art. 569 c.p. Riscontrata l'eadem ratio, si afferma l'esigenza che sia il giudice a valutare se la pronuncia della decadenza dalla potestà dei genitori risulti misura idonea a salvaguardare e garantire il migliore interesse del minore.

Inoltre, la Corte costituzionale, ponendosi in contrasto con un orientamento espresso in una lontana ordinanza del 1988 (14) , vede nella perdita della potestà dei genitori sicuramente una pena che, tuttavia, riverbera i suoi effetti non soltanto nei confronti dei destinatari, ma, anche, in relazione ai figli minori (15) . Proprio questa sua caratteristica, questo ripercuotersi su terzi, induce a ritenere illegittimo qualunque meccanismo presuntivo, di applicazione automatica di questa pena accessoria dal momento che solo una valutazione affidata al giudice può garantire l'effettuazione di un bilanciamento, in concreto, degli interessi in gioco.

Un altro aspetto presente nella sentenza in esame è piuttosto significativo: si tratta dell'invito della Corte costituzionale al legislatore a ripensare e, soprattutto, a riformare la materia delle pene accessorie per adeguarle ai principi costituzionali.

È da rilevare, limitandoci all'ultimo lustro, che queste esortazioni si sono fatte, via via, più insistenti, anche in quelle decisioni dove la Corte, non potendosi sostituire al legislatore, respinge o dichiara inammissibile l'eccezione di incostituzionalità. Nell'ord. n. 293 del 2008 la Corte (16) , dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 c.p. , sollevata in riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3 Cost. , ha rimarcato che "tutto il tema relativo alle pene accessorie avrebbe forse bisogno di precisazioni e chiarimenti legislativi e dottrinali", ribadendo la necessità che "il legislatore ponga mano a una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile (..) in particolare con l'art. 27, terzo comma della Costituzione". Simili esortazioni si rinvengono anche nella sent. n. 134 del 2012, dove la Corte, pur ritenendo inammissibili le questioni di legittimità costituzionale prospettate in relazione all'art. 216, ult. comma r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione

controllata e della liquidazione coatta amministrativa) con riferimento agli artt. 3, 4, 27, comma 3, 41 e 111 Cost. , ribadisce, tuttavia, l'opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione e, in particolare, con l'art. 27, comma 3, Cost.

Anche nella sentenza in esame è singolare che la Corte costituzionale, pur addivenendo ad un pronuncia di incostituzionalità, metta in luce il punctum dolens che caratterizza il sistema delle pene accessorie: "La nota problematica che affligge i perduranti caratteri di automatismo - e per il caso in esame anche la fissità che connota l'applicazione della pena accessoria in perenne tensione rispetto alle esigenze di personalizzazione del trattamento sanzionatorio e della sua necessaria finalizzazione rieducativa - assume, con riferimento al quadro normativo qui coinvolto, una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto, come necessario termine di raffronto (e, dunque, quale limite costituzionale di operatività della sanzione), la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore: esigenze che finirebbero per essere inaccettabilmente compromesse, ove si facesse luogo ad una non necessaria interruzione del rapporto tra il minore ed i propri genitori in virtù di quell'automatismo e di quella fissità". Rispetto alla sent. n. 31 del 2012 si può cogliere una differenza (17) : la Corte guarda alla decadenza dalla potestà dei genitori innanzitutto come pena, per di più, fissa, che si sottrae al canone della commisurazione giudiziale comune a tutta la materia sanzionatoria, i cui effetti negativi colpiscono sicuramente la persona che la subisce, ma che possono riverberarsi anche su terzi: i figli. Sembrerebbe quasi che la Corte voglia sottolineare che la dubbia costituzionalità della decadenza dalla potestà dei genitori, determinata da una disciplina basata sull'automatismo che disconosce, in primis, i principi che stanno alla base di una commisurazione della pena costituzionalmente orientata, risulti ulteriormente accentuata nel momento in cui pregiudichi anche interessi rilevanti di terzi.

Possiamo notare che con questa osservazione la Corte costituzionale "rimette le cose a posto", inquadrando correttamente il problema: l'automatismo che contrassegna l'applicazione di questa pena, non in linea con i principi che informano la materia sanzionatoria, è doppiamente censurabile nel momento in cui si pregiudichino interessi di terzi, costituzionalmente garantiti e tutelati, come l'interesse del minore.

Ma si può cogliere, rispetto alla precedente sentenza, un punto che viene sviluppato dalla Corte costituzionale su sollecitazione della ordinanza di rimessione: è il riferimento all'art. 117 Cost. che impone "la necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico

della protezione dei minori". Questo richiamo è estremamente importante e rappresenta un punto di svolta significativo (18) , nel senso di legittimare le fonti internazionali a integrazione delle fonti nazionali non solo come criteri da porre a base dell'interpretazione giudiziale, ma, anche, del quadro normativo vincolante per l'Italia. Ecco, allora, che le varie convenzioni entrano a fare parte del tessuto normativo interno. Si tratta di una conferma di un orientamento già espresso dalla Corte costituzionale nelle sentenze del 2007 (19) dove si riconosceva la necessaria integrazione dell'art. 117 Cost. con le norme pattizie e convenzionali, da considerarsi norme interposte (20) , con il limite di un loro controllo interno di costituzionalità in riferimento ad ogni profilo di contrasto con la Costituzione.

Ecco, allora, che la Corte costituzionale evidenzia come l'automatismo fissato dall'art. 569 c.p. si ponga in contraddizione con una serie di norme internazionali da intendersi quali norme "interposte" ai sensi dell'art. 117 Cost. In particolare viene richiamata la Convenzione sui diritti del fanciullo che (21) , dopo aver elevato nell'art. 3 il preminente interesse del fanciullo a criterio informatore e regolatore di qualsiasi attività nei suoi confronti (22) , stabilisce all'art. 7 il diritto del fanciullo a conoscere i propri genitori e ad essere allevato da essi (23) , prevedendo all'art. 8 l'obbligo degli Stati di preservare le relazioni familiari (24) . Viene richiamato l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (25) , secondo il quale l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualsiasi decisione riguardante i minori, deve "acquisire informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore". Non manca, anche, il riferimento all'art. 24, comma 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, rispettivamente, impongono da un lato di considerare preminente l'interesse del minore in ogni decisione che possa riguardarli e dall'altro di salvaguardare le relazioni personali del minore con i genitori. Ma c'è di più: la Corte integra il quadro di fonti internazionali richiamando un testo non citato dall'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione: è il documento del Consiglio di Europa su una giustizia a misura di minore dove, una volta di più, si ribadisce che "Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o li riguardano" (26) .

Questo ricco contesto normativo ancora, dunque, la legittimità dei provvedimenti ablativi della potestà dei genitori alla valutazione da parte del giudice di quello che è, nel caso concreto, il preminente interesse del minore che può risultare pregiudicato da una pronuncia automatica, privativa della potestà.

I suggerimenti della Corte costituzionale per una rifondazione del sistema delle pene accessorie

Si può forse azzardare una chiave interpretativa delle differenti soluzioni date dalla Corte costituzionale nell'ultimo anno in materia di pene accessorie: due pronunce di illegittimità e una pronuncia di legittimità costituzionale. La dichiarazione di illegittimità dell'art. 569 c.p. è stata per così dire facilitata dal fatto che la Corte ha evitato di pronunciarsi sulla costituzionalità della scelta legislativa di prevedere sanzioni di applicazione automatica e, per di più, di durata fissa. La Corte ha, per così dire, "aggirato l'ostacolo" (27) . Più chiaramente: la compatibilità costituzionale della scelta legislativa è stata valutata non tanto puntellandosi sul carattere della decadenza dalla potestà dei genitori che, in quanto pena accessoria fissa, non permetterebbe di adattarsi alle peculiarità del caso concreto, quanto facendo leva su un interesse di rilevanza costituzionale e internazionale: quello del minore che l'applicazione inderogabile di questa sanzione accessoria non permetterebbe di considerare (28) . Il potenziale pregiudizio recato a tale interesse dalla automatica applicazione della pena accessoria consente alla Corte di addivenire, pianamente, a una pronuncia di incostituzionalità (29) . Così operando la Corte non entra nel merito delle scelte legislative relative alle pene, ponendo quale fulcro della pronuncia di illegittimità la lesione di un interesse di rilevanza costituzionale e internazionale.

Diversamente, nel caso affrontato nella sentenza del 2012 in relazione al delitto di bancarotta fraudolenta (30) , manca il pregiudizio diretto a un interesse esterno, rilevante costituzionalmente; in questo caso la Corte non ha appigli esterni, dovendo semplicemente valutare se l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, entrambe stabilite in misura fissa di dieci anni ex art. 216, ultimo comma della Legge fallimentare, siano costituzionalmente legittime alla luce del principio di colpevolezza e della funzione rieducativa della pena. Terreni questi che la Corte non vuole battere, trincerandosi, come al solito, dietro un self restraint intorno al merito delle scelte sanzionatorie.

Se questa chiave di lettura ha un qualche fondamento, è facile prevedere che, tramite ulteriori interventi della Corte costituzionale, la pena accessoria della perdita della potestà dei genitori, ove prevista (31) , verrà corretta nel suo regime applicativo imponendosi di valutare sempre l'interesse del minore. Ma è altrettanto facile ipotizzare che le insistite sollecitazioni della Corte costituzionale indurranno, prima o poi, il legislatore a ripensare alle pene accessorie come a uno strumento sanzionatorio

autonomo, non più esclusivamente accessorio: in questa prospettiva l'automatismo è destinato a cadere e a non essere più tratto caratterizzante della loro applicazione.

(1) A commento, si vedano S. Larizza, Alterazione di stato: illegittima l'applicazione della decadenza dalla potestà dei genitori, in questa Rivista, 2012, 597; M. Mantovani, La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p., in Giur.cost., 2012, 377; L. Ferla, Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela, in Riv.it.dir.proc.pen., 2012, 1585.

(2) Corte cost., 21 maggio (31 maggio) 2012, n. 134, in Giur.cost., 2012, 1850.

(3) A commento L. Varrone, Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta, in www.penalecontemporaneo.it.

(4) Per una primo commento 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 www.penalecontemporaneo.it.

(5) Che conseguono, invece, nel caso di "patteggiamento allargato", ovvero sia quando l'accordo investe inflizioni di pena concreta fino a cinque anni.

(6) Sull'erosione dello spazio applicativo delle pene accessorie cfr. M. Mantovani, La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p., cit., 380.

(7) F. Palazzo, La recente legislazione penale, Padova, 1982, 75.

(8) Cfr. artt. 600- septies.2; 609- nonies c.p.

(9) Cfr., ad esempio, l'art. 583- bis, comma 4 (introdotto dall'art. 4 l.1 ottobre 2012, n. 172: Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno) ove si prevede: "La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il reato di cui al presente articolo comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, rispettivamente: 1) la decadenza dall'esercizio della potestà del genitore; 2)

l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno".

(10) S. Larizza, Alterazione di stato: illegittima l'applicazione della decadenza dalla potestà dei genitori, cit., 602.

(11) Se si scorrono i più recenti commentari al codice penale non è riportata alcuna decisione giurisprudenziale relativa a questo delitto.

(12) Che prevede, in caso di condanna per il delitto di soppressione di stato (art. 566 c.p.), l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori. L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale (Cass., sez. V, 15 giugno 2012, n. 23167) si può leggere in: www.penalecontemporaneo.it, 12 settembre 2012.

(13) Nella sent. n. 31 del 2012 la Corte costituzionale aveva messo in luce come, in via generale, il delitto di alterazione di stato non metta in evidenza una necessaria "indegnità" del genitore.

(14) Corte cost., ord. 9-23 giugno 1988, n. 723, in Foro it., 1989, I, 2033.

(15) Nella ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma (4 aprile 1986, in Foro it., 1987, II, 560) si legge che: "applicando in modo acriticamente automatico la pena accessoria prevista da tale norma, si perviene di fatto al risultato di infliggere una sanzione non soltanto al responsabile di un delitto, ma anche necessariamente al soggetto che ne dovrebbe ricevere tutela e che, essendo per definizione più debole del primo, ne subisce il maggior danno in conseguenza della cessazione giuridica di un rapporto familiare che il vigente sistema normativo considera essenziale ai fini della formazione della personalità del minore".

(16) Corte cost., ord. 18 luglio 2008, n. in Giur.cost., 2008, 3242.

(17) Corte cost., 21 maggio (31 maggio) 2012, n. 134, cit.

(18) Lo sottolinea 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.), cit.

(19) Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in Giur.cost., 2007, 3475; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in Giur.cost., 2007, 3535.

(20) Sul punto, diffusamente, 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.), cit.

(21) Si tratta della Convenzione di New York ratificata dall'Italia e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176 .

(22) Nel comma 1 si legge: "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente".

(23) L'art. 7, comma 1, così dispone: Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi

(24) L'art. 8, comma 1, così dispone: Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari.

(25) Adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77 .

(26) La lettera B del punto III delle Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010, reca come rubrica: Interesse del minore.

(27) Questo *modus procedendi* della Corte costituzionale si riscontra sia nella sent. n. 31 del 2012, sia nella sentenza in esame.

(28) M. Mantovani, La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p., cit., 378, con riferimento, peraltro, alla sent. n. 31 del 2012, afferma che "la Consulta ha deciso di concentrarsi, di contro, sui profili di incostituzionalità che la sua esecuzione comporterebbe, in via indiretta, in relazione alla posizione dei figli minori. Ciò in quanto su di essi e sulla loro educazione ricadrebbero inevitabilmente gli effetti dell'ablazione della potestà genitoriale, che l'art. 569 c.p. stabilisce nei confronti del soggetto attivo del reato in questione".

(29) Secondo 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.), cit., l'insofferenza della Corte costituzionale nei confronti degli automatismi sarebbe direttamente proporzionale al lignaggio del diritto/interesse/valore sacrificato dagli stessi.

(30) Corte cost., 21 maggio (31 maggio) 2012, n. 134, cit.

(31) Questa sanzione consegue alla condanna per il delitto di incesto (art. 564, comma 4 c.p.) e, ai sensi dell'art. 569, per il delitto di occultamento di stato di un fanciullo legittimo o naturale riconosciuto (art. 568). Inoltre, l'art. 602- bis prevede la decadenza dalla potestà a séguito della condanna del genitore per i delitti di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583- bis), riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.), acquisto o alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), violenza sessuale (art. 609- bis), atti sessuali con minorenni (art. 609 quater), corruzione di minorenne (art. 609 quinquies) e violenza sessuale di gruppo (art. 609- octies). Da ultimo, l'art. 609- nonies prevede che la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444. c.p.p. per uno dei delitti previsti dagli artt. 609- bis, 609- ter, 609- quater, 609- quinquies, 609- octies comporta la perdita della potestà del genitore quando la qualità del genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato.

Fonte: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 1 DICEMBRE 2018, pag. 1373

Autori: Silvia Sonelli

L'interesse superiore del minore. Ulteriori « tessere » per la ricostruzione di una nozione poliedrica

Sommario: 1. L'interesse superiore del minore: una nozione controversa? — 2. La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e i best interests of the child. — 3. I best interests of the child secondo il commento generale n. 14 del 2013. — 4. Diritti dei minori e best interests of the child nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. — 4.1. I best interests come « limite » — 4.2. Il minore come titolare dei diritti enunciati dalla convenzione. — 5. Indicazioni conclusive per l'operatore del diritto nazionale.

1. — Il principio dell'interesse superiore del minore costituisce attualmente oggetto di grande attenzione da parte della dottrina (1) e impegna su molteplici fronti la giurisprudenza e lo stesso legislatore (2), in un confronto non sempre facile con le rilevanti fonti di diritto sovranazionale. Limitandoci ad alcuni esempi recenti (3), l'interesse superiore del minore è al centro della giurisprudenza culminata con la sentenza della Cassazione 22 giugno 2016, n. 12962, concernente l'adozione co-parentale del minore da parte del partner omosessuale del genitore, fattispecie ricondotta dalla giurisprudenza nell'ambito di applicazione dell'art. 44, comma 1º, lett. d) della l. n. 184 del 1983 che disciplina l'istituto dell'adozione in casi particolari

(4). Ancora, il principio è al centro della giurisprudenza in tema di disconoscimento di paternità (vedi tra le altre Cassazione n. 26767 del 2016 e n. 8617 del 2017), nonché di impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio di cui all'art. 263 c.c., disposizione questa oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale (5). Il principio rileva inoltre nella concezione di ordine pubblico internazionale recentemente accolta dalla Corte di cassazione in tema di trascrivibilità del certificato di nascita validamente formato all'estero concernente un minore nato in seno ad una coppia omosessuale (6).

Il principio si è affermato nel corso dell'Ottocento nel contesto degli ordinamenti nazionali nel diritto privato di famiglia quale criterio guida per le decisioni giudiziali concernenti i minori, perlopiù con riguardo al contenzioso in ordine all'affidamento dei figli in séguito alla separazione dei genitori e nella disciplina dell'adozione (7). Nel corso del Novecento, il principio emerge e si consolida anche sul piano del diritto internazionale (8), sino ad affermarsi come uno dei principi fondamentali sottesi alla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, adottata il 20 novembre 1989 e ratificata da tutti gli Stati membri dell'Onu ad eccezione degli Stati Uniti (9). In particolare, e come meglio vedremo, l'art. 3, par. 1, della convenzione incorpora il principio dell'interesse superiore del minore prevedendo che i suoi best interests costituiscano una considerazione preminente (« a primary consideration ») in tutte le decisioni che lo riguardano. Dal contesto internazionale, il principio si irradia nei diversi strumenti convenzionali a livello regionale (10) e in diversa misura nella prassi giurisprudenziale e nella politica legislativa a livello dei singoli Stati.

Nel contesto europeo, particolare rilevanza nell'applicazione evolutiva del principio assume la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (cedu) in quanto essa pone degli obblighi agli Stati parti, la cui condotta può essere oggetto di condanna da parte della Corte di Strasburgo. Sebbene la cedu non preveda espressamente il principio dell'interesse superiore del minore (incorporato invece nell'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea intitolato « Diritti del minore », oltre che in diversi provvedimenti di diritto derivato) (11), questo si è gradualmente affermato nella giurisprudenza di Strasburgo di pari passo ad una valorizzazione dei diritti dei minori. In tale processo la Corte europea ha consistentemente fatto riferimento alla convenzione di New York del 1989 quale strumento interpretativo, e talora anche agli atti del comitato dei diritti del fanciullo, organo di controllo istituito dalla convenzione di New York. L'operatore

interno si trova dunque ad interagire con un principio la cui costruzione risulta poliedrica, dovendosi tener conto delle diverse fonti, anche sovranazionali, che concorrono nel definirne la portata (12). Inoltre, l'operatore si trova a confrontarsi con una nozione sulla cui interpretazione la dottrina ha sollevato alcuni interrogativi rilevanti in sede applicativa. In particolare, la dottrina si è chiesta secondo quale punto di vista gli interessi del minore devono essere valutati (secondo il punto di vista del minore, dei genitori, o di terzi?) e secondo quale orizzonte temporale — quello immediato, quello di medio o di lungo termine — dal momento che la preferenza di un determinato orizzonte temporale piuttosto che di un altro nel valutare l'interesse del minore può portare ad esiti tra loro profondamente diversi o addirittura divergenti. Importante è inoltre la questione di come deve atteggiarsi il rapporto tra « interesse del minore in astratto », che richiama alle scelte di politica del diritto operate dal legislatore in via generale, e « interesse del minore in concreto », che riguarda la valutazione operata dall'interprete caso per caso al fine di realizzare il miglior interesse del minore concretamente interessato dalla decisione. Questi due profili possono talora entrare in conflitto, specie laddove l'esigenza di assicurare il rispetto della legge posta a tutela dell'interesse dei minori in generale comporti il sacrificio dell'interesse del minore concretamente interessato (13). Sempre sui profili critici della nozione, pur riconoscendosi i meriti di una formulazione necessariamente flessibile per potersi adattare a contesti di applicazione diversi, si sono rimarcati i rischi legati alla sua indeterminatezza, in particolare il rischio che una tale formulazione possa prestarsi a manipolazioni ideologiche. Infine, ci si è chiesti quale sia veramente l'utilità di un principio che evoca l'interesse superiore del minore in un'epoca in cui è riconosciuto che anche i minori sono titolari di diritti; l'obiettivo di salvaguardia dei minori non dovrebbe perlopiù attuarsi assicurando la piena realizzazione dei diritti stessi invece che mediante il ricorso ad un principio suscettibile di deformazioni applicative, nel senso di consentire che dietro all'interesse del minore si celino piuttosto istanze e pretese degli adulti (14)?

Forse anche per rispondere ai numerosi interrogativi suscitati da tale principio, il comitato dei diritti del fanciullo ha formulato un corpus di considerazioni, pubblicando nel 2013 un commento generale appositamente dedicato all'art. 3, par. 1, della convenzione. Lo scopo del presente contributo è di formulare alcune osservazioni in ordine al principio in esame, rilevanti per l'operatore nazionale, esplorando la portata del principio alla luce delle indicazioni che promanano dal comitato dei diritti del fanciullo oltre che dalla giurisprudenza di Strasburgo. Ciò senza perdere di vista i lineamenti propri e peculiari del meccanismo europeo di salvaguardia dei diritti, che costituiscono sempre l'assetto di riferimento in cui occorre

contestualizzare la giurisprudenza della Corte europea e l'interazione tra questa e i giudici nazionali.

2. — Il secolo scorso ha conosciuto una graduale espansione del riconoscimento dei diritti dei minori a livello internazionale, processo che è culminato con la convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (CRC), ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991 n. 176 ed entrata in vigore per il nostro ordinamento il 5 ottobre 1991. Innovando rispetto ai precedenti strumenti che recepivano una visione del minore come soggetto perlopiù passivo, bisognoso di tutele da parte degli adulti (15), la convenzione definitivamente afferma una concezione del minore inteso come soggetto attivo, dotato di una sua autonomia, titolare di diritti (rights-holder). Allo stesso tempo, la convenzione non manca di riconoscere, attraverso l'elevazione dei best interests a principio generale e trasversale, le istanze di protezione e particolare attenzione che l'età evolutiva attrae (16).

La convenzione è composta da un preambolo e da 54 articoli ricompresi in tre parti (17). Nella prima parte sono enunciati i diritti dei fanciulli che gli Stati contraenti si impegnano a garantire a tutti i fanciulli soggetti alla loro giurisdizione. Nella seconda parte, la convenzione prevede l'istituzione, il funzionamento e le competenze di un comitato dei diritti del fanciullo (Committee on the Rights of the Child) che ha il compito di monitorare il rispetto della convenzione da parte degli Stati contraenti attraverso l'esame di rapporti che gli Stati parti sono tenuti a sottoporre ad esso periodicamente sui provvedimenti che essi hanno adottato per dare effetto ai diritti sanciti dalla convenzione, e sui progressi realizzati per il godimento di tali diritti. Il comitato esamina i rapporti e formula suggerimenti e raccomandazioni sotto forma di Concluding Observations. Inoltre, contribuisce all'interpretazione e all'applicazione evolutiva della convenzione soprattutto tramite lo strumento dei General Comments, commenti generali sull'interpretazione delle disposizioni della convenzione. Tali commenti non hanno valore vincolante; nondimeno, svolgono una funzione di guida e di orientamento per i loro destinatari. La terza parte della convenzione contiene le clausole finali in materia di ratifica, adesione ed entrata in vigore della convenzione stessa. Il ruolo del comitato si è di recente arricchito di un nuovo profilo paragiurisdizionale, grazie ad un protocollo opzionale adottato dall'Assemblea generale il 19 dicembre 2011 ed entrato in vigore il 14 aprile 2014 (18). Il protocollo prevede una procedura di comunicazioni individuali (oltre che inter-statali) al comitato dei diritti del fanciullo in virtù della quale i minori a titolo individuale o a titolo collettivo, direttamente o mediante un rappresentante che agisce per loro conto, possono sottoporre al comitato reclami in ordine a violazioni della convenzione o dei suoi protocolli opzionali (19). Tale procedura consentirà la formazione di una

« giurisprudenza » del comitato da cui attingere ulteriori indicazioni interpretative e applicative (20). L'art. 3, par. 1, della convenzione incorpora il principio dei best interests of the child prevedendo che: « [i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente » (nella versione ufficiale in lingua inglese: « [i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration ») (21). Il riferimento ai « best interests of the child », formulato in termini generali nell'art. 3, ricorre anche in altre disposizioni della convenzione e precisamente nell'art. 9, parr. 1 e 3 (separazione dai genitori e diritto del minore a intrattenere regolarmente rapporti o contatti con entrambi), nell'art. 10 (ricongiungimento familiare), nell'art. 18 (responsabilità parentale), nell'art. 20 (privazione dell'ambiente familiare e protezione sostitutiva), nell'art. 21 (adozione, e in tale contesto la convenzione richiede che i « best interests of the child » costituiscano « paramount consideration »), nell'art. 37, lett. c) (laddove si richiede che i minori privati della libertà siano tenuti separati dagli adulti in stato di detenzione, salvo che ciò non sia in contrasto con i « best interests of the child »), nonché nell'art. 40, par. 2 (b) (iii) in materia di garanzie processuali del minore.

La dottrina (22) ha messo in luce, tra i diversi interrogativi posti dalla nozione in esame, il diverso tenore semantico dell'art. 3, par.1, nelle differenti versioni linguistiche ufficiali, con particolare riferimento alle versioni in lingua inglese e francese. Il testo francese infatti recita: « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Da tale testo deriva la versione (non ufficiale) in lingua italiana che presenta l'espressione « interesse superiore del fanciullo ». È stato osservato come non vi sia corrispondenza semantica tra i testi inglese e francese. Il testo inglese utilizza l'espressione « interests » al plurale lasciando intendere che il fanciullo abbia una pluralità di interessi che devono essere oggetto di valutazione complessiva, interessi che vanno quindi valutati e confrontati anche tra di loro, oltre che rispetto a diritti e interessi di terzi. Inoltre, l'espressione « a primary consideration » (formulazione prevalsa in seno ai lavori preparatori rispetto all'espressione « the paramount consideration », proposta originariamente dalla Polonia) rende chiaro che the best interests of the

child, per quanto considerazione preminente, costituisce una tra più considerazioni che il decision-maker è chiamato a valutare e a bilanciare. Il testo francese sembra invece invitare l'interprete a far prevalere l'interesse del minore su eventuali considerazioni concorrenti (23). Per meglio chiarire ed apprezzare il significato e la portata della nozione dei best interests è senz'altro utile fare riferimento al contributo interpretativo proveniente dal comitato dei diritti del fanciullo per mezzo dei suoi General Comments, e soprattutto per mezzo del General Comment n. 14, pubblicato nel 2013, che ha per oggetto specificamente l'art. 3, par. 1, della convenzione.

3. — Nel General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) (24), il comitato ribadisce che l'art. 3, par.1, costituisce uno dei principi fondamentali della convenzione al fine di interpretare e dare effetto ai diritti in essa previsti, insieme al principio di non discriminazione (art. 2), al diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6), nonché al diritto di essere ascoltato (art. 12), diritto questo ritenuto complementare rispetto all'art. 3 nella misura in cui costituisce lo strumento mediante il quale può essere acquisito il punto di vista del fanciullo, tenendo conto delle sue capacità e maturità, ai fini della determinazione di quelli che sono i suoi best interests (25). Il comitato individua quale scopo proprio alla determinazione dei best interests del minore, quello di assicurare il pieno ed effettivo godimento di tutti i diritti sanciti dalla convenzione, oltre che uno sviluppo « olistico » del fanciullo (26). Scopo principale del commento è, nell'intenzione del comitato, quello di promuovere un reale mutamento di prospettiva sullo status del minore tale da condurre al pieno rispetto dei minori quali titolari di diritti (27). Il comitato individua tre accezioni in cui si esplica la nozione di best interests of the child (28). In primo luogo, il concetto esprime il diritto (« substantive right ») del minore ad avere i suoi interessi valutati e oggetto di primaria considerazione quando occorre valutare diversi interessi al fine di raggiungere una decisione su una data questione, nonché la garanzia che tale diritto trovi attuazione ogni volta che occorra adottare una decisione che riguardi un minore, un gruppo di minori identificati o non identificati, o i minori come categoria generale. Secondo il comitato, l'art. 3(1) fa sorgere un obbligo in capo agli Stati contraenti, è self-executing e direttamente invocabile dinanzi ai tribunali. In secondo luogo, il concetto costituisce un principio interpretativo fondamentale (« a fundamental interpretative legal principle »): se una disposizione è aperta a più interpretazioni, dovrebbe essere scelta l'interpretazione che più efficacemente serve i best interests of the child.

Infine, afferma il comitato, il concetto costituisce una regola di procedura (« a rule of procedure »): ogni volta che occorre adottare una decisione che interessi un determinato minore o gruppo di minori o i minori in generale, il processo attraverso cui si arriva alla decisione deve includere una valutazione del possibile impatto (positivo o negativo) che tale decisione può avere sul minore o sui minori interessati. La valutazione dei best interests of the child richiede garanzie processuali. In particolare, dalle motivazioni della decisione deve emergere espressamente il processo valutativo operato dal decision-maker a riguardo, inclusi i criteri su cui la decisione si basa e il modo in cui gli interessi del minore sono stati oggetto di bilanciamento con altre considerazioni, siano esse considerazioni generali di public policy o considerazioni in ordine ad interessi individuali (29).

Secondo il comitato, dall'art. 3, par. 1, discendono tre ordini di obblighi in capo agli Stati che possono essere riassunti nei seguenti termini: l'obbligo di assicurare che i child's best interests siano appropriatamente integrati e coerentemente applicati in ogni azione delle istituzioni pubbliche che abbiano un impatto diretto o indiretto sui minori; l'obbligo di assicurare che in tutte le decisioni giudiziarie e amministrative così come nelle politiche e nella legislazione concernente i minori l'interesse degli stessi costituisca considerazione primaria; l'obbligo di assicurare che l'interesse del minore costituisca considerazione primaria anche in decisioni e azioni intervenute nel settore privato, per es. nell'ambito dei servizi (30). Il comitato individua un complesso di misure di attuazione che gli Stati sono chiamati (il comitato utilizza il termine « should ») a porre in essere, tra cui procedere ad una revisione ed eventuale riforma della legislazione e altre fonti normative, così da incorporarvi l'art. 3(1) e introdurre meccanismi e procedure di reclamo al fine di assicurare il diritto del minore ad avere i propri interessi adeguatamente integrati in tutte le misure di attuazione nonché nei procedimenti amministrativi e giudiziari che abbiano un impatto sul minore (31). Il comitato rileva come il concetto dei best interests of the child sia dinamico, complesso, flessibile e adattabile, e come debba essere declinato caso per caso alla luce della situazione specifica in cui il minore si viene a trovare. Il comitato mostra di disapprovare regolamentazioni rigide quali per es. quelle che nelle ipotesi di disgregazione del nucleo familiare prevedono automaticamente la responsabilità parentale di entrambi i genitori o di uno solo (32). Nelle decisioni che concernono il singolo individuo, i best interests of the child devono essere valutati e determinati alla luce delle specifiche circostanze del minore interessato. Nelle decisioni di portata generale — come quelle operate dal legislatore — i best interests of the child devono essere valutati e determinati alla luce delle circostanze del particolare gruppo di

minori interessato o della categoria in generale. In ogni caso le valutazioni e le determinazioni devono essere operate nel pieno rispetto dei diritti previsti dalla convenzione e dai suoi protocolli (33).

Il comitato chiarisce inoltre che l'espressione secondo cui i best interests devono (« shall ») costituire « primary consideration », significa che i best interests non possono essere considerati allo stesso livello di tutte le altre considerazioni; ciò perché, secondo il comitato, la situazione di vulnerabilità dei minori fa sì che se non viene riconosciuta priorità ai loro interessi, questi tendono ad essere posti in secondo piano (34). Tale priorità si configura in particolar modo in materia di adozione, ambito rispetto a cui il principio risulta ulteriormente rafforzato, figurando nella convenzione l'interesse del minore non semplicemente « a primary consideration », bensì « the paramount consideration » e quindi considerazione determinante (35).

Il comitato riconosce come in certe circostanze i best interests of the child possano entrare in conflitto con altri interessi o diritti. Possibili conflitti tra gli interessi di un determinato minore e gli interessi di un gruppo di minori o i minori in genere, devono essere risolti caso per caso, mediante un attento bilanciamento degli interessi coinvolti e ricercando un adeguato compromesso (« suitable compromise »). Così anche se gli interessi del minore confliggono con i diritti di altri soggetti; se non è possibile armonizzare le diverse posizioni, i decision-makers devono esaminare e bilanciare i diritti di tutte le parti coinvolte tenendo presente che il diritto del minore ad avere i propri interessi assunti come considerazione primaria significa che gli interessi del minore hanno un'alta priorità rispetto alle altre considerazioni (36).

Nel processo di accertamento dell'interesse del minore, i soggetti chiamati a decidere terranno conto di vari elementi dei quali il comitato non fornisce un elenco esaustivo né gerarchicamente articolato, bensì aperto, salvo sottolineare che « elementi in contrasto con i diritti sanciti dalla convenzione o che hanno effetti contrari ai diritti della convenzione, non possono essere considerati validi nel determinare cosa è meglio per un minore o per dei minori » (37). In tale elenco figura la necessità di tener conto e dare adeguato peso ai punti di vista del minore/dei minori (art. 12 della convenzione), nonché il diritto del minore di preservare la propria identità — diritto garantito dall'art. 8 della convenzione, ivi inclusa la possibilità di avere accesso alle informazioni sulla propria famiglia biologica (38). Pur riconoscendo che i valori religiosi e culturali e le tradizioni devono essere prese in considerazione come parte dell'identità del fanciullo, il comitato ribadisce che l'identità culturale (nei suoi vari profili) non può giustificare la perpetuazione di tradizioni o valori che negano al

bambino o ai bambini i diritti garantiti dalla convenzione (39). Nell'elenco degli elementi che concorrono alla valutazione dei best interests, figurano inoltre la preservazione dell'ambiente familiare e delle relazioni, posto che il diritto del fanciullo alla vita familiare, da intendersi in un'accezione ampia, è garantito dall'art. 16 e la separazione dalla famiglia deve aver luogo solo come misura di extrema ratio se non è possibile ricorrere a misure meno intrusive per proteggere il fanciullo da un concreto rischio di pregiudizio (40). Costituiscono altresì elementi rilevanti la cura, la protezione, il benessere complessivo e la sicurezza del minore, le situazioni di vulnerabilità (quali eventuali disabilità o appartenenza a minoranze, stato di rifugiato, ecc.), il diritto alla salute, il diritto all'istruzione. Il comitato ribadisce come tale valutazione debba esser fatta caso per caso, tenendo presente che non sempre gli elementi individuati saranno tutti rilevanti né avranno lo stesso peso in tutte le circostanze (41). Inoltre, potranno talora essere in conflitto tra loro e richiedere dunque un bilanciamento al fine di pervenire ad una soluzione che sia nel migliore interesse del fanciullo. Per assicurare il diritto del minore ad avere i propri interessi oggetto di « considerazione primaria », occorre che siano introdotte e seguite determinate procedure e garanzie procedurali (42). In particolare, gli Stati devono porre in essere procedure oggettive e trasparenti per le decisioni che spettano al legislatore, ai giudici, alle autorità amministrative, specie in quelle aree che interessano in modo diretto i minori, intesi individualmente o come categoria generale (43). Particolare attenzione occorre rivolgere alle seguenti garanzie: il diritto del minore ad esprimere i suoi punti di vista direttamente o tramite un proprio rappresentante; la raccolta e verifica, da parte di soggetti qualificati, degli elementi di fatto e delle informazioni necessarie alla valutazione; il controllo e la prioritizzazione dei tempi per cui occorre che le procedure o i processi che riguardano i minori siano dotati di priorità ed espletati nei tempi più brevi possibile e che decisioni concernenti la cura, il collocamento od altre misure siano suscettibili di riesame; l'impiego e il coinvolgimento nel processo valutativo di personale dotato di competenze specializzate; la garanzia di un rappresentante speciale del minore nei procedimenti giudiziari o amministrativi, qualora sia ravvisabile un potenziale conflitto di interessi rispetto ad altre parti che ne abbiano la rappresentanza legale (quindi in primis i genitori); requisiti particolari e stringenti di motivazione delle decisioni al fine di dimostrare che è stato rispettato il diritto del minore a vedere i suoi best interests valutati e assunti come considerazione primaria; meccanismi di impugnazione e di riesame delle decisioni; valutazione di impatto nei processi che danno luogo all'adozione di decisioni di portata generale.

Nel suo commento generale, il comitato ha voluto ribadire che il principio dei best interests (nelle sue diverse accezioni), lungi dal mettere in ombra la titolarità dei diritti

da parte dei minori, è funzionale piuttosto ad una più completa emersione e attuazione di tali diritti. Quanto le indicazioni del comitato possono ritenersi atte ad entrare in un circuito di interazione e dialogo soprattutto con riferimento alle corti nazionali e sovranazionali? La dottrina che si è occupata di tale problematica ha rilevato una ridotta propensione dei tribunali nazionali a riferirsi (almeno espressamente) agli atti del comitato, inclusi i commenti generali, quali strumenti di ausilio interpretativo delle disposizioni della CRC (44). Scarsa propensione che viene ricondotta a diversi fattori, inclusi la mancata diffusione, gli ostacoli linguistici, ma anche il tenore linguistico-concettuale che talora connota tali atti. Ricordiamo che i membri del comitato costituiscono un team multidisciplinare: ciò costituisce un fattore positivo e propulsivo nella individuazione di obiettivi di policy generali, ma può rappresentare anche un inconveniente sul piano della formulazione e della fruizione delle indicazioni stesse in contesti strettamente giuridici. Nei commenti generali talora si riscontra un difetto di elaborazione e rigore concettuale che può minare l'autorevolezza del comitato quale interlocutore delle istituzioni pubbliche a livello nazionale e non, dei giudici in primis. Un maggior rigore nella formulazione delle indicazioni rivolte agli Stati e agli operatori nazionali certo favorirebbe una loro più diffusa considerazione quali ausili interpretativi. Per esempio, nel commento n. 14 la ricostruzione del principio quale « substantive right », oltre che come « fundamental, interpretative legal principle » e « rule of procedure » (45), ha suscitato perplessità in dottrina alla luce del disposto della convenzione che configura l'art. 3 come enunciativo di un principio generale piuttosto che come fonte di un diritto soggettivo (46). Inoltre, il comitato ha configurato l'art. 3(1) come self-executing e invocabile in giudizio in contesti applicativi potenzialmente molto diversi tra loro (47). La nuova « costruzione » dell'art. 3(1) che si ricava dal commento generale non è invero accompagnata da un'elaborazione articolata ed esauriente. È stato altresì osservato come il comitato nell'elencare gli elementi che concorrono a determinare i best interests del minore si sia perlopiù limitato a fare riferimento agli stessi diritti sanciti dalla convenzione; perché allora non fondare le decisioni che concernono i minori direttamente sull'apprezzamento di tali diritti, invece che ricorrere ad uno standard che facilmente può piegarsi a recepire preferenze ideologiche o le istanze degli adulti dietro al pretesto di dare attuazione agli interessi dei minori? (48). In effetti, già prima del commento generale n. 14, parte della dottrina rilevava come l'utilità del principio possa apprezzarsi con riferimento a tutte quelle questioni che toccano in modo diretto o indiretto gli interessi dei minori e non sono coperte dai diritti sanciti dalla CRC (49). Quale sarebbe dunque il « valore aggiunto » del principio con riferimento ai diritti già sanciti dalla convenzione? In tale ambito, il principio sembrerebbe operare perlopiù come criterio al fine di costruire e modulare la portata dei diritti dei minori

(50), anche nell'interazione tra diritti diversi del minore, o nella interazione tra questi e situazioni soggettive facenti capo ad altri, tenendo presenti sia le esigenze di protezione che interessano l'età evolutiva, sia l'esigenza di partecipazione dei minori alle decisioni che li riguardano. Quest'ultima esigenza è valorizzata dal rapporto complementare che sussiste tra il principio dei best interests e il diritto all'ascolto, rapporto più volte ribadito dal comitato nei suoi atti. Il principio opera dunque come veicolo di un riconoscimento e valorizzazione dei diritti dei minori che incorporino allo stesso tempo le esigenze di protezione, ma anche di partecipazione e autonomia dei minori (51). Il principio può svolgere una funzione di mediazione nel confronto e nell'eventuale competizione tra diversi interessi che fanno capo al minore e che concorrono nel sostanziare la portata di un suo diritto. Per esempio, con riguardo al diritto alla propria identità (sancito dall'art. 8 della convenzione), quali profili di tutela devono ritenersi rilevanti e prevalenti in una fattispecie concreta, alla luce del principio dei best interests? Un simile quesito si è posto nella giurisprudenza recente del nostro giudice di legittimità che in una fattispecie inerente ad una richiesta di disconoscimento del minore, ai fini della determinazione dell'interesse del medesimo, ha richiamato la necessità di un bilanciamento in concreto fra « l'esigenza di affermare la verità biologica » e « l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno di una famiglia » (52). È stato inoltre osservato come nella pratica degli Stati più resistenti a ricostruire come « diritti » le posizioni giuridiche soggettive facenti capo ai minori, nonché in aree del diritto tradizionalmente presidio delle prerogative dello Stato (per es. il diritto dell'immigrazione), il principio ha costituito un « gateway to children's rights », e cioè una via attraverso la quale promuovere progressivamente la considerazione, il riconoscimento e l'attuazione dei diritti dei minori (53).

4. — La convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali non prevede principi generali o disposizioni specificamente dedicate alla salvaguardia dei diritti dei minori (54). Nondimeno, la salvaguardia dei diritti dei minori e il principio dei best interests hanno trovato più profili di applicazione nell'ambito della giurisprudenza di Strasburgo (55). Questa peraltro deve essere sempre considerata e interpretata alla luce della natura del sindacato che essa svolge, sindacato i cui elementi essenziali è dunque opportuno richiamare quali premesse a qualsiasi analisi di carattere sostanziale. Come la Corte europea non si stanca di ribadire (56), il meccanismo europeo di salvaguardia non costituisce una « quarta istanza di giudizio », bensì un sistema sussidiario di tutela dei diritti (57). Il sindacato della Corte europea è diretto ad accertare che le autorità nazionali non siano incorse

in una violazione dei diritti, e non a riformulare ex novo un giudizio di merito. La natura di questo controllo in parte influenza il tenore delle sentenze che talora possono essere percepite dall'interlocutore nazionale come eccessivamente lontane dai fatti e dalle peculiarità del caso concreto (58). Nello schema di controllo sviluppato nel corso del tempo dagli organi della convenzione, spiccano per la loro rilevanza la costruzione che gli organi di Strasburgo hanno elaborato della convenzione e dei suoi protocolli come « living instrument » (strumento vivente) da interpretarsi « in the light of present days conditions » (59) — concezione che promuove un'interpretazione evolutiva delle sue disposizioni — nonché la dottrina degli « obblighi positivi » in base alla quale gli Stati parti non hanno solo l'obbligo di astenersi dal violare i diritti previsti dalla convenzione (obblighi negativi), bensì hanno anche l'obbligo di attivarsi per assicurarne il rispetto e prevenirne la violazione, a prescindere che questa possa verificarsi nel contesto dei rapporti fra privati e pubbliche autorità o nel contesto dei rapporti fra privati (60). Altrettanto importante è sottolineare la portata « autonoma » delle nozioni che individuano istituti e beni giuridici nella convenzione e nei suoi protocolli rispetto alle qualificazioni che si trovano negli ordinamenti nazionali (61).

Per quanto concerne in generale lo « schema » essenziale del controllo esercitato dalla Corte, con riferimento ai diritti e alle libertà non assoluti (vedi in particolare gli artt. 8-11 della convenzione), e come tali quindi suscettibili di limitazioni da parte degli Stati, un'interferenza nella sfera di tali diritti può configurarsi come legittima ai sensi della convenzione solo se soddisfa determinate condizioni. Anzitutto deve essere prevista dalla legge e deve essere giustificata da un obiettivo legittimo (62). Inoltre, occorre che l'interferenza sia necessaria in una società democratica; la Corte ha individuato nella sua giurisprudenza i criteri per valutare quando un'interferenza soddisfi tale requisito (63). In particolare, occorre che l'interferenza risponda ad un « bisogno sociale imperioso ». Occorre poi che sia rispettato il principio di proporzionalità tra le misure adottate e gli obiettivi perseguiti, e che le ragioni dell'interferenza siano rilevanti e sufficienti. Nel determinare la legittimità di un'interferenza, la Corte riconosce agli Stati, in virtù del contatto diretto delle autorità statali con la realtà dei singoli ordinamenti, un margine di apprezzamento (64), la cui estensione varia a seconda del diritto e dell'ambito interessato. Un margine di apprezzamento maggiore è stato riconosciuto agli Stati con riferimento a questioni che riguardano la sicurezza nazionale, la morale pubblica, le politiche socio-economiche, e nelle ipotesi in cui non sia riscontrabile un consenso a livello europeo (65). È chiaro che un controllo della Corte sul rispetto dei requisiti suddetti si incentra

soprattutto sulle motivazioni che fondano o giustificano le decisioni adottate a livello nazionale. Richiamati, in estrema sintesi, i tratti essenziali del sindacato, si può osservare che la giurisprudenza di Strasburgo concernente la salvaguardia dei minori costituisce un corpus complesso e diversificato. In tale corpus il principio dell'interesse del minore è emerso in molteplici forme. Il principio ha operato estensivamente ed opera quale « limite » all'esercizio di un diritto sancito dalla convenzione. Allo stesso tempo, nella giurisprudenza di Strasburgo si è presto affermato l'assunto che i minori sono titolari dei diritti sanciti dalla convenzione (66); in tutti questi casi, il principio dell'interesse superiore del minore opera soprattutto come un criterio che aiuta a modulare il contenuto e la portata di tali diritti in quanto riferiti a soggetti minori di età e quindi portatori di particolari esigenze di protezione.

In questo corpus di giurisprudenza, la convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e il principio dei best interests incorporato nel suo art. 3, par. 1, hanno costituito riferimento sempre più ricorrente. In alcune sentenze recenti si trova un riferimento esplicito al commento generale n. 14 e ad alcune indicazioni che da esso promanano (67). La CRC trova naturalmente spazio tra gli strumenti di cui la Corte di Strasburgo si avvale nell'assicurare l'interpretazione e l'applicazione della cedu, compito questo ad essa attribuito dall'art. 32 della convenzione stessa. Da tempo infatti la Corte, richiamando la convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, e nella specie l'art. 31, par. 3 (c), ha chiarito che la cedu deve essere interpretata alla luce di altri testi e strumenti internazionali, tra cui appunto la convenzione di New York (68).

4.1. — Nella giurisprudenza di Strasburgo, il principio dei best interests of the child come « limite » all'esercizio di un diritto altrui, ha trovato applicazione in particolare con riferimento all'art. 8, par. 2, cedu. Com'è noto, l'art. 8 prevede il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Si tratta di un diritto non assoluto in quanto suscettibile di limitazioni laddove queste si configurino come interferenze legittime e giustificate dalla necessità di tutelare un interesse superiore della collettività o di altri. L'art. 8 prevede infatti che non possa esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare « a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui ». È proprio nell'ambito di quest'ultima clausola « protezione dei diritti e delle libertà altrui », che la giurisprudenza di Strasburgo ha ricondotto l'interesse dei minori come possibile « limite » alle prerogative genitoriali, e quindi la sua salvaguardia come base

giustificativa di provvedimenti restrittivi da parte delle pubbliche autorità (quali l'allontanamento del minore dal nucleo familiare, la sospensione della potestà-responsabilità genitoriale, l'affidamento eterofamiliare, la dichiarazione dello stato di adottabilità). Già la Commissione europea dei diritti umani, in epoca precedente alla riforma del meccanismo di tutela introdotta dall'undicesimo protocollo (69), rilevava come nella valutazione inerente alla legittimità di un'interferenza ai sensi dell'art. 8, par. 2, cedu l'interesse del minore alla sua salute fisica e mentale debba ritenersi prevalente rispetto ai diritti e alle prerogative dei genitori (70). Tale posizione veniva confermata dalla Corte nella sua giurisprudenza. Essa già da allora ha riconosciuto come il rapporto tra ciascun genitore e i propri figli costituisca elemento fondamentale della « vita familiare », così come il diritto al ricongiungimento nei casi in cui i figli siano stati allontanati temporaneamente dai propri genitori (71), e allo stesso tempo ha ribadito che l'art. 8 della convenzione non riconosce ai genitori il diritto di ottenere misure che possano mettere a rischio la salute e lo sviluppo del minore (72), nonché i suoi stessi diritti e libertà fondamentali (73).

4.2. — La convenzione si è prestata anche ad una salvaguardia dei diritti dei minori ancor più pregnante nella misura in cui la giurisprudenza degli organi di Strasburgo ha precocemente riconosciuto i minori come titolari dei diritti in essa enunciati, assicurando loro, dove vi fossero le condizioni, l'accesso allo stesso meccanismo di tutela (74). Ciò è avvenuto con riferimento non solo all'art. 8 (75), bensì anche con riferimento ad altre disposizioni della convenzione e dei suoi protocolli, tra cui l'art. 3 cedu che pone il divieto della tortura e di pene e trattamenti inumani e degradanti (76), l'art. 4 che sancisce la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (77), l'art. 5 in materia di libertà personale (78) e l'art. 6 in materia di equo processo (79), laddove la situazione di vulnerabilità dei minori esige particolari garanzie nei contesti di restrizione della libertà personale e del processo, nonché con riferimento all'art. 1, par. 1 (diritto di proprietà) (80) e all'art. 2 (diritto all'istruzione) (81) del primo protocollo addizionale. Certamente, gran parte della giurisprudenza di Strasburgo in materia di tutela dei minori riguarda i molteplici profili che scaturiscono dall'art. 8 cedu. Talora, la salvaguardia dei diritti dei minori può ricostruirsi di riflesso in quelle fattispecie nelle quali i minori non figurano come ricorrenti oppure i ricorrenti non sono legittimati a far valere in qualità di rappresentanti i diritti del minore e nondimeno si vedono accolta una loro doglianza in ordine alla violazione di un diritto « relazionale »: così in tema di affidamento, ove la Corte ha valorizzato la relazione e i legami sviluppatasi tra minore e soggetti affidatari (82) e in tema di adozione, nel senso di sottolineare il carattere di *extrema ratio* di tale istituto (83).

Salvaguardia dei diritti e principio dell'interesse superiore del minore si intrecciano in vari àmbiti di intervento della Corte; così in tema di immigrazione, àmbito questo in cui la prospettiva della salvaguardia del minore si è progressivamente « insinuata » in un terreno tradizionalmente affidato alle politiche dei singoli Stati (84), di sottrazione internazionale dei minori (child abduction) (85), di identità biologica e diritto a conoscere le proprie origini (86), fino a toccare negli ultimi anni questioni quali la step-child adoption da parte del partner omosessuale (87) e la surrogazione di maternità. Con riferimento a quest'ultima, la giurisprudenza di Strasburgo si è trovata di recente ad occuparsi della problematica assai delicata del rapporto tra ordine pubblico e salvaguardia del minore — intesa anche come salvaguardia della sua « identità personale », a sua volta riconducibile alla sfera di applicazione dell'art. 8 sotto il profilo del diritto alla vita privata — confrontandosi con le diverse « letture » nazionali di tale rapporto (88).

5. — Posto dunque che il principio dell'interesse superiore del minore non dovrebbe sostituirsi ad una piena valorizzazione dei diritti dei minori, ma costituire, nelle forme di cui abbiamo detto, uno strumento integrativo della loro tutela e di mediazione tra posizioni soggettive concorrenti (89), quali elementi l'operatore nazionale può trarre dalla giurisprudenza di Strasburgo, tenendo conto anche delle indicazioni che promanano dal comitato dei diritti del fanciullo? In primo luogo, a prescindere dalla terminologia non sempre rigorosa che si trova nella giurisprudenza della Corte europea, la quale fa riferimento ai best interests of the child talora come « primary » talaltra come « paramount consideration » (90), emerge che il principio dell'interesse superiore del minore non sottrae i diritti e gli interessi del minore, per quanto senz'altro dotati di alta « priorità », ad un bilanciamento con altri interessi e diritti. Espressione recente di tale assunto è la nota vicenda del caso Paradiso e Campanelli c. Italia che ha visto la Grande Camera riformare la sentenza della Chambre del 27 giugno 2015. Nella sua sentenza intervenuta il 24 gennaio 2017, la Corte ha ritenuto che le autorità italiane non sono incorse in una violazione dell'art. 8 sotto il profilo del diritto alla vita privata e familiare (91) dei ricorrenti per aver aperto una procedura di adozione di un minore, allora di nove mesi, nato in Russia a séguito di maternità surrogata e lì registrato come loro figlio. Nella specie, la Corte conclude che il bilanciamento operato dalle autorità nazionali tra interesse pubblico (e in particolare l'esigenza di assicurare il rispetto delle scelte del legislatore che, vietandola, ha ritenuto la pratica della surrogazione di maternità non conforme in via generale all'interesse dei minori) e interessi privati coinvolti (dei ricorrenti, ma anche del minore interessato benché non parte del procedimento) è stato risolto a favore del primo senza che ne risulti una violazione dell'art. 8 cedu (92). Diverso, è opportuno osservare, è l'esito del controllo operato dalla Corte nei recenti casi francesi in tema

di maternità surrogata (93), laddove la Corte constata la violazione del diritto al rispetto della vita privata dei minori sotto il profilo del loro diritto all'« identità personale » in caso di mancato riconoscimento da parte dello Stato del rapporto di filiazione legalmente costituito all'estero in ipotesi di surrogazione di maternità eseguita all'estero, stante il legame genetico tra i minori e uno dei genitori d'intenzione, elemento quest'ultimo invece assente nel caso Paradiso e Campanelli. In secondo luogo, se è vero che l'interesse del minore non si pone fuori da qualsiasi operazione di bilanciamento, è altrettanto vero che le decisioni delle autorità pubbliche, che riguardano un minore, devono rendere conto di come la prospettiva di salvaguardia del medesimo è stata presa in carico dal decision-maker, derivandone dunque un obbligo di motivazione delle decisioni adottate (94). L'interesse del minore deve essere oggetto di accertamento in concreto, caso per caso (95).

Nelle materie che toccano l'interesse dei minori, emerge un'indicazione a favore di soluzioni legislative che diano spazio ad un processo di valutazione in concreto dei best interests del minore, evitando automatismi legali che da questa valutazione prescindano (96). A tale proposito, si pensi alla giurisprudenza della Corte costituzionale che simili automatismi ha censurato, laddove ha dichiarato nelle sentenze nn. 31 del 2012 e 7 del 2013 l'illegittimità costituzionale dell'automatismo della decadenza dalla potestà (ora responsabilità) genitoriale (previsto dall'art. 569 c.p.) come pena accessoria nelle ipotesi di condanna per i delitti di alterazione e soppressione di stato (artt. 567, comma 2º e 566, comma 2º, c.p.) (97).

La giurisprudenza di Strasburgo valorizza il diritto all'ascolto del minore quale strumento funzionale alla determinazione dei best interests e sottolinea la necessità di tenere adeguatamente conto dei punti di vista espressi dal minore quando capace di discernimento, in linea con il disposto dell'art. 12 della convenzione e con le indicazioni che promanano dal comitato dei diritti del fanciullo (vedi in particolare il commento generale n. 12), con le disposizioni della convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata nel 1996, ratificata e resa esecutiva con l. 20 marzo 2003, n. 77, nonché le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia minorile (Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-Friendly Justice) adottate il 17 novembre 2010 (98).

Ancóra, la giurisprudenza di Strasburgo, sostanzialmente in linea con le indicazioni del commento n. 14, suggerisce che l'applicazione del principio richiede all'interprete adeguata flessibilità nel muoversi tra le fonti di diritto rilevanti per la decisione del caso concreto, e implica il ricorso ad un'interpretazione attenta alla ratio di tutela: così nel caso Zhou c. Italia la Corte ritiene che il ricorso all'adozione piena disposta con riguardo ai figli della ricorrente integri una violazione dell'art. 8 cedu in quanto fa

venir meno i legami con il genitore, ed osserva che in altri casi in cui non si ravvisava uno stato di abbandono alcuni giudici avevano pronunciato, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. d) l. n. 183 del 1984, l'adozione semplice che tali legami invece preservava (99).

Merita infine attenzione la questione — anche questa espressamente discussa nel commento generale n. 14 — relativa ad una adeguata gestione e controllo dei tempi delle procedure che riguardano i minori, posto che i soggetti in età evolutiva sono particolarmente vulnerabili agli effetti pregiudizievoli del protrarsi ingiustificato dei tempi delle decisioni che li riguardano (100).

Abstract

The Best Interests of the Child: Reconstructing a Polyhedric Principle

The construction and application of the « best interests principle » is currently a focus for the Italian Judiciary, Legislator and scholars. The principle, which first emerged at the level of domestic jurisdictions as a standard applied in proceedings and legislation concerning minors, gained recognition at an international level later in the twentieth century, most importantly as a general principle recognized in article 3, paragraph 1, of the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC), adopted on 20 November 1989 and which entered into force on 2 September 1990. According to article 3(1) CRC, the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions concerning children. In the European context, the principle is incorporated in article 24(2) of the European Union Charter of Fundamental Rights. Although the European Convention on Human Rights does not include any reference to the principle, the best interests standard has gradually emerged and consolidated its role in Strasbourg case-law.

The significance, functions and utility of the principle have not been immune to criticism by academic commentators, especially because of its open-ended and inherently value-laden nature.

The aim of the present contribution is to formulate a number of considerations relevant to the construction and application of the best interests principle by decision-makers in the national arena, by exploring the scope of the principle primarily in the light of the indications developed by the Committee on the Rights of the Child in its General Comment No. 14 of 2013, concerning article 3, paragraph 1, CRC, and in the light of the European Court of Human Rights case-law.