Alberto Randazzo

**Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale
(Profili costituzionali)**

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *L'ulteriore novità introdotta nell'art. 583-bis per effetto della Convenzione di Lanzarote.* – 3. *La recente giurisprudenza costituzionale sulla perdita automatica della potestà genitoriale. Qualche riflessione su [Corte cost. nn. 31 del 2012](#), [7 e 150 del 2013](#).* – 3.1 (Segue) *Il caso M.D. e altri c. Malta, del 12 luglio 2012, della Corte europea dei diritti dell'uomo.* – 4. *L'art. 583-bis, IV comma, c.p., "alla prova" della giurisprudenza costituzionale richiamata.* – 4.1 (Segue) *Ancora in merito alla (dubbia) legittimità della decadenza della potestà genitoriale quale conseguenza di un intervento di mutilazioni genitali femminili.* – 5. *Riflessioni conclusive.*

1. Introduzione

Il crescente aumento di presenze straniere all'interno di Paesi divenuti meta di immigrazione sottopone all'attenzione dei legislatori questioni spesso molto complesse ed emergenze inaspettate che richiedono un adeguamento degli ordinamenti, in modo da rendere questi ultimi idonei a fronteggiare problematiche nuove.

In questo senso sembra da intendere la nota legge n. 7 del 2006 che, con l'art. 6, ha introdotto nel nostro sistema penale il reato di mutilazioni genitali femminili, inserendo l'art. 583-*bis* (che definisce la fattispecie incriminatrice in parola) e *ter* (che prevede una pena accessoria per "l'esercente una professione sanitaria") del codice penale; l'aumento di questa pratica tribale (si badi, non religiosa) anche nel nostro Paese, ove vive un consistente numero di donne mutilate¹, ha spinto il legislatore a ritenere che non fosse sufficiente, come invece un tempo, ascrivere la commissione di tali pratiche al reato di lesioni personali (gravi o gravissime), ma che si dovesse introdurre una fattispecie criminosa nuova. L'intento, con molta probabilità, è stato quello di creare, per via legislativa, un maggiore deterrente nei confronti di coloro che intendono sottoporre le proprie figlie ad interventi come quelli in discorso, ma anche nei riguardi di chi materialmente si presta ad effettuare le mutilazioni; non pochi dubbi, tuttavia, si nutrono in merito alla possibilità che questo obiettivo possa essere stato raggiunto (e possa esserlo in futuro), ritenendo piuttosto che l'intenzione (seppure meritoria) rischi di rimanere disattesa.

Al riguardo, prima di volgere l'attenzione allo specifico oggetto di questa riflessione, è necessario constatare che coloro che praticano le mutilazioni sono mossi da una cultura di origine², particolarmente radicata, in base alla quale si ritiene onorevole sottoporre le figlie a tali interventi, considerati fondamentali affinché le donne possano essere accolte in società (scongiorando, pertanto, il rischio della loro emarginazioni) ed avere la possibilità di sposarsi. Non ci si sofferma in questa sede né sulle modalità attraverso le quali si hanno tali interventi né sulle concezioni relative al ruolo della donna, essendo sufficiente constatare che la spinta interiore ad osservare tali costumi supera anche i divieti imposti dalle normative talora previste negli stessi Paesi di origine.

¹ Cfr. F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2006, 682; C. COLOMBO, *L'art. 583 bis c.p. Un illecito compiuto in nome della religione?*, in *Riv. Criminol., Vitt. Sicur.*, VIII, 2/2008, 62; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari 2008, 90; C. SALAZAR, *Variazioni sul tema: "conflitti multiculturali e diritti delle donne". L'affaire du foulard in Francia e le mutilazioni genitali femminili in Italia*, in *Scritti in memoria di F. Fenucci*, I, Soveria Mannelli 2010, 609, in nota 47.

² Com'è noto, tali pratiche sono tipiche di popolazioni stanziate nel Corno d'Africa e nell'Asia.

Quanto detto sembra già sufficiente a comprendere che, a prescindere dall'operatività della scusante dell'*ignorantia legis*³, non è una previsione penale, della quale si è peraltro dubitata la necessità⁴, a distogliere questi immigrati dall'intento di continuare ad operare pratiche secolari; anzi il rischio è quello che le comunità in parola si chiudano in sé stesse, praticando queste mutilazioni nella clandestinità.

Che si tratti di una legge "simbolica" e che la "linea dura", ovvero quella repressiva, non sia anche quella più efficace è stato ripetutamente affermato in dottrina⁵, come si avrà modo di far notare in sede di riflessioni conclusive.

2. L'ulteriore novità introdotta nell'art. 583-bis per effetto della Convenzione di Lanzarote

Con la legge n. 172 del 2012 è stata ratificata e portata ad esecuzione la Convenzione del Consiglio d'Europa, firmata a Lanzarote il 25 ottobre del 2007; tale fonte di diritto internazionale pattizio ha richiesto, pertanto, l'adeguamento dell'ordinamento interno, comportando diverse modifiche ai codici penale e di procedura penale per favorire "la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale". Tra le altre previsioni colpite dalle novità apportate dalla Convenzione, occorre segnalare l'introduzione di un nuovo comma – il IV – all'art. 583-bis c.p.⁶ con il quale è stata prevista la pena accessoria della "decadenza dall'esercizio della potestà del genitore" e dall'"interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno", in base alla circostanza che i responsabili dell'intervento mutilatorio siano i genitori (o uno di essi) o il tutore. L'introduzione di questa norma è, con molta probabilità, dovuta a quanto prescrive l'art. 27, IV comma, del documento in parola, laddove si precisa che tra le misure che si possono prendere nei confronti "degli autori del reato" vi possa essere "la decadenza dalla potestà genitoriale", per quanto nel testo della Convenzione non si faccia espresso riferimento alla fattispecie delle mutilazioni genitali femminili. Al legislatore italiano sarà, pertanto, sembrato necessario intervenire sull'art. 583-bis al fine di meglio attuare la fonte pattizia qui richiamata, in base alla quale, come si legge in un "considerando", "il benessere e l'interesse

³ Non è detto infatti che, una volta trasferitisi in Italia, questi soggetti vengano subito a conoscenza della normativa penalistica qui richiamata, peraltro incriminatrice di un comportamento da loro considerato "normale" o comunque socialmente dovuto. Nella giurisprudenza, Cass. pen. sez. VI, ud. 22 giugno 2011-dep. 24 novembre 2011, n. 43646, ha riconosciuto questa scriminante, in riferimento all'art. 348 c.p. (reato di esercizio abusivo di una professione).

⁴ Non è mancato, infatti, chi, in dottrina, ha ritenuto la previsione in discorso superflua o comunque ripetitiva rispetto a quella relativa al reato di lesioni personali; in argomento, tra i tanti, cfr. V.G. KUROTSCHKA, *Narrative identitarie e giustizia*, in AA.VV., *Interculturalità. Tra etica e politica*, a cura di G. Cacciatore e G. D'Anna, Roma 2010, 89, e L.M. MASERA, *Delitti contro l'integrità fisica*, in AA.VV., *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Torino 2011, 102.

⁵ Sul punto, cfr. G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali e extrapenali*, a cura di L. Riscato e E. La Rosa, Torino 2009, 63; F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, 1343 ss. [al riguardo, cfr. anche, dello stesso A., *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in www.statoechiase.it, 24/2013, § 6]; A. VANZAN e L. MIAZZI, *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2006, 29 s.; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multicultural*, Roma-Bari 2008, 160; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi-B. Pastore-A. Pugiotta, Milano 2008, 192.

⁶ Va segnalato che con d.lgs. n. 154 del 2013 (art. 93, lett. s) al posto della "potestà dei genitori" si ha ora la "responsabilità genitoriale". Tuttavia, per scorrevolezza espositiva, si preferisce qui l'utilizzo del vecchio lemma, non risultando significative differenze di tipo contenutistico nell'uso dei due concetti, anche se non si esclude che questa sostituzione possa avere rilevanti implicazioni sul piano giurisprudenziale. Questo rilievo vale anche in riferimento a tutte le altre previsioni, qui richiamate, interessate dalla riforma.

superiore del minori sono valori fondamentali condivisi da tutti gli Stati membri e devono essere promossi senza alcuna discriminazione”; a sostegno di questo intervento, si può richiamare il codice civile laddove prescrive che la perdita della potestà si ha “quando il genitore viola o trascura i doveri ad essi inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio” (art. 330) ed il codice penale a norma del quale “la legge determina i casi nei quali la condanna importa la decadenza della potestà dei genitori” (art. 34).

Non si vuole certamente, in questa sede, spingere in riflessioni di natura privatistica sulla portata dell’istituto della potestà genitoriale⁷, ciò esulando dalla prospettiva strettamente costituzionalistica qui adottata, così come non ci si soffermerà sul concetto di “interesse superiore del minore”; tuttavia, non ci si può esimere da alcune considerazioni relative alla conformità a Costituzione della norma introdotta nell’art. 583-*bis* c.p., alla luce di recenti pronunce del giudice delle leggi, ma anche tenendo in debito conto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. A quest’ultimo proposito, sarà pertanto necessario riflettere ulteriormente sui rapporti che intercorrono tra la giurisprudenza di Strasburgo e quella costituzionale, ma anche porre a confronto la Convenzione di Lanzarote con quanto in precedenza affermato da altre Carte dei diritti peraltro richiamate dalla Consulta; tuttavia, l’approfondimento di tali questioni dovrà aversi in altra sede.

3. *La recente giurisprudenza costituzionale sulla perdita automatica della potestà genitoriale. Qualche riflessione su [Corte cost. nn. 31 del 2012](#), [7](#) e [150 del 2013](#)*

Con le sentenze [nn. 31 del 2012](#)⁸ e [7 del 2013](#)⁹, la Corte costituzionale ha deciso due analoghe questioni riguardanti un caso di alterazione (la prima) ed uno di soppressione di stato (la seconda);

⁷ In argomento, tra i molti altri, v. M. DOGLIOTTI, *Patria potestà, interesse del minore, intervento del giudice*, in *Giur. mer.*, 1/1976, 44 ss.; A. BUCCIANTE, (voce) *Potestà dei genitori*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 774 ss.; C. COSSU, (voce) *Potestà dei genitori*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1988, 113 ss.; L. FERRI, *La potestà dei genitori*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, artt. 315-342, Bologna-Roma, 1988; AA.VV., *Comm. al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, IV, Padova 1992, 285 ss.; M. CERATO, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza, l'affievolimento*, Milano 2000. L’argomento è variamente indagato nei contributi al Convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, pubblicati in [www.gruppodipisa.it](#); in particolare, v.: T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al “diritto vivente”. Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*; I. NICOTRA, *La famiglia in “divenire” dinanzi ad un legislatore “fuori tempo massimo”*; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*; F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*; L. PRINCIPATO, *Famiglie e misure di sostegno: la legislazione nazionale*.

⁸ Annotata, tra gli altri, da D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l’automatismo della perdita della potestà genitoriale*, in *Fam. e dir.*, 5/2012, 443 ss.; M.A. FEDERICI, *Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale*, in *Giur. it.*, 8-9/2012, 1873 ss.; L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2012, 1585 ss.; S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l’applicazione automatico della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2012, 597 ss.; M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull’art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1/2012, 377 ss.; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 6/2012, 4909 ss.; M. FINOCCHIARO, *Il giudice deve avere la possibilità di valutare sull’interesse del minore nel caso concreto*, in *Guida dir.*, 15/2012, 73 ss. Accennano alla decisione anche G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, e F. PATERNITI, *Lo status costituzionale*, cit., relazioni al Convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., entrambi in [www.gruppodipisa.it](#), rispettivamente § 5 e nota 104.

⁹ ... sulla quale, v. U. ZINGALES, *Corte Costituzionale, sentenza 23 gennaio 2013, n. 7*, in [www.minoriegiustizia.it](#); 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](#), 28 gennaio 2013; M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull’art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 1/2013, 176 ss.; E. APRILE, *Oss. a Corte cost. n. 7 del 2013*, in *Cass. pen.*, 4/2013, 1466 ss. Sulle due decisioni ora richiamate, anche poste a confronto con la pronuncia della Corte EDU di cui ora si dirà, v. L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU. Riflessioni a partire dal caso M.D. and Others v. Malta*,

in tali circostanze, la Consulta ha ritenuto contraria a Costituzione, sebbene in relazione a parametri diversi, l'art. 569 c.p., nella parte in cui acconsente alla perdita automatica della potestà genitoriale nei confronti di coloro che si siano resi responsabili dei reati in questione. Come la Corte rileva nella prima decisione, “la citata pena accessoria consegue di diritto alla condanna pronunciata contro il genitore, precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento dei diversi interessi implicati nel processo”¹⁰; nell'affermare ciò, il giudice delle leggi si serve dell'avallo di fonti di diritto internazionale pattizio¹¹ (oltre che di diritto interno) che mettono in risalto la preminenza dell'interesse del minore, punto di riferimento ed imprescindibile bussola che deve orientare la risoluzione di questioni come quelle in discorso.

Nel rilevare che della potestà genitoriale non viene normativamente offerta un'esatta definizione, i suoi connotati desumendosi dagli artt. 30 Cost. e 147 c.c., la Corte osserva che “la potestà genitoriale, se correttamente esercitata, risponde all'interesse morale e materiale del minore, il quale, dunque, è inevitabilmente coinvolto da una statuizione che di quella potestà sancisca la perdita”¹². Il giudice delle leggi si preoccupa – giustamente – di precisare che quanto prescrive la norma in discorso, “proprio perché la pronuncia di decadenza va ad incidere sull'interesse del minore sopra indicato”, contrasta con il principio di ragionevolezza e quindi con l'art. 3 della Carta¹³.

Il punto fondamentale intorno al quale ruota l'impianto motivazionale della Corte consiste nella preclusione fatta al giudice di poter compiere una valutazione concreta dell'interesse del minore e quindi dell'effettiva lesione dello stesso¹⁴; quest'ultimo, infatti, va considerato sulla base di una serie di elementi che consentano all'autorità giurisdizionale di individuare se l'esercizio futuro della potestà genitoriale, con tutti i poteri a quest'ultima connessi (e quindi i diritti e i doveri di educazione, di istruzione e di mantenimento), possa pregiudicare il minore, ulteriormente continuando a lederne lo sviluppo della personalità¹⁵.

in www.penalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2013. Un richiamo alle due sentenze è in B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, intervento al Convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it, nota 59.

¹⁰ [Corte cost. n. 31 del 2012](#), p. 3 del *cons. in dir.*

¹¹ Vengono, infatti, richiamate la Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 1989), la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo (Strasburgo, 1996), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza-Strasburgo, 2000-2007).

¹² [Corte cost. n. 31 del 2012](#), p. 3.1 del *cons. in dir.*

¹³ Ad avviso della Corte, infatti, la previsione in parola, “ignorando il detto interesse, 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, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse” (p. 3.1 del *cons. in dir.*).

¹⁴ Si deve precisare, richiamando un altro passaggio della sentenza, che l'art., 567, II comma, c.p. “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” (p. 3.1 del *cons. in dir.*).

¹⁵ ... volendo in tal modo sintetizzare “il preminente interesse del minore”. Occorre ricordare che il genitore decaduto continua ad essere tenuto ad esercitare i doveri di mantenimento nei confronti della prole (tra i molti, S. MERELLO, *I rapporti personali tra genitori e figli*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2003, 807; V. SANTARSIERE, *Paralisi educativa di figlio minorenne per conflitto senza soluzione dei genitori. Decadenza dalla potestà*, in *Giur. mer.*, 11/2011, 2667 s.; P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori e i rapporti fra genitori e figli*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, dir. da P. Zatti, Vol. II, *Filiazione*, a cura di G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani, II ed., Milano 2012, 1324 s.). Nella giurisprudenza di merito, *ex plurimis*, v. Cass. pen., sez. VI, ud. 21/03/2000-dep. 19/04/2000, n. 4887; Cass. pen., sez. VI, ud. 27/03/2008-dep. 04/06/2008, n. 22401; Cass. pen., sez. VI, ud. 29/10/2009-dep. 12/11/2009, n. 43288; Cass. pen., sez. VI, ud. 28/03/2012-dep. 12/09/2012, n. 34953. Sembra opportuno segnalare che in alcune delle decisioni adesso richiamate si rileva che oltre ai doveri di natura economica permangono in capo al genitore anche i doveri di natura morale (che non siano incompatibili con i motivi su cui si fonda il provvedimento sanzionatorio in discorso, come spesso si specifica); la sussistenza di alcuni doveri in capo al genitore decaduto troverebbe ulteriore

Di tenore analogo è la seconda pronuncia qui ricordata; anche in tale circostanza, la Corte, richiamando quanto affermato nella [sent. n. 31 del 2012](#), rileva la “non necessaria ‘indegnità’ del genitore” sulla base di quanto affermato per il reato di “alterazione di stato”, criticando il criterio dell’automatismo della pena accessoria¹⁶ che in questa evenienza si fa particolarmente lesivo dell’interesse del minore¹⁷ e reclamando un intervento del legislatore “sul sistema delle pene accessorie”¹⁸.

La Corte ritiene che, piuttosto che l’“irragionevole automatismo legale”, sia da considerare una “soluzione costituzionalmente più congrua” quella di consentire al giudice la possibilità di valutare concretamente le circostanze, in modo 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”¹⁹. Ancora una volta, quindi, il giudice delle leggi, rilevando il contrasto anche con fonti sovranazionali²⁰, richiamate come parametro interposto²¹, osserva che il meccanismo dell’automatismo preclude al giudice “ogni possibilità di valutazione dell’interesse del minore nel caso concreto”²².

Prima di concludere sul punto, merita un accenno l’[ord. n. 150 del 2013](#)²³, con cui la Consulta ha dichiarato la manifesta inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale, sollevata dal

giustificazione nella portata dell’art. 332 c.c. che prevede – come a breve si dirà – la reintegrazione del genitore nella potestà (come si legge nella sent. n. 4887 sopra richiamata, ragionando diversamente non si spiegherebbe come colui che è decaduto possa dare prova di essere reintegrabile). Sul punto, v. anche Cass. civ., sez. I, ud. 29/09/2010-dep. 08/11/2010, n. 22678 e Cass. civ., sez. I, ud. 29/09/2010-dep. 11/11/2010, n. 22909. Peraltro, se si concorda con A. BUCCIANTE, (voce) *Potestà dei genitori*, cit., 789, che ritiene che il dovere di mantenimento “non rientri nel contenuto della potestà”, non sarebbe prospettabile una eventuale incidenza del provvedimento di decadenza sul dovere in parola; sul punto, cfr. anche C. COSSU, (voce) *Potestà dei genitori*, cit., 120.

¹⁶ L. FERLA, *Status filiationis*, cit., 1586, osserva che tale pena “esprime una scelta di politica criminale del legislatore del ’30, fondata sulla presunzione per cui il genitore non offra più garanzie circa il corretto adempimento dei suoi compiti educativi”, presunzione che “per un così severo trattamento sanzionatorio è tuttavia discutibile”. Per tutti, in tema di pene accessorie, v. S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova 1986, e più di recente A. DI MARTINO, *Pene accessorie*, in AA.VV., *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. De Francesco, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino 2011, 124 ss. (con particolare riferimento alla misura della decadenza della potestà genitoriale, v. 143).

¹⁷ Si legge quanto segue: “La nota problematica che affligge i perduranti caratteri di automatismo – e, per il caso qui 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: connotati, questi, in varie circostanze stigmatizzati da questa Corte, la quale, anche di recente, non ha mancato di segnalare ‘l’opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie’” (p. 4 del *cons. in dir.*).

¹⁸ Al riguardo, la Corte richiama la [sent. n. 134 del 2012](#). Sulla conformità delle pene accessorie ai principi costituzionali, tra gli altri, v. S. LARIZZA, *Le pene*, cit., 343 ss.

¹⁹ ... “vale a dire il fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore” (p. 5 del *cons. in dir.*).

²⁰ ... in questo caso, la Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 1989) e la Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli (Strasburgo, 1996).

²¹ Ad avviso di M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte*, cit., 177, è proprio il riferimento alle fonti sovranazionali che, rispetto alla pronuncia precedente, rappresenta “un autentico *quid novi*”; anzi, secondo E. APRILE, *Oss.*, cit., 1468, è stato proprio l’uso che la Corte ha fatto dei documenti in parola a consentire allo stesso giudice delle leggi di superare un precedente orientamento manifestato nell’[ord. n. 723 del 1988](#), ove era stata dichiarata la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l’art., 569 c.p., nella parte in cui prevedeva l’automatismo della pena accessoria in discorso.

²² [Corte cost. n. 7 del 2013](#), p. 4 del *cons. in dir.*

²³ L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 23 s.

Tribunale di Firenze, avente ad oggetto l'art. 574-bis c.p., “nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, consegua di diritto la sospensione della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto”; il giudice delle leggi, infatti, lamenta “l'assenza, nella ordinanza di rimessione, di qualsiasi anche minimo accenno ai fatti di causa”, cioè “imped[endo] a questa Corte di procedere al doveroso scrutinio anche in punto di rilevanza della questione proposta”²⁴.

L'esposizione dei casi ora richiamati e sottoposti all'attenzione della Consulta, con cui peraltro quest'ultima mostra di avere mutato il proprio precedente orientamento del 1988²⁵, consente ora di fare alcune considerazioni relative all'oggetto specifico di queste brevi riflessioni, essendo necessario interrogarsi in merito alla possibilità di adattare le argomentazioni e lo schema logico di cui si è servita la Corte, nelle circostanze richiamate, anche alla specifica questione che qui ci occupa.

3.1 (Segue) *Il caso M.D. e altri c. Malta, del 12 luglio 2012, della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Prima di proseguire, occorre ricordare che pure la Corte europea di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi, di recente, sull'istituto della decadenza della potestà genitoriale, quale pena accessoria conseguente ad una condanna penale; in tale circostanza, il giudice europeo ha sostenuto un'impostazione non dissimile rispetto a quella appena illustrata della Corte costituzionale.

Nel caso *M.D. e altri c. Malta*, del 12 luglio 2012²⁶, la Corte EDU infatti si è interrogata sulla proporzionalità della misura in discorso²⁷, finendo per accertare la violazione dell'art. 8 CEDU, ovvero del “diritto al rispetto della vita privata e familiare”²⁸; sembra pure opportuno rilevare che, a fronte della richiesta della ricorrente che ha sollevato tale questione solo per profili formali-procedurali, è stato il giudice europeo a soffermare opportunamente la propria attenzione su aspetti sostanziali, ossia sugli effetti negativi che si producono sui diritti fondamentali coinvolti (del minore, ma anche della ricorrente) a seguito della decadenza della potestà genitoriale²⁹.

²⁴ Ad avviso della Corte quanto il giudice *a quo* ha rilevato risulta infatti essere insufficiente ed aggiunge che “tale omissione appare [...] tanto più significativa in quanto viene sollecitata una pronuncia attraverso la quale possa essere consentito al giudice proprio di effettuare una valutazione in concreto dell'incompatibilità del previsto automatismo rispetto alle esigenze effettive di tutela del minore nella vicenda specifica sottoposta al suo giudizio”; a sostegno della sua posizione, il giudice delle leggi non manca di riportare taluni recenti precedenti giurisprudenziali ([sentt. nn. 272 e 301 del 2012](#)) per sottolineare che “la omessa descrizione, da parte del giudice rimettente, della fattispecie concreta sottoposta a giudizio si traduce in un difetto di motivazione sulla rilevanza della questione, [...] conduce alla declaratoria di inammissibilità della stessa”.

²⁵ In merito alla già cit. [ord. n. 723 del 1988](#), cfr. U. ZINGALES, *Corte Costituzionale*, cit.; questo precedente è richiamato, oltre che da E. APRILE (v. nota 17), anche da M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi*, cit., § 1; M. FINOCCHIARO, *Il giudice*, cit., 75 s.

²⁶ Accenna a questa decisione R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia*, in [www.minoriefamiglia.it](#), § 7, nota 21; una riflessione più articolata è di L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit.

²⁷ ...ed infatti il “criterio della proporzione” è spesso usato dal giudice di Strasburgo per applicare nel modo corretto previsioni convenzionali (come l'art. 8 che qui rileva) che contengono “clausole di interferenza” (L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 13).

²⁸ Si badi che, in questa circostanza, la Corte di Strasburgo era stata adita solo per “carenze garantistiche nel procedimento di impugnazione del *care order*” (nel caso di specie, era stato tolto definitivamente l'affidamento dei due figli, a seguito di maltrattamenti da questi subiti) che non prevede alcuna possibilità di impugnazione di fronte ad un provvedimento definitivo (L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 4 s., ma v. anche nota 17).

²⁹ L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 5.

Richiamando il caso *Sabou e Piracalb c. Romania*, del 28 settembre 2004³⁰, il giudice europeo ha rilevato che la perdita automatica della potestà genitoriale costituisce un'ingerenza nella vita familiare, "la considerazione di ciò che è nel migliore interesse del minore [essendo] di importanza cruciale" (p. 76); ad avviso della Corte, infatti, la possibilità di prendere misure come quella della decadenza della potestà genitoriale deve essere limitata a casi eccezionali, potendo essere giustificata solo qualora lo richieda il superiore interesse del minore³¹. Pertanto, non meraviglia che il giudice di Strasburgo richieda che tale misura debba essere adottata con la massima cautela e che l'automatismo con cui essa viene applicata la sottrae al controllo dei giudici interni, chiamati a verificare cosa corrisponde al migliore interesse del minore al momento della condanna³². Per tale ragione, quindi la Corte EDU rileva che l'automatica applicazione di tale misura, senza che vengano soppesati gli interessi della giustizia e quello (supremo) del minore, è problematica³³ (anche in considerazione del fatto che la decadenza in parola è permanente, operando fino al raggiungimento della maggiore età³⁴).

Alla luce delle considerazioni appena fatte, il giudice di Strasburgo sostiene che tale misura, stante l'impossibilità di contestare (e quindi rivedere) in futuro la privazione della potestà davanti ad un giudice (secondo quanto prescritto dall'ordinamento maltese), non consente di realizzare un buon equilibrio tra gli interessi in gioco (dei minori, della ricorrente principale ed, in generale, della società); una tale misura, applicata automaticamente, senza cioè la possibilità che venga sottoposta ad una periodica revisione o almeno a successivi accertamenti (a seguito di una richiesta in tal senso)³⁵, sembra pertanto contraria (o, come afferma la Corte, "non necessaria") ad una società democratica³⁶.

Quanto fugacemente illustrato mostra come la CEDU, nell'interpretazione che ne dà la sua Corte, appaia contraria non tanto alla misura in sé, quanto al meccanismo dell'automatismo; emerge infatti anche in questo caso (come nelle questioni di diritto interno precedentemente ricordate) che è necessaria una concreta verifica da parte dei giudici in merito a quale sia l'interesse (preminente) del minore. Pertanto una tale operazione richiede che l'applicazione di questa pena accessoria e quindi l'individuazione del suddetto interesse debbano essere il frutto di una valutazione che venga fatta in chiave dinamica; ciò che infatti il giudice di Strasburgo osserva criticamente (oltre all'automaticità) è che la misura opera permanentemente (ossia per tutto il tempo in cui un soggetto è per legge sottoposto alla potestà genitoriale, ossia – com'è noto – fino alla maggiore età), ciò non consentendo un controllo e quindi una revisione della stessa. Questa eventualità potrebbe sembrare necessaria nel momento in cui, apparisse conforme (o più favorevole) all'interesse del minore – per svariate ragioni che non occorre qui ipotizzare – che la potestà genitoriale riacquistasse efficacia.

Infine, pare degno di nota il passaggio in cui il giudice europeo rileva la sussistenza di un interesse non solo dei minori e dei genitori coinvolti nel caso in questione, ma anche della società

³⁰ Per i precedenti in materia, v. L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 9 ss.

³¹ Testualmente, la Corte afferma che "such measures should only be applied in exceptional circumstances and can only be justified if they are motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interest" (p. 76).

³² V. p. 77.

³³ V. p. 77.

³⁴ V. p. 78 (per l'importanza del passaggio, sembra necessario riportarne il testo: "the automatic application of the measure as well as the lack of access to a court to challenge the deprivation of parental rights at a future date, fail to strike a fair balance between the interests of the children, those of the first applicant and those of society at large. It follows that the measure at issue, in so far as it was automatically applied, perpetual and not subject to any periodic revision or at least to subsequent assessments following a request in that regard, was not 'necessary in democratic society' for the aforesaid aim").

³⁵ V. p. 79.

³⁶ Come osserva G. DE VERO, in G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino 2007, 34 s., è questa una delle condizioni (peraltro la più complessa da rispettare) affinché un'"ingerenza" da parte delle autorità pubbliche possa essere considerata legittima e quindi rispettosa dell'art. 8 CEDU.

intera al regolare esercizio dei diritti e doveri in cui si concretizza la potestà dei genitori; quest'ultimo aspetto appare di non trascurabile rilievo, specie se si considera che il contesto sociale costituisce punto di riferimento e criterio alla cui luce vagliare il preminente interesse del minore, i cui connotati rimangono irrimediabilmente influenzati dall'ambito spaziale e temporale in cui il minore stesso vive.

4. *L'art. 583-bis, IV comma, c.p., "alla prova" della giurisprudenza costituzionale richiamata*

È adesso possibile, alla luce della giurisprudenza costituzionale ed europea richiamata, provare a fare talune riflessioni in merito all'art. 583-bis, IV comma, c.p.; ci si chiede, infatti, se le argomentazioni della Consulta siano calzanti anche all'ipotesi in cui la perdita della potestà sia prevista nei confronti di coloro che si sono resi responsabili del reato di mutilazioni genitali femminili.

Stando ad un'interpretazione letterale del testo³⁷, non sembra residuo dubbi circa la automaticità con cui scatterebbe tale pena, l'automatismo essendo peraltro connotato tipico delle pene accessorie; ad avviso del legislatore, quindi, l'aver una minore subito un intervento mutilatorio sarebbe indice della presenza di elementi, nella condotta del genitore (o di entrambi), che rendono incompatibile il permanere dell'esercizio della potestà da parte di chi ha messo in atto tale pratica. Detto in altri termini, sarebbe contrario all'interesse della minore vittima che chi si è reso responsabile della mutilazione continui, in futuro, a vivere con lei e ad esercitare su di essa tutti i poteri, diritti e doveri che ineriscono alla potestà genitoriale. D'altro canto, trattandosi di una sanzione comminata in sede penale, non si vede come possa qui trovare applicazione l'eventuale reintegrazione nella potestà genitoriale, di cui all'art. 332 c.c., che presuppone una previa dichiarazione di "decadenza" (che, in realtà, costituisce – com'è noto – una mera "sospensione" della potestà genitoriale³⁸). Per altro verso, non si trascuri che, nel caso nostro, non si vede quali possano essere i "nuovi fatti e circostanze tali da non giustificare più la privazione della potestà"³⁹.

Quanto appena detto induce a ritenere che le osservazioni della Corte si attagliano bene anche all'ipotesi che si sta ora considerando, ma tale riflessione appare particolarmente condizionata da un'interpretazione letterale del testo normativo. Occorre adesso valutare l'intervento riformatore che si è avuto a seguito della Convenzione di Lanzarote, maggiormente soffermandosi sulla natura delle pratiche mutilatorie che integrano il reato di cui all'art. 583-bis c.p.

Si è già avuto modo di rilevare come l'introduzione, nella previsione da ultimo richiamata, della nuova figura del reato di mutilazioni genitali femminili sia apparsa ai più una soluzione non idonea a contrastare il fenomeno in parola e combattere la condizione di clandestinità nella quale potrebbero essere effettuati tali interventi. Peraltro, la diffusione di queste pratiche – come detto in

³⁷ La norma recita: "La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 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".

³⁸ Tra i molti altri, v. L. FERRI, *La potestà dei genitori*, cit., 143 ss.; S. MERELLO, *Decadenza e reintegrazione nella potestà genitoriale*, in *Giur. mer.*, 1/2002, 51, ma anche 53, e ID., *I rapporti personali*, cit., 808; cfr. quanto afferma V. SANTARSIERE, *Paralisi educativa*, cit., 2665. Sulla differenza tra sospensione e decadenza della potestà genitoriale, v., tra la dottrina più risalente, S. LARIZZA, *Le pene*, cit., 115 ss.

³⁹ S. MERELLO, *Decadenza e reintegrazione*, cit., 53. L'A. osserva, infatti, che le ragioni potrebbero essere due: "che siano cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata e che, inoltre, sia escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio" [cfr. sul punto anche A. BUCCIANTE, (voce) *Potestà*, cit., 792; C. COSSU, (voce) *Potestà*, cit., 127; L. FERRI, *La potestà*, cit., 152 s.; A.C. PELOSI, *sub Art. 330*, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, cit., 407 s.]. Nel nostro caso quindi dovrebbe accadere che la figlia venga "scucita" (si scusi la crudezza del termine) e occorrerebbe che si scongiuri il pericolo che venga "ricucita". Francamente, sembra un'ipotesi di difficile realizzazione, ma anche immaginazione.

apertura – è tutt'altro che ipotetica, costituendo una realtà che si impone a forza all'attenzione di legislatore e giudici.

Se si prende in considerazione quanto affermato dal giudice delle leggi nelle decisioni sopra riportate, sembra che l'art. 583-*bis*, IV comma, c.p., ponga più di un dubbio di conformità a Costituzione.

In primo luogo, stando ancora al testo della norma, occorre constatare, con la dottrina maggioritaria, che la misura della decadenza della potestà genitoriale non deve avere alla sua base un intento sanzionatorio, ma essere volta alla protezione dell'interesse del minore e quindi rivelarsi funzionale soltanto a quest'ultimo, facendo cessare tutti quei comportamenti che potrebbero essere pregiudizievoli per il minore stesso⁴⁰, essendo tale misura “volta a promuover[n]e il pieno sviluppo psicofisico”⁴¹. Inoltre, la *ratio* della decadenza imporrebbe che essa “scatti” nel caso in cui il genitore violi i doveri ai quali è tenuto, in particolare, a norma degli artt. 30 Cost. e 147 c.c.; tuttavia, non si può non considerare che sottoporre le figlie a questa (per noi inaccettabile) pratica è avvertito come un “dovere sociale”, da rispettare nel “bene” (almeno ad avviso di chi le attua) delle stesse vittime. Queste prime osservazioni sembrano offrire il destro ad una lettura critica del IV comma dell'art. 583-*bis* c.p.; ed infatti lo stretto collegamento con la condanna principale fa ritenere che la pena accessoria in parola sottenda proprio quell'intento sanzionatorio che non dovrebbe invece ravvisarsi; sembra, infatti, che la speranza (non espressa, ma intuibile) del legislatore, nell'introdurre tale ulteriore misura a carico di chi sottopone la propria figlia ad intervento mutilatorio, possa essere stata quella di creare normativamente un ulteriore deterrente, rispetto a quello che dovrebbe già costituire la previsione della nuova figura di reato di mutilazioni (che poi le cose stiano davvero così sarebbe ovviamente da dimostrare, ma non si ritiene possibile escluderlo *a priori*).

In aggiunta a quanto detto, occorrerebbe soffermarsi sul concetto di interesse del minore e sulla portata della potestà genitoriale; tuttavia non è questa la sede per andare oltre talune, prime osservazioni.

L'interesse del minore – com'è noto – costituisce il fulcro intorno al quale ruota la disciplina costituzionalistica (ma anche civilistica e penalistica) in tema di famiglia⁴² e la sua tutela pare costituire la prima “manifestazione” del generale principio di protezione della persona umana⁴³, al quale – com'è noto – la Carta si informa; la salvaguardia delle persona, infatti, quando quest'ultima è nella sua prima fase di vita, si concretizza proprio nella preminenza (e quindi nella salvaguardia) dell'interesse del minore. Questa locuzione sembra riempirsi di contenuto solo leggendo in combinato disposto, in particolare, gli artt. 2, 3, 29 e 31 della Carta⁴⁴ e, come affermato dalla Consulta, costituisce per la potestà genitoriale la sua funzione e il suo limite ([Corte cost. n. 132 del](#)

⁴⁰ Cfr. A. COSTANZO, *Vicende di due principi costituzionalmente rilevanti e affini*, in *Dir. fam. e pers.*, 1/1995, 1134, L'A., in merito al carattere non sanzionatorio della misura in parola, richiama anche Cass. civ. nn. 167/75 e 5408/85 (v. nota 5); cfr. quanto anche affermano C. COSSU, (voce) *Potestà*, cit., 126; L. FERRI, *La potestà*, cit., 145; M. CERATO, *La potestà dei genitori*, cit., 175 s.; S. MERELLO, *Decadenza e reintegrazione*, cit., 52, ma *passim*, e ID., *I rapporti personali*, cit., spec. 806; v. pure P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità genitoriale e libertà religiosa*, in *Dir. fam. e pers.*, 4/2012, 1712.

⁴¹ U. ZINGALES, *Corte Costituzionale*, cit.

⁴² Molte le fonti di diritto sovranazionale e internazionale che – com'è noto – si occupano dell'interesse del minore e della sua tutela; in argomento, tra i molti altri, v. D. AMRAM, *Corte di Cassazione e giurisprudenza di merito: alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore*, in *Fam. e dir.*, 12/2008, 1114 s.; M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova 2012, spec. § 1 (19 ss.). Uno sguardo, in argomento, alla giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo è anche di R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia*, in www.minoriefamiglia.it, spec. §§ 3 e 4, e di F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, cit., § 14.

⁴³ Cfr. sul punto quanto afferma R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. fam. e pers.*, 1/2012, 475 s.

⁴⁴ S. MERELLO, *Decadenza e reintegrazione*, cit., 54.

1992), per tale ragione non potendo che essere valutato in modo diacronico e dinamico. Con quanto da ultimo osservato si intende dire che l'interesse del minore non può che essere considerato in prospettiva futura, alla luce cioè non solo delle condizioni in cui il soggetto si trova nella fase in cui un giudice è chiamato ad esprimersi, ossia operando una "proiezione" dello stesso nell'avvenire, in modo da predisporre nell'oggi gli strumenti necessari affinché il minore possa realizzarsi come cittadino (e la sua personalità potersi sviluppare) nel domani⁴⁵. Inoltre, in riferimento al suo essere "dinamico", connotato tipico delle clausole a portata ampia e generale⁴⁶, l'interesse del minore non può essere valutato *sempre uguale a se stesso*, ma deve essere considerato cangiante e mutevole al variare di una serie di condizioni, nonché di fattori sia soggettivi che oggettivi che riguardano la persona umana⁴⁷; in definitiva, il minore, se si vuole seriamente individuarne l'interesse (e, soprattutto, quale sia quello "migliore"⁴⁸), va considerato nella "sua personalità in divenire" perché è in quest'ottica che deve declinarsi "il rispetto della dignità della persona"⁴⁹, obiettivo finale al quale si deve tendere. Inoltre, se si concorda con la considerazione in base alla quale deve "guardarsi" al soggetto "con la sua storia, le sue esperienze, il suo grado di sviluppo" e "non alla figura di un minore astratto"⁵⁰, ci si convince ulteriormente che la particolare condizione in cui versano le minori facenti parte di famiglie con costumi, tradizioni e quindi cultura diverse dai nostri sia da considerare alla luce di una serie di elementi che finiscono, imprescindibilmente, per condizionarne il superiore interesse.

Prima di procedere oltre, è necessario spendere ancora qualche parola in merito alla potestà genitoriale, avendo sempre riguardo al fatto che essa "si dovrebbe porre in chiave strumentale rispetto all'interesse primario del minore di divenire (progressivamente) persona capace di esercitare, con sempre maggiore consapevolezza e con proprio senso di responsabilità, le libertà fondamentali costituzionalmente previste per la generalità dei consociati"⁵¹.

È ovvio che la potestà, a prescindere dalla concreta vicinanza fisica tra prole e genitori, si inveri nell'esercizio dei *poteri* e dei *diritti*, nonché nell'adempimento dei *doveri* che emergono dalla lettura sistematica degli artt. 30 Cost. e 147 c.c.⁵², tra i quali – come tutti sanno – vi è quello di

⁴⁵ Al riguardo, occorre problematicamente osservare che l'interesse del minore, e quindi la sua corretta identificazione, non pare possa prescindere dal luogo in cui il minore si trova, specie se si considera il minore quale "cittadino in formazione" e il suo interesse, appunto, lo sviluppo della personalità. Cfr., sul punto, R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra il diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, 3/2011, 22. Ad avviso di C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interest of the child"*, in *Riv. dir. int.*, 4/2010, l'interesse del minore è da privilegiare anche nei casi in cui, "nel mondo globale e multiculturale attuale", contrasti con la "cultura locale" (§ 7).

⁴⁶ Cfr. L. FERLA, *Status filiationis*, cit., 1590 s.

⁴⁷ A. COSTANZO, *Vicende di due principi*, cit., 1132, osserva che "l'interesse del minore risiede in qualcosa che va misurato nel 'medio-lungo periodo' e così pure la incompatibilità con esso".

⁴⁸ Ad avviso di R. RIVELLO, *L'interesse del minore*, cit., 20, sarebbe preferibile non parlare di "superiore" o "preminente", ma di "migliore interesse del minore" (c.vi testuali), che peraltro l'A. considera un concetto "spesso del tutto evanescente" (21); v., da ultimo, E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II. Famiglia e filiazione*, in www.gruppodipisa.it, § 5, che, a proposito di interesse del minore, discorre di "formula magica a disposizione del giudice" e "scatola vuota" che può essere "riempita" dall'interprete in base ai suoi "valori di riferimento". Che tale "categoria giuridica" fosse "ad alto rischio di approssimazione e di falsificazione", divenendo "insufficiente e inadeguata", e stesse subendo una "inarrestabile erosione dei suoi originari significati di tutela" lo aveva notato già molti anni prima anche G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 4/1995, 1605. In argomento, v. anche L. FERLA, *Status filiationis*, cit., 1590 s.

⁴⁹ R. DE MEO, *La tutela del minore*, cit., 475.

⁵⁰ V. SANTARSIERE, *Paralisi educativa*, cit., 2668.

⁵¹ P. LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam. e pers.*, 4/2009, 1932.

⁵² In effetti, sembra forse maggiormente corretto discorrere di poteri, più che di diritti, non a caso il codice civile utilizzando il termine "potestà" (...genitoriale), da esercitare nell'interesse della prole; il lemma diritto sembra piuttosto fare riferimento ad un certo margine di libertà, un raggio d'azione, che i genitori hanno (cfr., al riguardo, P. LILLO, *Libertà del minore*, cit., 1940 ss.).

educare i figli. Ma di quale educazione deve (o può) trattarsi? I connotati dell'educazione che si intende impartire ai figli rimangono necessariamente condizionati dai valori in cui i genitori credono e, pertanto, dalla loro cultura; al riguardo, non pochi sembrano i problemi che può far sorgere tale dovere-diritto dei genitori, specie se si considerano i casi in cui questi ultimi sono portatori di una cultura diversa da quella largamente maggioritaria nello Stato. Queste poche osservazioni sembrano sufficienti a comprendere come il rischio che la cultura di provenienza di un genitore e che ovviamente sottende all'educazione che quest'ultimo sente doveroso impartire al figlio contrasti con quella dominante nello Stato "ospitante" sia reale; come accennato, occorre chiedersi piuttosto se e fino a che punto⁵³, quest'ultima, debba essere quella alla luce della quale valutare l'interesse del minore.

4.1 (Segue) Ancora in merito alla (dubbia) legittimità della decadenza della potestà genitoriale quale conseguenza di un intervento di mutilazioni genitali femminili

Se quanto finora osservato sembra sufficiente a far sorgere qualche dubbio di legittimità costituzionale del IV comma dell'art. 583-bis c.p., occorre adesso fare qualche ulteriore considerazione ponendo a raffronto le considerazioni della Corte con la natura delle mutilazioni genitali e le motivazioni che ne stanno alla base e che muovono i genitori a praticare tali interventi.

Alla luce di quanto detto, la decadenza della potestà dei genitori, essendo appunto disposta al fine della salvaguardia dell'interesse del minore, svolgerebbe la sua più genuina funzione⁵⁴ se e nella misura in cui il minore corra il rischio della reiterazione della condotta a lui dannosa da parte del genitore (o di entrambi), tale che vi sia il fondato timore che l'ascendente non sia in grado di esercitare i poteri (e i doveri) a lui spettanti nell'esclusivo interesse del minore ed anzi quest'ultimo possa, di conseguenza, subire ulteriori danni. Questo, ad es., è quanto potrebbe aversi nel caso di un padre dedito a maltrattamenti o a compiere quei reati che la Convenzione di Lanzarote vuole punire (e prevenire)⁵⁵; è a tutti chiaro che in circostanze simili il perdurare dell'esercizio della potestà potrebbe compromettere (ancor più) gravemente il minore ed essere particolarmente pregiudizievole per quest'ultimo, ciò legittimando (*rectius*, richiedendo) la decadenza della potestà genitoriale.

Occorre però adesso ricordare, ancora una volta, quali motivazioni (per la nostra cultura mai giustificabili) si pongono alla base degli interventi mutilatori.

Si è già detto, in apertura, che quello delle mutilazioni genitali è oggi un fenomeno con il quale occorre fare i conti anche in Italia nella misura in cui la nostra terra è divenuta terra di speranza di ondate di immigrati che si trasferiscono nel nostro Paese alla ricerca di un po' di fortuna e di una vita migliore; non si deve peraltro sottovalutare che, di solito, molti stranieri non escludono affatto il ritorno in patria (o anzi, questo, lo hanno come obiettivo da raggiungere nel medio-lungo termine)⁵⁶, il che li spinge ulteriormente ad osservare la propria tradizione.

Nel caso che ci riguarda, sottoporre le figlie ad interventi di questo tipo – come si è rammentato – costituisce un vero e proprio dovere sociale, anzi viene vissuto come un "bene" per le minori⁵⁷. È

⁵³ Non è infatti agevole comprendere in quale misura può (e deve) influire la cultura del luogo in cui il minore si trova sul suo interesse, in modo da potere apprestare gli strumenti idonei ad una sua efficace salvaguardia.

⁵⁴ Sulla natura della pena della decadenza della potestà dei genitori, v. da ultimo S. LARIZZA, *Alterazione di stato*, cit., 600 s.

⁵⁵ Sul punto, v. quanto osserva L. FERLA, *Status filiationis*, cit., 1597.

⁵⁶ Non caso A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., 137 (ma v. anche 149) discorre di "mito del ritorno".

⁵⁷ Come osserva, L. FERRI, *La potestà*, cit., 147, sono da considerare illegittimi tutti gli atti del genitore che "siano mossi da un fine diverso da quello rappresentato dall'interesse del figlio", ma come detto – nel caso in esame – il genitore ritiene, al contrario, di agire proprio a favore dell'interesse suddetto.

Se si considera poi che l'esercizio della potestà genitoriale non è da considerare solo un diritto, ma anche un preciso dovere (tra gli altri, v. P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, cit., 1218, ma anche 1234), non si può fare a meno di

evidente come, alla base di queste convinzioni, vi sia una concezione del corpo umano assai diversa da quella della cultura occidentale, nonché un'idea della donna subordinata all'uomo e "oggetto" di cui servirsi come forza-lavoro; pertanto, è chiaro che ad essere calpestata è, in definitiva, la dignità della donna, almeno nella concezione di dignità diffusa nella cultura occidentale.

Queste osservazioni, in aggiunta alla constatazione della inaccettabile lesione dell'integrità psico-fisica della donna, fanno delle mutilazioni genitali delle usanze che il nostro ordinamento non può in alcun caso tollerare, in quanto contrarie ai valori che stanno a base della Carta costituzionale. Ancora una volta, però, e per completezza, si deve notare come l'elemento culturale appaia dirimente e condizionante tutto il discorso che si sta facendo, tali pratiche – come si è rammentato – costituendo il portato di consuetudini tribali, peraltro secolari⁵⁸, che è assai arduo sradicare. Pertanto, un atteggiamento repressivo che sia sommario e sbrigativo e non tenga conto dei numerosi e non trascurabili fattori in gioco non sembra il più idoneo, specie in uno Stato che aspira a divenire interculturale ed a rinvenire soluzioni "miti" e conformi a ragionevolezza⁵⁹.

Se adesso si riuniscono i pezzi del *puzzle*, ben si comprende che il sottoporre una figlia a mutilazione genitale deve essere perseguito, ma non dimostra affatto l'inidoneità del genitore a realizzare il superiore interesse della figlia stessa e, visto che la sfera dei sentimenti è sfuggente ed appartiene al foro interno di ognuno, men che meno testimonia la mancanza di amore nei suoi riguardi. D'altra parte sembra significativo il caso sottoposto all'attenzione del Tribunale dei minori di Torino, risolto con decreto del 17 luglio 1997, nel quale il giudice, revocando un precedente provvedimento (del 21 giugno), ha nuovamente affidato la minore (sottoposta a mutilazione) ai genitori; pur richiedendo che questo nucleo familiare venisse per un certo tempo assistito, ha rilevato che non sussistessero "elementi tali da far ritenere i genitori [...] inidonei a svolgere compiti di educazione e crescita della figlia". Il Tribunale dei minori osservava poi che, nel caso in questione, non si trattasse di infibulazione, ma di escissione (intervento meno invasivo); per completezza deve dirsi che, nella circostanza, il giudice si era pronunciato a seguito di un precedente intervento del Tribunale penale di Torino con cui era stata archiviata la questione per mancanza di elementi che legittimassero l'azione penale, trattandosi di una pratica – come osservava il giudice – che aveva la sua radice nella tradizione di questi popoli⁶⁰.

constatare che fare effettuare le mutilazioni sulla/e figlia/e attenga – secondo le tradizioni di questi popoli – all'esercizio della potestà in parola e che quindi possa essere percepito e vissuto, sia dai responsabili che dalle vittime, come una delle modalità ed espressioni attraverso cui si esplica il ruolo di genitore. Quanto detto non mira a sminuire di certo l'assoluta gravità dell'atto mutilatorio, ma è volto ad aggiungere ulteriori elementi di riflessione, al fine di valutare la proporzionalità e la congruità della sanzione della decadenza in una circostanza come quella che qui si discute. L'A. ora cit., infatti, non manca di osservare che se non vi sono dubbi "sull'illiceità di tali pratiche, possono invece sorgere divergenze sulla necessità, o anche sull'opportunità di un intervento del tribunale per i minorenni che successivamente allontanano le figlie da un nucleo familiare" (1240); a ciò si aggiunga, a sostegno di quanto prima si accennava, che "non raramente bambini e ragazzi accettano senza oggettive sofferenze situazioni che, pur apparendo in contrasto col modello teorico della 'buona famiglia', sono relativamente diffuse in certi ambienti sociali o di etnia" (1319).

⁵⁸ Analogo discorso vale per alcune pratiche religiose, quale quella dell'uso del velo.

⁵⁹ Per tutti, v. C. SALAZAR, *Variazioni sul tema*, cit., 593.

⁶⁰ Su questi casi, v., tra i tanti, C. CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani e identità culturale*, in *Minori giust.*, 3/1999, 140 ss.; M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multi-culturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in "dimensione domestica"*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2000, 22 s.; A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. mer.*, 3/2001, 867; L. MIAZZI, *Immigrazione, regolari familiari e criteri di giudizio*, in *Quest. giust.*, 4/2005, 771; F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit., 682; G. ZANETTI, *Argomenti normativi in tema di escissione*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi-B. Pastore-A. Pugiotta, Milano 2008, 240 s. In merito alla pronuncia del Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, v. pure A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei conflitti culturali*, in *Studium iuris*, 2002, 875 s.

Degna di rilievo, più di recente, appare la sent. della Corte d'Appello di Venezia del 23 novembre 2012 (ud.), dep. il 21 febbraio 2013⁶¹, che, ribaltando una precedente decisione del Tribunale di Verona (del 14 aprile 2010), ha assolto gli imputati (nei confronti di una delle due minori il reato era stato tentato, nei riguardi dell'altra consumato), facendo leva sulla mancanza del dolo specifico richiesto dall'art. 583-*bis*, II comma, c.p., a differenza del dolo generico previsto dal I comma dello stesso art.⁶².

Questa pronuncia induce a fare due riflessioni. In primo luogo, stando alle indicazioni del giudice d'Appello, sembra che la fattispecie di reato in parola possa difficilmente concretizzarsi, in quanto occorrerebbe dimostrare che l'autore del reato si sia prefisso l'obiettivo di compromettere la sessualità delle giovani donne, stante la difficoltà di provare il dolo specifico sulla base delle risultanze oggettive del fatto, apparendo invero alquanto arduo da immaginare che i genitori riconoscano di aver sottoposto le figlie alla mutilazione con tale fine criminoso. Così ragionando, è raro che la pena accessoria possa applicarsi, per la semplice ragione che anche quella principale, che verrebbe comminata a seguito delle lesioni di cui poco sopra, potrebbe rimanere solo sulla carta. Per questo verso, quindi, pare emergere la sostanziale inutilità del IV comma, cit., con specifico riguardo a quanto disposto dal II comma dell'art. 583 *bis*.

Una volta accertata la mancanza di dolo specifico in capo ai genitori (o anche ad uno solo di essi), non si vede per quale ragione essi possano essere considerati inadeguati all'esercizio della potestà genitoriale, circostanza comunque richiesta per la pronuncia della decadenza. Se ne ha che la disposizione di cui al IV comma, cit., appare suscettibile di essere effettiva solo in parte⁶³, la pena accessoria della decadenza prevista dal IV comma rimanendo, a conti fatti, confinata prevalentemente (o, forse, esclusivamente) alla fattispecie del I comma. Al tirar delle somme, riferita alla fattispecie di cui al II comma dell'art. 583-*bis*, la previsione della decadenza appare viziata d'irragionevolezza, conservando invece significato con riferimento alla fattispecie di cui al I comma.

Prima di concludere sul punto, ed a prescindere dalle ricordate posizioni della giurisprudenza (costituzionale, ordinaria o europea), occorre fare due ultime osservazioni che paiono ulteriormente rinforzare il dubbio circa la conformità a Costituzione (specie in riferimento all'art. 30) della previsione penalistica in parola.

Innanzitutto, occorre chiedersi in cosa consista e come si inveri la finalità rieducativa della pena accessoria in discorso. È lecito forse ritenere che il genitore che si sia reso responsabile di una mutilazione su una figlia, perdendo la potestà su quest'ultima, possa convincersi a non sottoporre un'altra a tale pratica? Questa interpretazione parrebbe essere l'unica accettabile, visto che ovviamente la rieducazione non potrebbe consistere nello spingere il genitore a non mutilare più, in seguito, colei che lo sia già stata; tuttavia, è arduo poter dimostrare la finalità rieducativa della pena in parola⁶⁴. Ma anche su un altro aspetto sembra di dover indugiare e cioè che, nel caso in esame, non si tratterebbe di una vera "rieducazione", quanto di un'"educazione" ai valori che stanno alla base della nostra cultura e quindi del nostro ordinamento, essendo quel genitore portatore dell'educazione proprio della cultura alla quale appartiene (in altri termini, egli è assolutamente "educato", ma secondo modelli non compatibili con i nostri). Quali debbano essere gli argini entro cui è possibile educare un soggetto ai valori dell'etica pubblica repubblicana, scongiurando i

⁶¹ Sulla decisione in discorso, cfr. F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*, cit.

⁶² Il giudice faceva infatti leva sull'assenza dell'intenzione di volere "menomare le funzioni sessuali" della bimba.

⁶³ Cfr., sul punto, quanto da ultimo rilevano G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo primo, *I delitti contro la persona*⁴, Bologna 2013, 80.

⁶⁴ Sul profilo della "finalizzazione rieducativa", che sarebbe in "perenne tensione" con la "fissità che connota l'applicazione della pena accessoria", pure se in riferimento al reato di alterazione di stato, v. [Corte cost. n. 31 del 2012](#), p. 4 del *cons. in dir.* (accenna alla questione anche S. LARIZZA, *Alterazione di stato*, cit., 599).

“fantasmi” di un’“educazione di Stato” e la deriva dell’affermazione della forma di Stato etico, è una questione che andrebbe adeguatamente approfondita e sulla quale non ci si può in questa sede soffermare.

Inoltre, la decadenza della potestà genitoriale, come pena accessoria, si fonda – come detto – sull’interesse del minore, volendo perseguire l’obiettivo di evitare che quest’ultimo possa subire ulteriori pregiudizi dal reiterarsi⁶⁵, da parte del proprio ascendente, di quei comportamenti che hanno condotto alla condanna principale; in un caso come quello ora in esame, si è dimostrato che l’intervento mutilatorio, per quanto avente alla base una certa considerazione della donna contraria ai valori tipici della cultura occidentale, non è sorretto dall’intento di volere danneggiare la figlia (anzi, tutt’altro, nella visuale di queste popolazioni) e pertanto non denuncia una mancanza di amore nei confronti della stessa. In aggiunta a quanto detto, è necessario rilevare che una volta compiuta la mutilazione, la minore non rischia certamente di essere ulteriormente sottoposta ad un intervento di questo tipo (come dire, non può essere mutilata due volte...)⁶⁶. Quest’ultima considerazione, per quanto possa apparire banale, non sembra di poco conto, in quanto il fine della decadenza è (anche) quello di prevenzione⁶⁷; ora, in questa circostanza non si vede quale ulteriore danno sulla minore si possa così evitare⁶⁸.

5. Riflessioni conclusive

Sembra adesso giunto il momento di fare qualche osservazione conclusiva, a corollario di quanto fin qui detto.

Come più volte si è ribadito, è pacifico che la risoluzione delle questioni concernenti la figura del minore ruoti intorno alla salvaguardia dell’interesse di quest’ultimo, quale primario obiettivo al quale si deve tendere; tuttavia, il concetto di “preminente (o migliore) interesse” del minore, che costituisce criterio-guida che deve muovere il giudice nel dirimere le vicende processuali che interessino appunto i minori, sconta un grado di indeterminatezza tale da non consentire di individuarne agevolmente gli esatti contorni⁶⁹; al riguardo, infatti, occorre constatare che un

⁶⁵ Tra gli altri, cfr. A. BUCCIANTE, (voce) *Potestà*, cit., 791, il quale rileva che il pregiudizio che deve essere preso in considerazione non deve essere quello attuale ma quello futuro, anche derivante “dalla reiterazione di altri atti del genere”, eventualità che non potrebbe verificarsi nel caso in esame.

⁶⁶ M. CERATO, *La potestà dei genitori*, cit., 163, osserva (pur senza aderire “pienamente” a questo orientamento) che all’interno della dottrina non manca chi ritiene che il pregiudizio, elemento essenziale perché sia pronunciata la decadenza, debba consistere anche nella “previsione del suo successivo ripetersi”, eventualità ovviamente non immaginabile nel caso in questione. Occorre fare notare che la componente (e, quindi, la finalità) “preventiva” sembra ineliminabile nell’operato del giudice; infatti, così come la reintegrazione – come detto – richiede a quest’ultimo una valutazione circa la probabilità (o meno) che quel pregiudizio per il minore possa ripetersi, anche l’originario provvedimento di decadenza non può non avere alla base una ragionevole considerazione del futuro, oltre che una presa d’atto dell’attualità del danno.

⁶⁷ Al riguardo, la dottrina è concorde (tra i molti altri, v. V. SANTARSIERE, *Paralisi educativa*, cit., 2666).

⁶⁸ V. *contra* G. GRAZIOSO, *Affidamento e tutela del minore e fattore religioso*, in *Dir. fam. e pers.*, 4/2010, 1801, il quale, pur non discorrendo della norma introdotta a seguito della Convenzione di Lanzarote, ma affrontando la questione in generale, ritiene che “nel caso in cui i genitori per motivi religiosi volessero sottoporre una figlia minore a tale pratica, sarebbero senz’altro passibili di un provvedimento di decadenza della potestà genitoriale, potenzialmente tale da preludere ad un affidamento temporaneo o preadottivo ad un’altra famiglia”. Al riguardo, però, si permette di fare notare come sia largamente condiviso che le mutilazioni genitali femminili non abbiano una matrice religiosa, ma tribale (tra gli altri, v., al riguardo, F. CAGGIA, *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili*, in www.forumcostituzionale.it; E. CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Quest. giust.*, 4/2005, 750; A. FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale*, cit., 8; D. BRUNELLI-S. SARTARELLI, *Tutela della religione e tutela del corpo: rapporti penalistici*, e M.C. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti, I, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano 2011, rispettivamente 237 e 665).

⁶⁹ D. AMRAM, *Corte di Cassazione e giurisprudenza di merito*, cit., 1115.

ineliminabile spazio di discrezionalità viene lasciato all'operatore del diritto che, avvalendosi della sua valutazione, dovrà, di volta in volta, riempire di contenuti il concetto in parola, alla luce di una serie di circostanze, fattori e condizioni che necessariamente incidono sull'apprezzamento dello stesso operatore. Per semplificare, è come se il giudice fosse un navigante che ha a disposizione una bussola, ma non ha chiara la meta da raggiungere; il perseguimento del migliore interesse del minore implica, infatti, che preliminarmente si comprenda in cosa quest'ultimo consista e dove quest'ultimo riposi. Pertanto, piaccia o no, da quanto appena detto si evince con chiarezza il fondamentale ruolo che svolgono i giudici (nazionali e non), ai quali è affidato l'arduo compito di fare vivere nell'esperienza le vaghe formule volte alla tutela del minore, formule che senza il contributo del giudice rischierebbero di rimanere del tutto evanescenti⁷⁰. Ecco, allora, che sembra prezioso il suggerimento di "maneggiare con cautela" il principio in parola, i giudici dovendo assicurare che "i pubblici poteri operino in modo tale che il minore possa sempre stare il meglio possibile"; quanto appena detto però non può essere perseguito se non facendo ricorso ad una analisi di ogni singolo caso e che badi attentamente alle "concrete situazioni di fatto"⁷¹.

Non a caso, nelle vicende surriportate, la Corte ha fatto uso di una tecnica ad essa assai familiare, ossa quella del "bilanciamento in concreto"⁷²; questa sembra per la Consulta la via migliore per giungere a soluzioni miti, equilibrate e ragionevoli, presupponendosi la presenza di uno "spazio valutativo" che venga riconosciuto al giudice per tutelare "il bene giuridico della famiglia e dei suoi componenti: un bene che, per la sua particolare natura, mal si concilia con rigide previsioni normative"⁷³.

Quanto appena detto appare particolarmente meritevole di attenzione nel caso che qui ci occupa; ed infatti una sanzione così pesante, come la decadenza della potestà genitoriale, sembra meriti, in generale, una particolare attenzione e richieda una scrupolosa valutazione da parte del giudice, non foss'altro perché non può che essere quest'ultimo a valutare la presenza (o meno) del pregiudizio che giustifica il provvedimento in parola⁷⁴. Non si dimentichi, peraltro, che l'art. 30 Cost. tende a centellinare l'intervento statale nella regolamentazione delle dinamiche familiari, limitando quest'ultima solo ai "casi di manifesta 'incapacità genitoriale'⁷⁵; a questo punto occorre chiedersi se la fattispecie adesso in esame possa ritenersi tale e possa essere omologata ai casi di maltrattamenti e a quelli che la Convenzione di Lanzarote specificamente tratta.

A parte il "diritto del minore a crescere e ad essere educato nell'ambito della propria famiglia d'origine"⁷⁶, non si trascuri, inoltre, che "il fondamento dell'istituto della potestà genitoriale" sta nell'"obbligo dei genitori di assicurare ai figli un completo percorso educativo, garantendo loro il benessere, la salute e la crescita anche spirituali"⁷⁷; di conseguenza, sembra potersi dedurre che solo quando un genitore non sia in grado di assicurare alla prole quanto appena detto si giustifichi la decadenza della potestà. Sembra allora opportuno interrogarsi, sgombri da preconcetti e pregiudizi nei confronti di coloro che sono portatori di una cultura diversa da quella largamente dominante nel nostro Paese, se la decisione di compiere l'intervento mutilatorio possa fornire indizi sufficienti a

⁷⁰ Sul ruolo del giudice nell'apprezzamento dell'interesse del minore, tra i molti altri, v. G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore*, cit., 1606 s., e sulla necessità di un'indagine articolata che il giudice è chiamato a compiere, v. L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore*, cit., 1598 ss.

⁷¹ E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi*, cit., § 6. Significativamente, l'A. ritiene più opportuno parlare di "massimo benessere possibile del minore nel caso concreto" (c.vo testuale).

⁷² In argomento, per tutti, v. A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit.

⁷³ M.A. FEDERICI, *Alterazione di stato*, cit., 1875.

⁷⁴ A.C. PELOSI, *sub Art. 330*, cit., 404.

⁷⁵ D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna*, cit., 451.

⁷⁶ L. FERLA, *Status filiationis*, cit., 1589.

⁷⁷ L. FERLA, *Status filiationis*, cit., 1590.

far ritenere che un percorso educativo, unito a benessere, salute e crescita anche spirituale, non possa essere comunque garantito.

Come è stato osservato, la decadenza implica una “estromissione del genitore decaduto dallo svolgimento, in concreto, della vita dei figli”, con “conseguenze inevitabili sulla percezione dei figli stessi riguardo alla presenza ‘complessiva’ del genitore presso di loro”; non si trascuri, inoltre, che la decadenza può provocare un calo dell’autorevolezza (nei confronti della prole) del genitore colpito dal provvedimento a vantaggio dell’altro, circostanza che potrebbe essere conforme all’interesse del minore solo a condizione che non incida sull’equilibrio psico-fisico dello stesso⁷⁸.

Ora, nel caso in esame, se da un lato non è possibile per i genitori invocare l’art. 30 Cost. quale fonte di un generico diritto di educazione dei figli secondo i valori che stanno alla base della cultura di appartenenza (e che, paradossalmente, rischierebbe di offrire copertura costituzionale a pratiche apertamente in conflitto con i principi della Carta), dall’altro lato la pena della decadenza non è detto che sia conforme all’interesse del minore, specie se si considera che generalmente si tratta di bimbe in tenera età⁷⁹; peraltro, si consideri che lo stesso interesse del minore, per quanto preminente, “non è mai assoluto, incompressibile”, dovendosi relazionare con gli “altri eventuali diritti ed interessi fondamentali non meno rilevanti” che danno la possibilità, purché siano adeguatamente presi in esame, al primo di essere davvero tutelato⁸⁰.

Non è mancato, infine, chi ha messo in rilievo che la sanzione “anelastica” della decadenza della potestà genitoriale si ponga in aperto contrasto con gli artt. 3 e 27 della Carta costituzionale⁸¹; tutti gli aspetti ora evidenziati si ritiene debbano essere presi in idonea considerazione nella complessiva valutazione della legittimità costituzionale dell’art. 583-*bis* c.p.

In ogni caso, quanto detto convince ancora di più della necessità di operare una valutazione “in concreto” della proporzione della pena in parola rispetto all’interesse del minore. A titolo esemplificativo, si può ricordare che nel 2010 la Suprema Corte – seppure a proposito di accertamento della paternità – ha avuto modo di affermare che “la contrarietà all’interesse del minore può sussistere solo in caso di *concreto* accertamento di una condotta del preteso padre tale da giustificare una dichiarazione di decadenza della potestà genitoriale, ovvero di prova dell’esistenza di gravi rischi per l’equilibrio affettivo e psicologico del minore e per la sua collocazione sociale”⁸²; di questo passaggio sembra opportuno sottolineare due profili: quello della “concretezza” della valutazione che deve compiere il giudice e quello del rischio della “collocazione sociale” che è proprio ciò che il genitore, che si rende responsabile dell’intervento sulla figlia, mira invece a salvaguardare nella prospettiva – come si è detto, tutt’altro che remota – di un rientro in patria di quest’ultima.

La posizione espressa dalla Corte EDU nel caso che qui è stato richiamato sembra rafforzare ulteriormente quanto si sta dicendo; infatti, se l’automatismo viene considerato contrario alla

⁷⁸ Cfr., sul punto, U. ZINGALES, *Corte Costituzionale*, cit., 4 del *paper* (anche per i riferimenti testuali); l’A., richiamando Trib. Min. Perugia 29.12.1998 e Trib. Min. Roma 30.6.1992, aggiunge che “sussistono in particolare le condizioni previste per una tale declaratoria qualora vengano comprovati l’incapacità di un genitore di stabilire una valida relazione affettiva con i figli e/o il pregiudizio che a quest’ultimi deriva dai comportamenti del padre” (5).

⁷⁹ C. SALAZAR, *Variazioni sul tema*, cit., 611; secondo l’A., infatti, “non può escludersi *a priori* che il mutamento della potestà e la permanenza nella famiglia di origine possano essere considerati come la soluzione idonea a realizzare al meglio tale valore”, quello appunto dell’interesse del minore.

⁸⁰ In tal senso si esprime R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8*, cit., § 3.

⁸¹ M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte*, cit., 178.

⁸² Cass. civ., sez. I, ud. 19/04/2010-dep. 19/04/2010, n. 9300 (c.vo aggiunto). La sentenza continua affermando che “tali rischi devono risultare da fatti obiettivi, emergenti dalla pregressa condotta di vita del preteso padre”; quanto detto sembra confermare ulteriormente che l’automatismo della pena cozza con l’obiettività dei fatti che vanno appurati. Nello stesso senso della decisione ora richiamata, v. Cass. civ., sez. I, ud. 25/1/1994-dep. 28/06/1994, n. 6216; Cass. civ., sez. I, ud. 10/1/1995-dep. 24/05/1995, n. 5663; Cass. civ., sez. I, ud. 7/7/1995-dep. 23/02/1996, n. 1444; Cass. civ., sez. I, ud. 5/3/1997-dep. 22/10/1997, n. 10384; Cass. civ., sez. I, ud. 20/6/2002-dep. 26/07/2002, n. 11041; Cass. civ., sez. I, ud. 06/06/2005-dep. 16/07/2005, n. 15101.

Convenzione in una fattispecie di maltrattamenti, si ha motivo di ritenere che esso sia altrettanto contrario alla CEDU nell'ipotesi di mutilazioni genitali. Nella vicenda esaminata il giudice di Strasburgo obiettava il carattere perpetuo della sanzione (eventualità che nel nostro ordinamento non si avrebbe)⁸³. A ciò si aggiunga che l'applicazione del principio della proporzione e/o della necessità delle pene, che è uno dei criteri che servono a vagliare la conformità (o meno) di queste ultime alla Convenzione europea, richiede "un esame approfondito, capillare delle varie circostanze del caso concreto dedotto in giudizio"⁸⁴; se si condivide quanto appena detto, si ha ulteriore conferma della necessità che l'applicazione automatica di pene debba cedere il passo a valutazioni mirate e attente delle fattispecie che, di volta in volta, sono sottoposte all'attenzione dei giudici, se non si vuole incorrere nella violazione non solo della Carta costituzionale, ma anche della CEDU.

Alla luce di quanto detto, sembra davvero necessaria "una rifondazione del sistema delle pene accessorie improntato a una loro migliore aderenza alle peculiarità del caso concreto"⁸⁵, percorso che sembra essersi avviato dopo il riconoscimento operato dalla Consulta (nel caso considerato) a favore dei giudici comuni di applicare o meno il provvedimento di decadenza della potestà genitoriale⁸⁶.

Nello specifico, poi, si concorda con chi si interroga "sulla coerenza e sull'utilità effettive della configurazione della perdita della potestà genitoriale quale 'pena accessoria'"; essa, infatti, dal punto di vista del genitore destinatario della condanna principale "appare stigmatizzante e discutibile sul piano specialpreventivo", nella prospettiva del minore sembra invece "uno strumento invasivo [...] oltre che inflessibile"⁸⁷.

In conclusione, non meno degna di attenzione è la necessità di adottare un approccio interculturale e non multiculturale; se questa si ritiene essere la prospettiva in grado di garantire una vera integrazione tra culture diverse (e non la mera, pacifica convivenza tra le stesse), non si può trascurare il fatto che perseguendo la via repressiva, come quella che emerge dall'art. 583-bis c.p., si rischi di causare separazione e isolamento di coloro che sono portatori di valori diversi rispetto a quelli largamente condivisi all'interno di uno Stato (oltre al rischio della clandestinità di tali interventi, di cui si è detto). La prospettiva interculturale non potrebbe certamente acconsentire a pratiche contrarie ai principi fondamentali (e ai valori ispiratori) della Carta costituzionale; tuttavia, sembra maggiormente in grado di favorire percorsi di dialogo e di confronto tra culture, in uno scambio di vedute che potrebbe (*rectius*, dovrebbe) rivelarsi virtuoso.

Se, per una volta, aggrapparsi al meta-valore della dignità⁸⁸ non pare una strada percorribile, avendosi della dignità concezioni profondamente diverse tra le varie culture e spesso anche all'interno di una stessa cultura, occorre trovare un altro punto di incontro, intorno al quale avviare tali percorsi di integrazione; è forse quello dell'integrità psico-fisica il campo sul quale avviare costruttive dinamiche di confronto, costituendo l'integrità stessa la necessaria premessa per la tutela

⁸³ Si badi, inoltre, che ad avviso del giudice Scicluna, come si evince nella sua *concurring opinion*, il carattere della perpetuità comunque non rileverebbe, alla donna – nel caso in esame – essendo garantita la possibilità di mantenere contatti con i figli (per tale ragione, l'art. 8 non verrebbe violato); in chiave critica, v. al riguardo quanto afferma L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 17.

⁸⁴ G. DE VERO, *op. cit.*, 6. l'A rileva che, "specie quando è in gioco l'osservanza dei canoni di *proporzione e/o necessità*, risulta decisiva addirittura l'entità delle operazioni di commisurazione giudiziale della pena" (c.vo testuale); non a caso, l'A. discorre di "giustizia del caso concreto" ed osserva che è tipico "connotato della tutela apprestata dalla Corte europea ai diritti fondamentali [...] la valorizzazione piena sia di ogni circostanza del caso concreto [...] sia di ogni aspetto [...] della restrizione subita dal ricorrente" (35).

⁸⁵ S. LARIZZA, *Alterazione di stato*, cit., 602.

⁸⁶ Cfr. quanto rileva S. LARIZZA, *Alterazione di stato*, cit., 602.

⁸⁷ L. FERLA, *Status filiationis*, cit., 1602.

⁸⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

del “bene-vita” e quindi il presupposto irrinunciabile per l’esercizio di qualunque diritto fondamentale.