

Trattato di diritto penale. Parte speciale

diretto da SERGIO MOCCIA

X
DELITTI CONTRO
LA FAMIGLIA

a cura di

STEFANO PREZIOSI



Edizioni Scientifiche Italiane

Si ringrazia la Dott.ssa Maria Di Marco per la puntuale revisione della bozza e il controllo redazionale

PREZIOSI, Stefano (a cura di)
Delitti contro la famiglia
Collana: Trattato di diritto penale, X
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011
pp. 776; 24 cm
ISBN 978-88-495-2032-3

© 2011 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini, 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservate per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'impegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

CAPITOLO V

CRISTIANO CUPELLI

Sottrazione consensuale di minorenni e sottrazione di persone incapaci

SOMMARIO: 1. Premessa. - 1.1. Cenni storici. - 2. *Ratio* dell'incriminazione e bene giuridico. - 3. Fattispecie oggettiva. - 3.1. Soggetto attivo e soggetto passivo. - 3.2. Condotta. - 3.3. Momento consumativo. - 4. Fattispecie soggettiva. - 4.1. L'errore sull'età del minore. - 4.2. L'errore sul consenso. Cenni in tema di errore sugli elementi specializzanti il titolo di reato. - 5. Prescrizione del reato. - 6. Circostanze. - 7. Concorso di persone. - 7.1. L'eventuale punibilità del minore. - 8. Concorso di reati e di norme. - 9. Sanzioni. - 10. Questioni di legittimità costituzionale. - 11. Prospettive *de lege ferenda*.

1. - Gli artt. 573 e 574 c.p., posti a chiusura del titolo XI e del capo relativo all'assistenza familiare, puniscono i delitti di sottrazione consensuale di minorenni e di sottrazione di persone incapaci. A fronte di una condotta materiale identica, imperniata sulla sottrazione del minore a colui che esercita la potestà genitoriale (o al tutore o al curatore o a chi ne abbia la vigilanza o la custodia) o della ritenzione del minore contro la volontà degli stessi soggetti, l'unico elemento realmente discriminante tra le due fattispecie è rappresentato dal consenso liberamente prestato dal minore alla sottrazione o alla ritenzione di cui all'art. 573 c.p.; pertanto, la quasi assoluta coincidenza delle due ipotesi criminose nella descrizione del fatto tipico - al di là della presenza/assenza di un consenso dei soggetti menzionati - e quindi la sostanziale identità strutturale, suggerisce l'opportunità di un commento unitario, avendo altresì cura di segnalarne gli aspetti distintivi ed i momenti differenziali.

1.1. - Storicamente, l'origine di tali fattispecie è ricondotta a remote figure di c.d. «ratto improprio», annoverabili tra i *crimina in parentes*, in cui «l'offesa prevalente è sicuramente quella che si consuma ai danni del *pater familias* o di chi è ad esso equiparato»¹.

¹ LARIZZA, voce *Sottrazione di minore o di incapace*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino 1997, p. 522.

Come si è avuto modo di accennare, gli artt. 573 e 574 c.p. sono ricompresi all'interno del capo relativo ai delitti contro l'assistenza familiare. Questa collocazione rappresenta una significativa innovazione sistematica rispetto al codice Zanardelli, nel quale la sottrazione (consensuale e non) dei minorenni era inserita tra i delitti contro la libertà individuale, e precisamente all'art. 148, a tenore del quale era punito con la reclusione sino ad un anno «*chiunque, per fine diverso da quello di libidine, di matrimonio o di lucro, sottrae una persona in età minore dei quindici anni, col consenso di essa, ai genitori o tutori, o a chi ne abbia la cura o la custodia, anche temporanea, ovvero col consenso di essa indebitamente la ritiene*» (primo comma), anche nel caso in cui il fatto fosse commesso «*senza il consenso della persona sottratta o ritenuta*» ovvero «*se la medesima non abbia compiuto gli anni dodici*» (secondo comma)².

Il discorso relativo all'evoluzione storica delle due fattispecie è intimamente connesso ad una analisi diacronica del bene giuridico tutelato, che ne consente di cogliere il diverso atteggiarsi al mutare del clima storico e sociale di riferimento³ e ad essa quindi va collegato.

2. – Nella lettura originaria della dottrina, il punto di riferimento della tutela penale era rappresentato dal bene di categoria, e cioè la famiglia intesa come *istituzione*. In particolare, si riteneva che l'oggetto specifico della tutela fosse proprio «l'interesse dello Stato di salvaguardare la famiglia»⁴. Come è evidente, l'obiettivo dichiarato del legislatore del 1930 era quello di impedire 'interferenze illecite' nella coesione del nucleo familiare, in una lettura *patriarcale* e *chiusa* della famiglia. Coerentemente, era sconosciuto qualsivoglia margine di rilevanza per gli interessi *propri* del minore.

Il passo successivo è rappresentato dalla circoscrizione della tutela a quel «complesso dei diritti, degli oneri e dei doveri che comporta l'esercizio della potestà del genitore o del tutore»⁵. A

² Sul punto, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in A. CADOPPI (a cura di), *I reati contro la famiglia*, Torino 2006, p. 428 ss.

³ Per una dettagliata ricostruzione della genesi storica delle due fattispecie, a partire dal diritto romano giustiniano, si veda, per tutti, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 424 ss.

⁴ Così, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, Torino 1984, p. 945; in seguito, PECORELLA, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, p. 790 ss.

⁵ DALIA, voce *Sottrazione di minori o di incapaci*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano 1990, p. 190; in questo senso, cfr. altresì FIERRO CENDERELLI, *Profili*

venire in rilievo è l'interesse dei genitori a «mantenere il controllo, anche nell'aspetto fisico-spaziale, dei figli, attribuendo rilevanza penale a tutti quei comportamenti (...) consapevolmente volti a sottrarre il minore (o l'incapace) alla sfera di vigilanza e controllo di chi esercita la potestà parentale»⁶.

Una più moderna interpretazione si fonda sulla *strumentalità* del bene originario, che non scompare ma viene letto in chiave 'evolutiva', nell'ottica di una tutela che evade dalla prigione di una concezione autoreferenziale della 'famiglia in quanto tale' e si libera in una nuova prospettiva, che potremmo definire per l'appunto *strumentale* rispetto al pieno sviluppo del minore; in tal senso, appaiono inevitabili le influenze della nuova e più moderna lettura della potestà genitoriale o tutoria, alla luce anche di una riforma del diritto di famiglia finalmente svincolata da ogni suggestione autoritaria⁷.

In questa prospettiva, dunque, il bene tutelato non è riconducibile alla potestà (genitoriale o tutoria) *in sé*, quanto agli interessi ed alla educazione del minore; detto altrimenti, sarebbe tutelato proprio «l'interesse del minore a ricevere l'istruzione, l'educazione e la guida necessarie per formarsi una propria personalità secondo le sue inclinazioni naturali e le sue aspirazioni»⁸.

penali del nuovo regime dei rapporti familiari, Milano 1984, p. 173; SANTORO, voce *Sottrazione di minori o incapaci*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino 1970, p. 1031; ZAGREBELSKY, *Delitti contro la famiglia*, in BRICOLA-ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. V, Torino 1996, p. 518; in proposito, si legge significativamente già nei *Lavori preparatori al codice penale* (p. 462) che «la ragione del raptus inter parentes debba individuarsi nella lesione di uno degli attributi essenziali della patria potestà o dell'autorità tutoria, quello cioè del diritto di vigilanza o di custodia del figlio minore o del pupillo, il cui esercizio è reso impossibile dal fatto del rapitore».

⁶ DALIA, voce *Sottrazione*, cit., p. 190.

⁷ Indicativi, in tal senso, i riformati artt. 143 c.c. (che riconosce la parità giuridica tra i coniugi) e l'art. 147 c.c., (che impone ad entrambi i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e della aspirazione dei figli); diffusamente, sul punto, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 448 ss., anche per una panoramica del quadro normativo da cui può ricavarsi la figura del minore non già come «oggetto di diritti» quanto piuttosto come «soggetto di diritti, potendo compiere determinati atti a prescindere dalla volontà e spesso contro la volontà dei genitori» (ivi, p. 449).

⁸ In questi termini, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 450 (corsivo originale), riprendendo Pret. Civitanova Marche 21 gennaio 1989, in *Foro it.*, 1989, II, c. 334, con nota di FIANDACA; nello stesso senso, tra gli altri, MIEDICO, sub art. 573 c.p., in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, Milano 2006, p. 3764; BIANCONI, *Sottrazione consensuale di minori*, in CATULLO (a cura di), *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti*

Tuttavia, in dottrina si fa notare come l'enfaticizzazione di tale lettura potrebbe portare a ritenere «non più (...) la famiglia come termine di riferimento per la tutela della comunità familiare e quindi anche del minore, ma in un certo senso l'inverso, (...) come se le due realtà, persona e famiglia, potessero porsi in termini antagonistici, anziché (nel fisiologico, s'intende) armonizzate, anzi inserita la prima nella seconda»⁹. Pertanto, oggetto immediato della tutela permane l'integrità della potestà genitoriale o tutoria, sempre che però questa venga esercitata nell'interesse del minore, perché, «in caso contrario, anche in presenza di una condotta di sottrazione o di ritenzione del minore, il reato non può ritenersi integrato per assenza dell'offesa»¹⁰. La famiglia viene allora ad assumere una valenza 'funzionale' rispetto alla personalità del minore, in una scala di valori in cui riveste un ruolo primario (ancora una volta) la persona, in rapporto alla quale la famiglia (all'uopo tutelata *anche* in sede penale) rappresenta un fondamentale momento di sviluppo e di realizzazione della personalità individuale.

Di recente, nella medesima direzione e sulla scorta di una pronuncia della giurisprudenza di merito¹¹, ci si è spinti sino al punto di ravvisare addirittura due distinti beni giuridici tutelati, seppure strettamente connessi tra loro: «il primo, rappresentato dalla corretta crescita morale ed intellettuale del minore libera da ingerenze esterne negative, da intendersi quale diritto all'autodeterminazione che trova espressione sin a livello costituzionale negli artt. 2, 13 Cost.; il secondo, strumentale rispetto al primo, è quella stessa *potestas* in

giurisprudenziali, Milano 2006, p. 508 ss.; RAINONE, *Sottrazione di persone incapaci*, ivi, p. 538 ss.; ROIATI, sub *Artt. 573 - 574 c.p.*, in ZACCARIA (a cura), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova 2008, p. 2314 ss.; LARIZZA, voce *Sottrazione*, cit., p. 522; DELOGU, *Commentario al diritto italiano della famiglia. Diritto penale*, vol. VII, Padova 1995, p. 704 ss.; MANNA, voce *Sottrazione di minorenni e persone incapaci*, in *Enc. giur.*, Roma 1993, p. 2; GIARDINA, *Sottrazione alla potestà e diritti del minore*, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 4510; FIORELLA, *Aspetti problematici del reato di sottrazione consensuale di minorenni*, in *Cass. pen.*, 1977, p. 620. Da ultimo, e nella medesima prospettiva, con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 574 bis c.p. (*Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*), introdotte con l'art. 3, comma 29, lett. b) della l. 15 luglio 2009, n. 94, esaurientemente SCOLETTA, *Nuovo delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, in *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, CORBETTA-DELLA BELLA-GATTA (a cura di), Milano 2009, p. 85 ss.

⁹ SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 399.

¹⁰ L. MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 451.

¹¹ Trib. Rovereto 19 maggio 1999, Boschi e Moku, in *Ind. pen.*, 2000, p. 913 ss.

capo ai genitori (...), che non è un potere di supremazia ma un semplice mezzo di tutela e preservazione della libertà morale del minore. In altri termini, oggetto di tutela immediato non è più la volontà dei genitori quanto il potere autodeterminativo del minore cui la potestà genitoriale è strumentalmente subordinata»¹². La conseguenza, allora, sarebbe che la violazione di tale *potestas*, rileverebbe solo se e quando «venisse posto in essere un comportamento a detrimento della capacità di determinarsi *ex se* da parte del minore»¹³.

A ben vedere, la tesi riportata – al di là del riferimento ad una pluralità di beni giuridici – finisce per tradursi sostanzialmente nella già menzionata interpretazione evolutiva del concetto di autorità genitoriale, improntata cioè ai canoni di una rinnovata (e costituzionalmente orientata) concezione della famiglia. Anche perché, diversamente opinando (e cioè enfatizzando la presenza di due distinti beni giuridici), si incorrerebbe in una censurabile sovrapposizione di piani, identificando il bene oggetto di protezione e quella che in realtà rappresenta solo la *ratio legis* sottesa all'incriminazione¹⁴.

Ed allora, a mò di conclusione provvisoria sul punto, può dirsi che – senza ricorrere alle forzature interpretative (ed ai rischi connessi sul piano applicativo) della plurioffensività – emerge come filo comune a tutti i delitti contro la famiglia una evoluzione del bene originario tutelato come *strumentale*, attraverso una lettura evolutiva che lo conserva, 'funzionalizzandolo' alle nuove istanze sociali e culturali¹⁵.

¹² BRANCACCIO, *In tema di sottrazione di minori*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 921.

¹³ BRANCACCIO, *In tema*, cit., p. 922. In giurisprudenza, con riferimento all'art. 574 c.p., si è ritenuto che configuri «un reato contro la famiglia, plurioffensivo in quanto lede non soltanto il diritto di chi esercita la patria potestà, ma anche quello del figlio a vivere secondo le indicazioni e le determinazioni del genitore stesso. Ed infatti il reato si commette anche disponendo del minore in contrasto con l'autorità di chi esercita la potestà di genitore su di lui e con i connessi poteri di custodia e di vigilanza, conducendolo o trattenendolo in luogo non autorizzato, senza il consenso, espresso o tacito, dei genitori» (Cass. 8 gennaio 2003, Attolino, in *C.E.D. Cass.* n. 225930); ancor più di recente, nello stesso senso, Cass. 12 febbraio 2007, in *Guida dir.*, 20, 2007, p. 93 ss., per la quale «il reato di cui all'art. 574 c.p., che punisce tra l'altro la sottrazione del minore degli anni quattordici al genitore esercente la potestà dei genitori, è plurioffensivo, perché lesivo del diritto di chi esercita la potestà di genitore e del diritto del figlio a vivere secondo le indicazioni e determinazioni del genitore stesso».

¹⁴ Sulla inadeguatezza della utilizzazione della *ratio legis* in termini di oggetto di tutela, cfr., per tutti, MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e reflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 352.

¹⁵ In tal senso può anche essere letta l'estensione dell'ambito applicativo delle fattispecie in esame alle ipotesi di c.d. famiglie di fatto; in giurisprudenza,

Ampliando il discorso, può apparire indicativo, circa l'individuazione del bene giuridico tutelato, considerare per sommi capi l'andamento giurisprudenziale (anche della Corte costituzionale) nel percorso di lento (ma progressivo) adeguamento delle norme in questione al mutare della concezione di famiglia, iniziato ancor prima della riforma del diritto di famiglia del 1975¹⁶.

Con riferimento, *in primis*, alla giurisprudenza costituzionale, può parlarsi di una costante sensibilità verso una visione 'moderna' della famiglia, in uno sforzo di avvicinamento ad una lettura costituzionalmente orientata, precedente alla riforma del 1975.

Come è noto, infatti, sin dal 1964 la Corte ha provato a 'contestualizzare', seppur ancora timidamente, l'esercizio della potestà nell'ambito familiare. In proposito, ha precisato che «per via di una interpretazione più aderente al suo reale contenuto, è da ritenere che la sottrazione del minore importi una offesa che non va circoscritta *alla sola posizione dell'esercente la patria potestà, ma che investe tutta la famiglia, nella intera consistenza dei suoi interessi sociali, morali e affettivi*»¹⁷.

A questa prima apertura, tuttavia, ha fatto seguito un *passo indietro* su posizioni 'formalistiche', ribadendosi solo qualche anno dopo che la fattispecie *de qua* tutela «la patria potestà del genitore (o l'autorità tutoria): la lesione della quale, appunto, si realizza attraverso l'impedimento o l'ostacolo frapposto all'esercizio del connesso potere – dovere di vigilanza e custodia del minore»¹⁸.

Un effettivo punto di svolta nel percorso si è avuto solo nel 1988, con la sentenza 6 ottobre 1988, n. 957¹⁹, nella quale la Corte, pur

significativamente e per tutte, cfr. Cass. 4 luglio 2002, in *Cass. pen.*, p. 1959 ss., secondo la quale, «in mancanza di uno specifico provvedimento giudiziario che affidi i figli in via esclusiva a uno dei genitori, è configurabile il delitto di cui all'art. 574 c.p. da parte di uno dei genitori nei confronti dell'altro, sia nel caso di sussistente matrimonio sia nell'ipotesi di famiglia di fatto».

¹⁶ Una recente e completa panoramica degli orientamenti giurisprudenziali in tema di bene giuridico tutelato in BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 506 ss.

¹⁷ Corte cost. 22 febbraio 1964, n. 9, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 188.

¹⁸ Corte cost. 26 giugno 1975, n. 163, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1433.

¹⁹ Corte cost. 6 ottobre 1988, n. 957, in *Cass. pen.*, 1989, p. 186, con nota di SORRENTINO, *L'interesse minorile e il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, p. 189 ss.; in tale pronuncia è stata ritenuta «inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 573 c.p. (...) sollevata con riferimento agli art. 2, 3, 29 e 30 Cost., qualora il minore manifesti motivata, contraria volontà al mantenimento della querela dopo avere contratto felice matrimonio con il prevenuto del reato *de quo*, poiché solo con l'intervento del legislatore, improntato

‘salvando’ l’art. 573 c.p. da una declaratoria di illegittimità costituzionale (sollevata con riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., nella parte in cui la norma, al fine di limitare il potere di querela da parte del genitore, non terrebbe conto dell’interesse e della volontà del minore che abbia raggiunto sufficiente maturità), in adesione con la posizione del giudice *a quo*, ha enucleato definitivamente, ed *expressis verbis*, l’influenza della riforma del diritto di famiglia sulla portata della fattispecie, con particolare riferimento al cosiddetto ‘aspetto interno’ della potestà dei genitori, a seguito della modifica dell’art. 147 c.c..

In tale pronuncia, si è precisato che «dal più antico concetto di «patria potestà», intesa come espressione di un diritto soggettivo del *pater familias*, la nozione si è andata sempre più spostando verso quella di «potere» in senso stretto: vale a dire di potestà preposta alla tutela di un interesse alieno, che è poi quello del minore. Ciò comporta che, da una parte, si siano accresciuti i limiti al potere discrezionale dei genitori e, dall’altra, che questo si vada progressivamente riducendo in rapporto al progressivo accrescersi dell’autonomia e del peso della volontà minorile»²⁰. Inoltre, dopo aver auspicato (invano, a tutt’oggi, come si vedrà in seguito: cfr. *infra*, § 11) un intervento legislativo di riformulazione della fattispecie, proprio alla luce delle modifiche sul piano civilistico, ha tradotto le riflessioni sull’oggettività giuridica in un invito al giudice rimettente a verificare l’offensività *in concreto* del fatto, «rispetto al bene giuridico potestà parentale funzionalizzata alla tutela degli interessi dei figli minori»²¹. Si legge, infatti, che la nuova dimensione del bene tutelato, *de iure condito*, «può soltanto legittimare il giudice di merito ad adottare, caso per caso, sul piano strettamente interpretativo, soluzioni diverse, a seconda che la potestà parentale, esercitata ormai al limite del raggiungimento della maggiore età, si dimostri

a scelta discrezionale solo ad esso competente, possono operarsi nella norma denunciata quelle modificazioni e riformulazioni atte a conciliare l’intervento della volontà di un terzo (il minore), della quale è giusto tener conto qualora egli sia ormai vicino alla completa maturazione psicofisica, sull’efficacia della querela sporta dai genitori o dal suo legale rappresentante, con l’oggettività giuridica di cui all’art. 573 c.p. cit. (nella specie, il minore era diciassettenne all’epoca dei fatti, e consenziente)».

²⁰ Sulla ricostruzione operata dalla Corte costituzionale nella sentenza in esame circa l’oggettività giuridica dell’art. 573 c.p., v., per tutti, GIARDINA, *Sottrazione alla potestà*, cit., p. 4510; DOGLIOTTI, *L’autonomia dei minori e le incertezze della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 209.

²¹ BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 511.

incompatibile con «le capacità, l'inclinazione naturale e le aspirazioni dei figli», specie in relazione a quanto *a posteriori* fosse rimasto dimostrato dagli accadimenti successivi al raggiungimento della maggiore età». Si precisa poi che «una volta che [...] il contenuto del bene giuridico è diventato pregnante, a seguito della riforma, dell'interesse minorile, il giudice di merito ben potrà valutare, volta per volta, se, in relazione alla capacità che il minore aveva acquisito e alle aspirazioni nutrite (specie se i fatti successivi ne hanno dimostrato il buon fondamento), il fatto commesso fosse o non «offensivo» del bene giuridico tutelato, nell'area del principio di cui all'art. 49, 2° comma, c.p.»²².

Nella successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità, ha finito per assumere un ruolo preminente l'evoluzione del quadro normativo di riferimento; di particolare momento è stata, come è ovvio, la riforma delle norme in materia di reati sessuali, operata con la legge 15 febbraio 1996, n. 66, e volta a

²² In senso critico, circa il richiamo all'art. 49, co. 2, c.p. ed alla prospettata valutazione della concreta offensività della condotta formalmente tipica anche attraverso una serie di circostanze verificatesi solo in un momento successivo rispetto alla commissione del fatto, FIANDACA, cit., c. 333, per il quale «secondo gli stessi sostenitori della concezione realistica, la valutazione *ex post* circa l'avvenuta lesione dell'interesse protetto andrebbe pur sempre compiuta in coincidenza con il momento in cui il fatto tipico giunge a consumazione, per cui sarebbe escluso di far dipendere la applicazione della norma penale da una valutazione «postuma», cioè effettuata in un lasso di tempo successivo a quello della commissione del reato». Peraltro, va osservato che l'invito formulato dalla Corte costituzionale sul punto è stato ripreso e valorizzato dal giudice *a quo*, per il quale «posto che, per effetto dei mutamenti intervenuti nel diritto di famiglia, il bene giuridico protetto dall'art. 573 c.p. non è più semplicemente l'autorità parentale, come rigoroso ed astratto diritto dei genitori, bensì un potere in funzione delle inclinazioni e delle aspirazioni dei figli, da cui ne deriva che non integra il reato di sottrazione di minorenni, per inidoneità a ledere il bene protetto (art. 49, 2° comma, c.p.), il fatto dell'imputato che abbia trattenuto presso di sé, in più occasioni, una ragazza diciassettenne, contro la volontà dei genitori della stessa, essendo stata la potestà dei genitori nel caso di specie esercitata in modo incompatibile con la capacità, l'inclinazione naturale e le aspirazioni della figlia, come è anche dimostrato da avvenimenti successivi al raggiungimento della maggiore età quali i suoi progressi nello studio e il matrimonio contratto con lo stesso autore del fatto» (riprendendo Pret. Civitanova Marche 21 gennaio 1989, cit., c. 341). Significativa sotto tale profilo anche App. Torino, 3 maggio 1994, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3123, per la quale «non sussiste il delitto di sottrazione consensuale di minorenni qualora la madre si allontani definitivamente dalla casa coniugale in compagnia dei figli prossimi al compimento della maggiore età e che esprimano la volontà di seguirla, trattandosi di reato impossibile per mancanza di effettiva lesione del bene giuridico tutelato dall'art. 573 c.p., e cioè dell'esercizio della potestà sui figli minori nell'interesse di questi ultimi».

ricondurre l'interesse tutelato dagli artt. 609 *bis* e segg. alla libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale, riconosciuta anche al minore infraquattordicenne, «posto che gli atti consensuali con i minorenni che abbiano compiuto i quattordici anni divengono di regola privi di rilevanza penale, a meno che non ricorrano determinate circostanze»²³. E la necessaria interrelazione con la sfera di operatività del delitto in esame, con le inevitabili ricadute nello sforzo di *ammodernamento* del bene giuridico tutelato, è stata colta dalla giurisprudenza, oltre che di legittimità anche di merito.

Quanto alla prima, si è significativamente sottolineato che, alla luce della legge n. 66 del 1996 e del correlativo riconoscimento al minore di uno spazio di 'liceità' nello sviluppo della propria personalità anche nei rapporti affettivi e sessuali, «s'impone un'operazione cosmetica della norma *de qua*, quanto meno sotto il profilo ermeneutico», rivalutando e ulteriormente sviluppando i suggerimenti e gli spunti contenuti nella citata sentenza 957 del 1988 della Corte costituzionale, «altrimenti sarebbe davvero inconciliabile il delitto previsto dall'art. 573 c.p. col nuovo apparato normativo». E ciò in quanto, si chiarisce, «la tradizionale lettura giurisprudenziale della citata disposizione, (...) – condizionando il comportamento di un eventuale *partner*, esposto senza ripari al rischio dell'imputazione per il reato in esame – precluderebbe al minore in pratica ogni possibilità di relazione inerente alla sfera sessuale, e dunque il suo diritto stesso ad autodeterminarsi in questo campo». Pertanto, si conclude, «pur identificandosi ancora il bene giuridico protetto dalla norma in esame con la potestà genitoriale o l'autorità tutoria, questa deve essere intesa in senso meno astratto, rigoroso ed autoritario, dovendo tener conto dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli, in conformità con quanto disposto dall'art. 147 c.c.»²⁴.

Infine, nella giurisprudenza di merito, si è giunti allo *stravolgimento* dell'impostazione originaria circa la gerarchia interna dei beni tutelati, sancendo «la subordinazione della potestà genitoriale – pur sempre oggetto immediato della tutela – agli interessi del minore»²⁵.

²³ BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 513; sul punto, da ultimo, A. ROIATI, sub *Artt. 573 - 574 c.p.*, cit., p. 2319.

²⁴ Cass. 29 ottobre 1996, Bianco, in *Cass. pen.*, 1999, p. 171.

²⁵ BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 514.

In sostanza, si è ritenuto che «il bene giuridico protetto dall'art. 573 c.p. è essenzialmente l'interesse del minore a ricevere l'istruzione, l'educazione e la guida necessarie per formarsi una propria personalità secondo le sue inclinazioni naturali e le sue aspirazioni». Ciò non toglie, secondo il giudice, «che oggetto immediato della tutela sia la potestà genitoriale, ma vale a spiegare che tale potestà, in tanto può essere oggetto di tutela penale da illecite interferenze esterne, in quanto sia in concreto esercitata nell'interesse del minore, cui istituzionalmente deve essere subordinata, perché in caso contrario, anche in presenza di una condotta di sottrazione o ritenzione del minore, il reato non può ritenersi integrato per assenza dell'offesa». Tuttavia, si osserva ulteriormente, «quando non si verificano ipotesi di abuso della potestà genitoriale da parte dei genitori, la condotta di sottrazione e ritenzione deve essere punita nonostante il pieno consenso del minore, che non può essere identificato *sic et simpliciter* con l'interesse del minore medesimo, proprio a ragione della sua immaturità»²⁶.

3. – Come accennato in apertura, tanto nell'art. 573 quanto nell'art. 574 c.p. la condotta si presenta sostanzialmente identica nei suoi dati strutturali, differenziandosi per il diverso atteggiarsi (e rilievo giuridico) del consenso del minore o dell'incapace.

3.1. – Soggetto attivo di entrambe le fattispecie può essere chiunque, trattandosi di reato comune. Sono da ritenere superate le questioni che venivano prospettate prima della riforma del diritto di famiglia del 1975; essendo oggi l'esercizio della potestà spettante a tutti e due i genitori, è pacifico che tanto la madre possa sottrarre il figlio minore al padre, quanto costui possa sottrarlo alla madre ovvero ritenerlo, tanto più che coerentemente l'originaria espressione «patria potestà» è stata sostituita con l'attuale «potestà dei genitori» dall'art. 146 della legge 24 novembre 1981, n. 689²⁷.

²⁶ Pret. Rovereto 19 maggio 1999, F.B. e I.M., in *Dir. fam. e pers.*, 2000, I, pp. 221-222.

²⁷ È da considerare quindi poco più che un mero retaggio storico l'assunto che nelle intenzioni del legislatore storico –, considerata quella che era la disciplina allora vigente nell'esercizio della potestà genitoriale – il padre solo potesse essere soggetto passivo del reato, con la conseguenza che questi non avrebbe potuto assumere il ruolo di soggetto attivo; in dottrina, sul punto, per una ricostruzione, v. BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 516 ss.

3.2. – La condotta si sostanzia – in forma alternativa – nella duplice modalità della *sottrazione* e della *ritenzione* rispettivamente:

a) di un minore, tra i quattordici ed i diciotto anni, con il suo consenso, e contro la volontà dei genitori esercenti la potestà o del tutore, nell'art. 573 c.p.;

b) di un minore degli anni quattordici o un infermo di mente²⁸, contro la volontà dei genitori esercenti la potestà o del tutore o del curatore o di chi ne abbia la vigilanza o la custodia, nel primo comma dell'art. 574 c.p.;

c) di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici, senza il suo consenso e con il dissenso dei genitori esercenti la potestà o del tutore, nel secondo comma dell'art. 574 c.p.

Essenziale, ai fini di una distinzione tra le due condotte, è l'accertamento della situazione di fatto preesistente, e cioè se il minore versi già o meno in una situazione di pregressa e legittima disponibilità dell'agente (in ragione di un rapporto lecito di affidamento o di contiguità²⁹).

L'elaborazione dottrinarica ha tradotto il concetto di *ritenzione* nel comportamento di chi, già titolare di un legittimo potere di sorveglianza, trattenga il minore presso di sé e, quindi, lontano dalla sfera di controllo di chi ne esercita la potestà³⁰. Per *sottrazione*, invece, si fa oggi riferimento non solo a tutti quei comportamenti che implicano uno spostamento fisico del minore da un posto ad un altro (c.d. *abductio de loco in locum*)³¹, ma anche a quelli che «non

²⁸ Per un'accurata analisi del dibattito relativo alla nozione di incapace richiamata all'art. 574 c.p., cfr. MONTICELLI, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 505 ss.

²⁹ Cfr. DALIA, voce *Sottrazione*, cit., p. 192.

³⁰ Per tutti, LARIZZA, voce *Sottrazione*, cit., p. 526.

³¹ In giurisprudenza, significativamente, Cass. 30 aprile 1971, Pace, in *Cass. pen.*, 1972, p. 1688; Cass. 12 giugno 1976, Rubino, *ivi*, 1977, p. 618. Si è però puntualizzato che la condotta contraria alla volontà dell'esercente la potestà deve essere incompatibile con l'esercizio di tale potestà e non meramente interferente con essa; con la conseguenza che non potrebbe ritenersi realizzata qualora l'agente si sia limitato a dare ospitalità al minore, in un luogo noto e accessibile al genitore, senza impedire od ostacolare in alcun modo l'esercizio delle facoltà e l'adempimento dei doveri che a costui competono (Cass. 2 maggio 2000, Gavetta, in *Cass. pen.*, 2003, p. 147). Allo stesso modo, nella giurisprudenza di merito, si è affermato che non è ravvisabile il reato *de quo* allorquando uno dei coniugi ponga in essere un comportamento che non abbia come risultato l'allontanamento del minore dal luogo di abitazione inizialmente prescelto dai genitori, né una limitazione del legittimo esercizio della potestà genitoriale spettante all'altro coniuge (App. Roma 13 maggio 1996, Koons, in *Riv. pen.*, 1996, p. 991). La Corte costituzionale,

permettono l'esercizio delle relazioni esistenziali tra il minore e coloro che sono titolari della potestà genitoriale o della tutela»³².

chiamata a pronunciarsi sulla ritenuta illegittimità dell'art. 573 c.p. nella parte in cui punisce la sottrazione a scopo di libidine anche se il minore gode di ampia libertà per motivi di lavoro, di studio, o svago, ha sostanzialmente recepito tale impostazione, ritenendo necessaria la *abductio de loco in locum*, ma nel contempo precisando che, nel caso in cui la sottrazione non possa essere rilevata con criterio meramente spaziale (per il riconoscimento al minore di un ampio margine di movimento, ad esempio per fini di studio o di lavoro), può altresì desumersi l'avvenuta *abductio* dalla mancanza di consenso del genitore rispetto al compimento di certi atti (nella specie, sessuali) da parte del minore, in quanto «*la sfera in cui si esercita la vigilanza paterna – e da cui conseguentemente non è lecito «sottrarre» il minore – non si esaurisce territorialmente negli ambienti in cui si attua una immediata e diretta relazione tra genitore e figlio, ma si estende a ricomprendere tutte quelle situazioni in cui il minore, pur godendo una certa libertà di movimento resta, comunque, soggetto alle direttive del genitore»* (Corte cost. 26 giugno 1975, n. 163, in *Giur cost.*, 1975, p. 1433). Nella giurisprudenza di legittimità si è ulteriormente sottolineato che tale libertà deve intendersi limitata e condizionata dagli scopi leciti in vista dei quali essa è stata appunto concessa, con la conseguenza che non potrà ravvisarsi un tacito consenso dei genitori ad una *abductio de loco in locum* per fini illeciti, essendo questo l'elemento che integra gli estremi obiettivi del reato (Cass. 30 aprile 1971, Pace, cit., p. 1688; Cass. 12 giugno 1976, Rubino, cit., p. 618; Cass. 27 febbraio 1985, Cersosimo, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1108).

³² FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna 2007, p. 344. Peraltro, sempre in dottrina, non si è mancato di rilevare come il profilo materiale del fatto finisca per diluirsi nella finalità perseguita dall'agente che, pur non contemplata dalla fattispecie incriminatrice, connota di disvalore condotte non riconducibili ad una sottrazione intesa come allontanamento dalla sfera di sorveglianza dei genitori. A ben vedere, infatti, non ogni condotta, solo perché attuata contro la volontà del titolare del potere di sorveglianza, può essere equiparata ad una sottrazione, «*in quanto, se non dà luogo all'allontanamento del minore dalla sfera di sorveglianza, determina una mera «disobbedienza» del minore agli ordini o direttive da lui ricevuti. Tale disobbedienza solo inesattamente può essere valutata ai fini del reato: ed anche se si osservasse che essa può pur sempre essere una causa di danno pel minore, ponendola così [...] in relazione con la precisata ratio di tutela della norma di cui all'art. 573, questo non basterebbe, perché tale norma non reprime ogni e qualunque attività dannosa per il minore [...] ma solo il suo allontanamento dalla sfera di sorveglianza del genitore o del tutore»* (così FIORELLA, *Aspetti problematici*, cit., p. 623). Per una nozione restrittiva del concetto di sottrazione, che includa solo quei comportamenti che si concretano in un allontanamento reale ed effettivo del minore dalla sfera di soggezione che i genitori, nell'esercizio della propria funzione di vigilanza e custodia, hanno creato nell'interesse del minore stesso, v. DALIA, voce *Sottrazione*, cit., p. 192. Un completo quadro di sintesi, con riferimento rispettivamente agli artt. 573 e 574 c.p., in BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 521 ss. e RAINONE, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 553 ss., per la quale «*l'elemento materiale dei delitti di cui all'art. 574 c.p. non si identifica necessariamente con l'abductio de loco in locum, bensì in tutti quei comportamenti che portano alla sottrazione del minore all'autorità*

Tuttavia, per una ridefinizione dei confini della punibilità che sia davvero consona alla lettura che si è data circa la sfera di tutela della norma, va in ogni caso chiarito che ciò che rileva è non soltanto che il minore o l'infermo di mente sia distolto da una astratta e potenziale vigilanza dei genitori o del tutore, ma anche che ne vengano pregiudicate o gravemente menomate le aspettative e le pretese, allontanandolo dal contesto familiare o assistenziale³³.

In tale prospettiva, va senza dubbio valorizzato il recente orientamento della giurisprudenza di legittimità che, partendo proprio dal presupposto che il delitto di cui all'art. 574 c.p. lede il diritto del figlio «a vivere nell'*habitat* naturale», ritiene necessario – ai fini dell'integrazione del reato – che il comportamento del soggetto attivo «porti ad una globale sottrazione del minore alla vigilanza dell'altro genitore, così da impedirgli l'esercizio della funzione educativa ed i poteri inerenti all'affidamento (...), rendendogli impossibile l'ufficio che gli è stato conferito dall'ordinamento nell'interesse del minore stesso e della società», e che quindi «l'agente prenda con sé il figlio, contro la volontà dell'altro genitore, per un periodo di tempo rilevante, tanto da impedire all'altro genitore di esplicare la propria potestà e di sottrarre il bambino dal luogo di abituale dimora»³⁴.

Presupposto della condotta, comune alle fattispecie di cui agli artt. 573 e 574 c.p., è il *dissenso di genitori o del tutore o del curatore*.

cui è sottoposto, sì da impedire al genitore, al tutore o al curatore la funzione educativa o, addirittura, da rendergli impossibile quell'ufficio che gli è stato conferito dall'ordinamento nell'interesse del minore».

³³ In questo senso, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 463 ss., con riferimenti alla recente giurisprudenza (soprattutto di merito) conforme sul punto; in particolare, v. Pret. Rovereto 19 maggio 1999, F.B. e I.M., cit., p. 221, secondo cui «l'elemento materiale del reato di cui all'art. 573 c.p. non si identifica necessariamente nell' «*abductio de loco in locum*», ma anche in quei comportamenti che infrangono il rapporto personale, formativo e psicopedagogico, tra il minore ed i suoi genitori, rendendo loro impossibile l'esercizio della dovuta vigilanza sulla condotta di esso minore, e che possono essere posti in essere anche a prescindere dal trasferimento del minore da un luogo ad un altro; ogni accertamento va compiuto, peraltro, in relazione a tutte le circostanze, oggettive e soggettive, di tempo, di modo e di luogo rilevanti nel caso concreto, quali l'età del minore, la maturità da lui raggiunta, il tipo di rapporto personale con i genitori, i concreti atti di esercizio della potestà posti in essere dai genitori e la loro compatibilità con le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni del minore».

³⁴ Cass. 1 ottobre 2008, n. 37321, inedita; ma anche, in precedenza, Cass. 8 aprile 1999, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2654 ss.

Su tale elemento costitutivo può ormai ritenersi superata quella risalente lettura giurisprudenziale secondo la quale il dissenso del genitore esercente la potestà o del tutore poteva anche presumersi in base alle circostanze ed alle modalità del fatto³⁵.

Invero, è oggi acquisito che il dissenso, soprattutto quando non sia espresso, deve formare oggetto di un accertamento 'in concreto', con riferimento ad inequivoci elementi obiettivi, quali – appunto – le particolari condizioni di ambiente, di abitudini, di consuetudini morali in cui il minore vive ed il modo col quale la vigilanza sullo stesso viene esercitata, oltre naturalmente ad eventuali specifici e peculiari comportamenti dei titolari della detta potestà genitoriale, incompatibili con una volontà consenziente³⁶.

Peraltro, si è osservato che, qualora il genitore esercente la patria potestà, per ragioni di lavoro, di studio o di famiglia, abbia concesso al figlio minore una certa libertà di movimento, questa deve ritenersi condizionata e limitata agli scopi per i quali è stata concessa; sicché tale limitata concessione non può consentire di ritenere sussistente una qualsiasi abdicazione al potere-dovere di vigilanza da parte del genitore e quindi di far presumere il tacito consenso di quest'ultimo anche all'*abductio de loco in locum*, che oggettivamente concreta il reato *de quo*³⁷.

La presenza di un *consenso del minore* caratterizza invece la sola ipotesi di cui all'art. 573 c.p., rivestendo un significativo ruolo

³⁵ Cass. 3 marzo 1950, Natali, *Riv. pen.* 1950, II, p. 917; Cass. 7 gennaio 1950, Giumentaro, *Giust. pen.* 1950, II, p. 884; Cass. 17 aprile 1942, Balli, *ivi*, 1942, II, p. 457 e in *Riv. pen.*, 1942, p. 477.

³⁶ In tal senso, per tutti, Cass. 29 ottobre 1996, Bianco, *Cass. pen.* 1999, p. 169, con nota di DE AMICIS, *Spunti problematici in tema di sottrazione consensuale del minore*, *ivi*, p. 173 ss. Nel caso di specie, la Cassazione si è spinta ad un annullamento senza rinvio ritenendo evidente «la contraddittorietà sul punto della motivazione della sentenza impugnata: se le abitudini dei fidanzati, la differenza di età fra essi, la durata della loro relazione sentimentale, l'ambiente nel quale si muovevano ed il tipo di vigilanza in concreto esercitata dai genitori della minore erano tali da indurre a ritenere «secondo l'esperienza dell'uomo medio» che tra i due vi fosse consuetudine di rapporti sessuali, non può logicamente presumersi - sulla base delle medesime circostanze - il dissenso degli esercenti la potestà genitoriale in ordine alla *abductio de loco in locum* della minore stessa da parte dell'imputato, anche in considerazione dei limiti ormai posti alla detta potestà dalla riconosciuta maggiore autonomia e libertà di autodeterminarsi del figlio minore, quale espressione dei diritti inviolabili della persona».

³⁷ Così, in giurisprudenza, Cass. 27 febbraio 1985, Cersosimo, *cit.*, p. 1108; Cass. 30 aprile 1971, Pace, *cit.*, p. 1688; Cass. 6 novembre 1969, Lorrai, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1970, p. 1679.

discriminante rispetto all'art. 574 c.p., connotato per l'appunto o dalla sua *irrilevanza* giuridica (nel caso di sottrazione di minore degli anni quattordici o di infermo di mente, di cui al primo comma, alla luce della peculiarità dei soggetti che rappresentano l'oggetto materiale del reato) ovvero dalla sua *necessaria assenza* (nell'ipotesi di sottrazione di minore ultraquattordicenne, di cui al secondo comma)³⁸.

Ebbene, siffatto consenso (di cui può ben dirsi che l'art. 573 c.p. parli in senso improprio, «non potendosi evidentemente pensare ad un consenso giuridicamente rilevante prestato da un minore»³⁹) deve essere reso liberamente, e cioè non condizionato da violenza, minaccia ovvero carpito fraudolentemente e può manifestarsi anche attraverso inviti, allettamenti o iniziative prese dal minore stesso⁴⁰.

3.3. – Per entrambe le ipotesi, la consumazione del reato è incentrata sul momento e sul luogo in cui si verificano la sottrazione o la ritenzione del minore⁴¹. Il fatto deve protrarsi per un tempo giuridicamente apprezzabile, data la natura permanente del reato,

così da realizzarsi l'offesa al bene giuridico⁴². Trattasi di reato permanente in quanto caratterizzato: a) da una azione iniziale, costituita dalla sottrazione del minore o dell'infermo di mente; b) dalla protrazione della sottrazione antiggiuridica mediante la ritenzio-

³⁸ Cfr., sul punto, per tutti, RAINONE, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 551 ss.

³⁹ LARIZZA, voce *Sottrazione*, cit., p. 526.

⁴⁰ Così, da ultimo, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 464.

⁴¹ In senso difforme, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 477, secondo il quale «il momento consumativo del reato, e quindi il *tempus commissi delicti*, data la sua natura permanente, coincide con quello della cessazione della permanenza per volontà del soggetto attivo, del minore o di terzi (cfr. art. 158 c.p.), non potendo accogliersi la tradizionale opinione secondo la quale la consumazione si verificherebbe al momento del compimento della condotta criminosa».

⁴² MEDICO, sub art. 573 c.p., cit., p. 3766. In giurisprudenza, si è segnalato che il reato in esame deve considerarsi consumato non appena sia interrotto, di fatto, il vincolo di soggezione che lega il minore al genitore, indipendentemente dal fine perseguito dal soggetto attivo o dal minore, e indipendentemente dal modo di impiego del tempo in cui la sottrazione o ritenzione si è attuata. Pertanto quando non siano stati accertati gli anzidetti elementi, la sussistenza del delitto non può essere affermata in base alla considerazione del fatto che il minore si sia intrattenuto con un terzo nel compimento di atti presuntivamente non autorizzati dal genitore esercente la patria potestà (Cass. 28 gennaio 1966, in *C.E.D. Cass.*, n. 102252).

ne, attuata attraverso una condotta sempre attiva, perché diretta a mantenere il controllo sul soggetto e spesso ad utilizzare tale situazione per i fini più diversi; c) dalla possibilità per il reo di porre fine alla situazione antigiuridica sino a quando la cessazione di tale situazione non intervenga per sopravvenuta impossibilità o per la pronuncia di primo grado⁴³.

Peraltro, come si è osservato, una sottrazione o ritenzione momentanea non potrebbero, per loro natura, violare il diritto di sorveglianza⁴⁴ e lo stato di permanenza «cessa con il cessare, per qualsiasi causa, della condotta di sottrazione o di ritenzione del minore»⁴⁵.

Il tentativo è configurabile⁴⁶.

4. – Il dolo è generico, non richiedendosi che il soggetto attivo agisca per un fine particolare. Occorre quindi che questi sia accompagnato dalla coscienza e volontà di sottrarre o ritenere, contro la volontà del genitore, del tutore o del curatore⁴⁷.

⁴³ In questi termini, in giurisprudenza, Cass. 25 giugno 1986, Ratiu, in *Cass. pen.*, 1988, p. 856.

⁴⁴ MANNA, voce *Sottrazione*, cit., p. 3; nello stesso senso, LARIZZA, voce *Sottrazione*, cit., p. 526. Tuttavia, si è evidenziato che la determinazione della lunghezza dell'arco temporale necessario alla consumazione si presenta alquanto problematica, dal momento che, in questo ambito, si rischia di non attribuire rilievo penale a fatti che, sebbene esauriti rapidamente, hanno offeso l'interesse tutelato, ovvero - al contrario - di ravvisare l'esistenza del reato in qualunque comportamento che coinvolga la sfera sessuale del minore (DALIA, voce *Sottrazione*, cit. p. 194).

⁴⁵ MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 470.

⁴⁶ Con riferimento all'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 574 c.p., si veda in termini problematici MONTICELLI, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 512, il quale ha evidenziato come «la presenza del dissenso della vittima ha come conseguenza una maggiore articolazione del processo esecutivo dei reati in esame, in quanto il reo, per raggiungere il suo scopo, deve vincere tale dissenso, potendo aumentare così la possibilità che una causa esterna intervenga a interrompere la sua condotta, impedendo che si produca l'evento richiesto», richiamando l'ipotesi di «colui che riuscito, con la forza, a fare entrare nella sua auto il minore, non riesca però ad iniziare la marcia per l'intervento di terzi». Nella giurisprudenza di merito, per tutte, può segnalarsi, Trib. Catania 14 aprile 2005, in *Corr. merito*, 2005, p. 817, secondo cui «integra il tentativo di sequestro di persona ai sensi del combinato disposto degli art. 56 e 605 c.p., e non la sottrazione di persona incapace di cui all'art. 574 c.p., la condotta di colui che dapprima abbia indotto la vittima di anni due ad affidarsi alla sua persona regalándole dei dolciumi e conquistandosi la sua fiducia all'interno dell'abitazione e, quindi, l'abbia costretta a seguirlo sollevandola di peso e portandola in braccio lungo le rampe delle scale dello stabile, non riuscendo nell'intento per il provvidenziale intervento del padre della minore».

⁴⁷ Sul punto la giurisprudenza è costante; per tutte, v. Cass. 8 aprile 1999, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2654, per la quale, in un'ipotesi di sottrazione di un minore

Ora, mentre nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 574 c.p. – trattandosi di soggetti *incapaci* – il consenso, anche se manifestato, deve considerarsi irrilevante, così non è per le fattispecie previste all'art. 573 ed al secondo comma dell'art. 574 c.p.; in tali ipotesi, quindi, nelle quali il minore è capace e, rispettivamente, consenziente ovvero dissenziente, il dolo di necessità implica – oltre ovviamente alla volontà di sottrarre o ritenere il minore o l'infermo di mente – anche la consapevolezza dell'età del minore e del dissenso dei genitori o del tutore⁴⁸; di qui, rilevanti conseguenze ed implicazioni in tema di errore.

da parte di un coniuge in danno dell'altro coniuge, «*l'elemento soggettivo del reato di sottrazione di persone incapaci, che ha natura permanente, consiste nella coscienza e volontà di sottrarre il minore, nel senso che l'agente deve avere la consapevolezza che il suo comportamento realizza una situazione antigiusuridica mediante la ritenzione dell'incapace, attuata con un comportamento sempre attivo diretto a mantenere l'esclusivo suo controllo sullo stesso*».

⁴⁸ Si è osservato in giurisprudenza che la coscienza e la volontà dell'agente di ledere i diritti inerenti alla potestà dei genitori non possono presumersi *in re ipsa*, ma vanno accertate dal giudice, tenendo conto delle condizioni ambientali e dell'ampiezza della sfera di libertà consentita al minore. Non è insomma sufficiente il semplice fatto della *traductio de uno loco ad alium gratia commodioris usus*, per l'integrazione del reato: ciò costituisce solo l'elemento materiale. Ma non si può e non si deve prescindere dall'indagine relativa alle particolari condizioni di ambiente, di abitudini, di consuetudini morali in cui il minore vive e – soprattutto – al modo col quale la vigilanza viene esercitata, allo scopo di accertare se al minore sia stata consentita tale libertà di spostamenti e di movimenti da far ritenere che i genitori abbiano omesso di controllarlo convenientemente e che l'agente non abbia quindi agito con la coscienza di sottrarlo a tale sfera di vigilanza, ma solo per altri diversi fini, giuridicamente irrilevanti (Cass. 12 giugno 1976, Rubino, cit., p. 618). Inoltre, si è rilevato come l'elemento intenzionale del delitto di sottrazione consensuale di minorenni, il quale richiede nell'agente la coscienza e la volontà di sottrarre il minore per un tempo giuridicamente apprezzabile alla sfera di vigilanza esercitata dai genitori o dal tutore, non può ritenersi escluso allorché l'agente sia consapevole che, richiedendo e ottenendo la presenza del minore, connivente, in un luogo diverso da quello ritenuto dal genitore esercente la patria potestà (e per il quale il medesimo ebbe a prestare il suo consenso – espresso o tacito – al momentaneo allontanamento del figlio) e trattenendolo presso di per sé per un periodo di tempo apprezzabile, l'abbia in tal modo sottratto alla relativa sfera di vigilanza e tutela (Cass. 6 novembre 1969, Lorrai, cit., p. 1679).

Si è di recente ulteriormente precisato (ad opera di Cass. 4 giugno 2003, in *Dir. giust.*, n. 35, 2003, p. 33) che, «*sebbene il delitto di cui all'art. 574 c.p. (...) possa essere consumato anche da un genitore nei confronti dell'altro, in questo caso esso esige la volontà di impedire al coniuge l'esercizio della potestà genitoriale, e non quella di renderla più difficoltosa*», da cui ne consegue che «*non può ritenersi sussistente tale delitto nel caso in cui una madre si allontani con il proprio figlio minore dalla casa coniugale, immediatamente chiedendo al giudice competente l'affidamento della prole*».

4.1. – Anzitutto, seguendo la scansione temporale dei presupposti del fatto tipizzati, l'errore – che in quanto relativo ad uno degli elementi del fatto tipico esclude il dolo *ex art. 47, co. 1 c.p.* – può ricadere sull'età del minore.

In questo caso, non troverà applicazione l'art. 609-*sexies* (per il quale «il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa») ⁴⁹, in quanto norma speciale; tuttavia, la giurisprudenza si è attestata su una discutibile presunzione di conoscenza della minore età, per vincere la quale non è ritenuto sufficiente da parte del soggetto attivo «dedurre l'errore causato da false apparenze o dalle mendaci dichiarazioni della minore, in quanto la mancanza di obiettiva certezza costituisce solo una situazione di dubbio che è di per sé consapevolezza della probabilità che la vittima abbia un'età minore di quella apparente» ⁵⁰.

Quanto all'errore sul dissenso dei genitori o del tutore, qualora il soggetto agisca nell'erronea convinzione che questi consentano alla sottrazione o alla ritenzione, appare pacifica la sua rilevanza come *errore sul fatto* e la conseguente esclusione del dolo ⁵¹.

4.2. – L'errore può vertere altresì sul consenso del minore. In tal caso, si versa in un'ipotesi di errore su un *elemento differenziale* del reato.

⁴⁹ Con riferimento all'art. 609 *sexies* c.p., cfr., da ultimo, Corte cost. 24. luglio 2007, n. 322, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1461 ss., con nota di RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione «timida» o «storica» della Corte costituzionale?*, ivi, p. 1465 ss.; in tale pronuncia, la Corte ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 609 *sexies* – sollevata con riferimento al fatto che tale norma conterrebbe, in deroga ai principi generali in materia di dolo e di errore (per quanto riguarda sia gli elementi essenziali del reato sia le circostanze aggravanti), una presunzione *iuris et de iure* di conoscenza dell'età della persona offesa, contrastante con il principio di colpevolezza (art. 27, co. 1 Cost.) – , in quanto il giudice rimettente, dopo aver svolto corrette premesse argomentative, ha formulato un *petitum* privo della necessaria consequenzialità logico-giuridica, avendo richiesto l'eliminazione della disposizione con l'effetto di rendere applicabili all'età infraquattordicenne dell'offeso le disposizioni generali in tema di imputazione dolosa e di errore, di cui agli artt. 43 e 47 c.p., e con l'ulteriore conseguenza che l'età infraquattordicenne dovrebbe rientrare nella componente rappresentativa del dolo, mentre l'errore su di essa scuserebbe anche se colposo, non essendo prevista per tali delitti la punibilità a titolo di colpa. In tale occasione, la Corte non ha tuttavia mancato di rimarcare che la norma censurata potrebbe sì ritenersi lesiva del principio di colpevolezza; non certo, però, per il solo fatto che essa deroga agli ordinari criteri in tema di imputazione dolosa, quanto piuttosto nella parte in cui nega rilievo all'ignoranza o all'errore inevitabile sull'età.

⁵⁰ Cass. 7 marzo 1975, Monaco, in *Giust. pen.* 1976, II, 106; in dottrina, sul punto, BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 528

⁵¹ Così, per tutti, MIEDICO, sub *art. 573 c.p.*, cit., p. 3766.

Può essere opportuno, a questo punto, riepilogare i termini essenziali della complessa tematica dell'errore sugli elementi specializzanti, che rappresenta, quanto all'oggetto, una peculiare tipologia di errore sul fatto che costituisce il reato.

Sulla base di una prima classificazione operata dalla letteratura tedesca, gli elementi specializzanti possono distinguersi in: a) elementi *qualificanti* (o *elevanti*), che hanno la funzione di rendere più grave la fattispecie rispetto a quella generale; b) elementi *degradanti* (o *privilegianti*), che viceversa hanno il compito di rendere meno grave la fattispecie criminosa cui afferiscono.

Un'ulteriore distinzione, rilevante ai fini dell'analisi della questione relativa alla disciplina dell'errore sui c. d. elementi specializzanti, si fonda sull'atteggiarsi dell'errore stesso; la soluzione, cioè, muta a seconda che si verta in un'ipotesi in cui: 1) si ignori l'esistenza (o si supponga l'inesistenza) dell'elemento specializzante obiettivamente esistente⁵²; 2) si supponga erroneamente esistente un elemento specializzante, che invero non esiste⁵³.

Ora, non si rivela particolarmente problematica la ricostruzione dell'errore sull'elemento c.d. *qualificante*, che – come visto – ha la funzione di specializzare un reato, rendendolo più grave, ricondotto all'art. 47, 2 co., c.p., ovvero all'art. 49, 1 e 3 co., c.p.

Più controversa appare la questione relativa all'errore sugli *elementi specializzanti c.d. degradanti* il titolo di reato, ai quali va ascritto il consenso del minore nell'art. 573 c.p.. In primo luogo, nell'ipotesi in cui *si ignori l'esistenza (o si supponga l'inesistenza) dell'elemento degradante obiettivamente esistente*, ci si trova di fronte all'alternativa di punirlo per la fattispecie generale più grave o per quella speciale meno grave e, quindi, di privilegiare il principio di colpevolezza o quello di materialità.

A ben vedere, rispetto a tale ipotesi, non sembrano sussistere, sul piano dogmatico, particolari difficoltà a ricondurla all'art 47, 2

⁵² In via esemplificativa, si tratta del caso in cui Tizio non si rappresenti la qualifica di pubblico ufficiale dell'offeso o il consenso dell'ucciso o li ritenga erroneamente inesistenti, quando in realtà essi sussistono (*ignoranza dell'elemento che esiste o erronea supposizione dell'inesistenza*).

⁵³ Così qualora Tizio si rappresenti la qualifica di pubblico ufficiale o l'esistenza del consenso, in realtà inesistenti (*supposizione erronea dell'elemento che non esiste*).

co., c.p., ritenendo applicabile la fattispecie più grave, della quale sussistono sia gli estremi oggettivi sia quelli soggettivi.

Tuttavia, parte della dottrina propende per la soluzione più favorevole al reo (*responsabilità per il reato meno grave, non voluto ma obiettivamente esistente*)⁵⁴, facendo ricorso – per analogia, *in bonam partem* e dunque ammissibile – alla regola sancita all'art. 59, 1 co., c.p., per cui «le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti».

Senza dubbio più complessa appare l'ipotesi di *erronea supposizione dell'elemento degradante, in realtà inesistente*.

L'esempio è proprio quello di colui che sottragga il minore nell'erronea convinzione che abbia prestato il suo consenso.

In tale ipotesi, una parte (invero minoritaria) della dottrina⁵⁵ – seppure rispetto alla figura per certi versi analoga di omicidio del consenziente – propende per la soluzione più rigorosa, giungendo comunque ad affermare la *responsabilità per la fattispecie generale più grave* (nel nostro caso, evidentemente, l'art. 574, 2 co., c.p.). Infatti, muovendo dai principi generali che presiedono al concorso apparente di norme, si sostiene che qualunque tipologia di errore sull'elemento specializzante, traducendosi sempre in un errore sulla fattispecie, non consentirebbe di formulare un giudizio di responsabilità secondo quest'ultima, la quale non risulterebbe completamente integrata sotto il profilo oggettivo (mancando il consenso del minore).

A tale ricostruzione sono state mosse alcune obiezioni, fondate essenzialmente sulla diversità che separerebbe le varie tipologie di specialità, con riferimento al loro atteggiarsi in rapporto all'elemento soggettivo⁵⁶.

Più in particolare, nella relazione di specialità c.d. *per specificazione* (nella quale l'elemento specializzante appartiene al medesimo

⁵⁴ GALLO, *Il dolo, oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-52, p. 188 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano 2004, p. 462; FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli 1979, *passim*.

⁵⁵ STELLA, *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 81 ss. (spec. p. 101 ss.); MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2007, p. 368 ss.

⁵⁶ CAMAIONI, *Errore e dolo nei reati in rapporto di specialità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 436 ss. (spec. p. 464 ss.).

genere del corrispondente elemento, tipizzato in forma generica, della fattispecie generale; ad es. pubblico ufficiale/persona), la rappresentazione dell'elemento specializzante implica necessariamente quella, virtuale, dell'elemento generico corrispondente; sicché, appare corretto affermare che il dolo della fattispecie speciale comprende sempre quello della fattispecie generale.

Così, richiamando un esempio 'storico', il soggetto che agisce con il dolo di oltraggio, rappresentandosi erroneamente di offendere un p.u., avrà sempre il dolo di ingiuria, consistente nella rappresentazione di offendere *in ogni caso* una persona.

Viceversa, nell'ipotesi di relazione di specialità c.d. *per aggiunta* (nella quale l'elemento specializzante è estraneo alla fattispecie generale, ove non si trova tipizzato alcun elemento generico corrispondente), il dolo del reato speciale non include in sé quello del reato generale, in quanto la rappresentazione del fatto descritto nella fattispecie speciale – proprio per la presenza dell'elemento aggiuntivo e diverso – risulta incompatibile con la rappresentazione del fatto descritto nella norma generale.

Tale incompatibilità dell'oggetto del dolo appare ancora più visibile nel nostro caso, in cui all'elemento specializzante del consenso del minore corrisponde la tipizzazione dell'opposto requisito della sua mancanza.

È evidente che il soggetto che voglia sottrarre il minore consenziente – supponendone erroneamente esistente il consenso – non possa dirsi volere *comunque* realizzare una sottrazione di *non consenziente*.

Dunque, mentre sul piano oggettivo è configurabile il passaggio dalla fattispecie di cui all'art. 573 c.p. a quella di cui all'art. 574, co. 2, c.p., su quello soggettivo il dolo non può manifestare analogia duttilità.

Questo rilievo conduce la dottrina prevalente a propendere per una soluzione che attribuisca rilevanza all'erronea supposizione dell'elemento degradante, giungendo ad affermare la *punibilità a titolo del reato meno grave*.

Tale tesi si fonda sull'assunto che, sussistendo sul punto una lacuna nell'ordinamento, questa andrebbe colmata, in via analogica, attraverso l'applicazione dell'art. 59, ult. co., c.p., che regola il caso di erronea supposizione della presenza di una causa di giustificazione.

Naturalmente, poiché il *dato degradante* si limita ad attenuare il reato, l'errore su di esso non avrà come conseguenza il venir meno

di ogni responsabilità a titolo di dolo (come per le cause di giustificazione), ma darà luogo alla responsabilità per il reato meno grave: nel caso di specie, quindi, per la sottrazione consensuale, a livello consumato o tentato, a seconda della fase nella quale si manifesti all'autore del reato l'erroneità della sua supposizione circa l'esistenza del consenso (ad esempio laddove il minore esprima chiaramente il suo dissenso)⁵⁷.

5. – Trattandosi di delitto punito con la reclusione sino a due anni, ai sensi del primo comma dell'art. 157 c.p. (come novellato dall'art. 6, co. 1, legge 5 dicembre 2005, n. 251) il termine di prescrizione è di sei anni.

6. – Il secondo comma dell'art. 573 c.p. prevede due circostanze speciali, entrambe ad effetto comune e di natura soggettiva; un'attenuante, connessa al fatto di aver agito con «fine di matrimonio», ed

⁵⁷ Nello stesso senso, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 475, secondo il quale, in caso di *consenso putativo* – e cioè se l'autore ritiene falsamente di aver ricevuto l'assenso del minore – «non si dovrebbe applicare il più grave reato di cui all'art. 574, 2 co., c.p., (sottrazione non consensuale), in quanto ha errato su un elemento degradante, quale è il consenso, ma sarà applicabile, ex art. 59, 4 co., c.p., l'ipotesi meno grave prevista dall'art. 573 c.p.»; contra, MIEDICO, sub art. 573, cit., p. 3766, che ritiene preferibile l'applicazione del 47, co. 2, c.p., «dal momento che si tratta sempre di errore su un elemento costitutivo, anche se differenziale (il giudice deve solo stabilire se, nel caso specifico, sia applicabile l'art. 573 o l'art. 574)». Sul punto, v. anche, tra i molti e con varietà di posizioni, BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 528; DELOGU, *Commentario*, cit., p. 770; MANNA, voce *Sottrazione*, cit., p. 4. In generale, l'assenza sul tema di una soluzione univoca, alla luce del dibattito dottrinale sin qui delineato, e la peculiarità dell'atteggiarsi dell'errore sugli elementi specializzanti (in particolare, avuto riguardo a quelli c.d. degradanti) hanno spinto tutti i compilatori dei vari progetti di riforma del codice penale (c.d. progetti Pagliaro, Grosso, Nordio) a proporre l'introduzione di una apposita norma che regoli l'errore sugli elementi specializzanti, prevedendo una disciplina di particolare favore per il reo, che rende punibile l'agente per il reato meno grave, sia esso quello solo rappresentato o effettivamente realizzato. Le soluzioni proposte nei progetti di riforma sono: nel progetto Pagliaro, all'art. 15, 2 co., «In caso di errore sugli elementi differenziali tra più reati, prevedere la punibilità per il reato meno grave»; nel progetto Grosso, all'art. 32, 3 co.: «L'erronea rappresentazione di un elemento differenziale fra più reati comporta la responsabilità per il reato che l'agente si è rappresentato, se meno grave»; nel progetto Nordio, all'art. 23, n. 2: «In caso di errore sull'elemento differenziale fra più reati, l'agente è punito per il reato meno grave»; nel progetto Pisapia, all'art. 14, 2 co., lett. b) che «l'agente sia punito per il reato meno grave in caso di errore su un elemento differenziale tra più reati».

un'aggravante, relativa invece all'aver commesso il fatto per «fine di libidine».

Quanto alla prima, occorre che il matrimonio rappresenti il vero e unico motivo della sottrazione, presente sia nel soggetto attivo che nel minore e che sia effettivamente realizzabile, anche se poi non risulta decisivo che esso venga effettivamente celebrato⁵⁸.

Quanto all'aggravante, essa è riconnessa alla finalità di soddisfare desideri sessuali.

Tuttavia, alla luce dei margini di libertà sessuale per il minore riconosciuti dalla legge n. 66 del 1996 (in particolare, l'art. 609 *quater* c.p.) – nell'ipotesi in cui il minore sia consenziente *anche* rispetto al soddisfacimento dei desideri sessuali –, la sua sfera di applicazione appare circoscritta alle sole sottrazioni di minori di età compresa tra i quattordici e i sedici anni⁵⁹, se il soggetto attivo del reato rientra tra quelli di cui all'art. 609 *quater*, co. 1, n. 2, c.p..

7. – Nell'ipotesi di cui all'art. 573 c.p., ove il consenso assume un ruolo costitutivo, il minore, per la semplice prestazione del consenso stesso, non è chiamato a rispondere, in quanto tale condotta, espressamente tipizzata, non è – per chiara scelta legislativa – sanzionata.

Si configura pertanto la tipica struttura del c.d. reato *plurisoggettivo improprio*⁶⁰. Qualche pur rapido cenno sul punto si impone.

7.1. – Come è noto, nel contesto dei reati plurisoggettivi impropri si pone il problema dell'eventuale punibilità, ai sensi dell'art. 110 c.p., del concorrente necessario espressamente non sottoposto a pena.

In dottrina, è rimasta del tutto isolata la posizione di chi ritiene *sempre possibile*, sulla base dell'art. 110 c.p. – che assume la valenza di un principio generale dell'ordinamento penale –, estendere la punibilità anche al concorrente necessario per la condotta descritta ma non sottoposta a pena, in quanto la non punibilità potrebbe derivare da una imperfetta formulazione della norma.

Pertanto, occorrerebbe indagare se davvero l'esenzione da pena corrisponda allo scopo della norma stessa; la questione, cioè, andrebbe risolta caso per caso sulla base della *voluntas legis*⁶¹.

⁵⁸ Sul punto, MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 476.

⁵⁹ In proposito, ancora MONTICELLI, *Sottrazione consensuale di minorenni*, cit., p. 477.

⁶⁰ In questo senso, per tutti, BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 524.

⁶¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 2003, p. 590 ss.

Tuttavia, tale soluzione è stata sottoposta a serie obiezioni.

Principalmente, si è osservato che le disposizioni sul concorso eventuale hanno la funzione di rendere punibili comportamenti atipici, e pertanto esse non possono essere invocate con riferimento a condotte che, in quanto descritte dalla norma, devono essere considerate *tipiche* (anche se non sottoposte a pena)⁶².

Diversamente, e cioè incriminando *ex art. 110 c.p.* una condotta descritta ma non assoggettata a pena, si finirebbe col disattendere il principio di stretta legalità⁶³.

Alla luce della dottrina maggioritaria, dunque, va esclusa la punibilità del concorrente necessario in relazione alla condotta descritta in fattispecie (implicitamente o esplicitamente) e non dichiarata punibile.

A differente soluzione può invece pervenirsi per quel che concerne la punibilità a titolo di concorso eventuale della *condotta diversa ed ulteriore rispetto a quella tipizzata in fattispecie e non punita*: nel caso, cioè, in cui il partecipe necessario non si limiti a porre in essere il comportamento descritto nella norma (e dichiarato non punibile), ma svolga, ad esempio, un'attività di istigazione o determinazione nei confronti dell'autore.

Si pensi, a titolo esemplificativo e con riferimento proprio alla fattispecie in esame, alla ragazza minorenni che istighi il fidanzato maggiorenne a sequestrarla, attraverso una pressante insistenza, al fine di vincere la resistenza dei genitori ad un riconoscimento formale della loro relazione (o al fine di matrimonio)⁶⁴.

⁶² GRASSO, in ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, Milano 2005, p. 133.

⁶³ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna 2006, p. 489.

⁶⁴ In giurisprudenza, generalmente si riconosce l'ammissibilità dell'applicazione dell'art. 110 c.p. alla categoria dei reati plurisoggettivi impropri, seppure non sempre appaiono univoche le soluzioni adottate per quel che concerne i limiti di incriminabilità. Ad esempio, in materia di *rivelazione di segreti d'ufficio*, la giurisprudenza appare ormai consolidata circa la punibilità dell'estraneo che non si limiti a ricevere la notizia ma realizzi una condotta ulteriore, riconducibile ad una qualunque forma di concorso (materiale o morale) nel reato. Lo stesso non può dirsi in tema *bancarotta preferenziale*. Qui l'ipotesi è quella della eventuale responsabilità, a titolo di concorso nell'art. 216, comma 3, l. fall., del creditore privilegiato. Ebbene, accanto all'orientamento più risalente - che ammette la punibilità a titolo di concorso eventuale del creditore favorito che si sia limitato a ricevere il pagamento (orientamento da non ritenere affatto condivisibile alla luce di quanto sopra specificato) - è emerso un indirizzo, più plausibile, per il quale, ai fini della punibilità, si richiede che venga raggiunta la prova dell'esistenza di una attività di istigazione da parte del creditore privilegiato circa la effettuazione a suo favore del

8. – La sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.) pone le maggiori difficoltà nel rapporto con l'art. 388 c.p. (*mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di minori*), dal momento che il genitore non affidatario potrebbe sottrarre o ritenere il minore ultraquattordicenne con il suo consenso al genitore esercente la potestà in quanto affidatario, contro la volontà di questi, eludendo così il relativo provvedimento del giudice. In proposito, si è ritenuto che «la soluzione del concorso formale tra i due reati

pagamento; attività che, come è ovvio, dovrà altresì essere assistita dalla consapevolezza dell'esistenza, in capo all'imprenditore, di una situazione di prossimità al fallimento. Tuttavia, ad avviso della dottrina, tale indirizzo giurisprudenziale va *ulteriormente ridimensionato*, alla luce della previsione dell'art. 1186 c.c., in base al quale il creditore può esigere immediatamente la prestazione allorquando il debitore sia divenuto insolvente; disposizione idonea, come tale, a fondare un vero e proprio diritto in capo al creditore circa l'ottenimento di quanto dovutogli. Pertanto, potrà essere incriminato a titolo di concorso solo il creditore che ponga in essere una attività di istigazione eccedente la semplice richiesta di adempimento, ad esempio minacciando di presentare istanza di fallimento (C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI - ALESSANDRI - FOFFANI - SEMINARA - SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, pp. 156 - 157). Infine, va segnalato un recente indirizzo giurisprudenziale in tema di *trasferimento fraudolento di valori*, di cui all'art. 12 *quinquies* della legge n. 356/1992, che appare estendere la punibilità del concorrente necessario non sottoposto a pena oltre i confini consentiti dal doveroso rispetto del principio di legalità in materia penale. In tale articolo, come è noto, si punisce l'attribuzione fittizia ad altri della titolarità o disponibilità di denaro, beni o altra utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli artt. 648, 648 *bis* e 648 *ter* c.p.. Pertanto, è evidente l'inquadramento di tale fattispecie all'interno della categoria dei reati plurisoggettivi impropri, non essendo la condotta dell'intestatario (pure implicitamente descritta in fattispecie) sottoposta a pena. Tuttavia, la Corte di Cassazione, in una recente sentenza (Cass. 26 febbraio 2004, n. 319, inedita), ha ritenuto punibile il destinatario della titolarità o disponibilità dei beni, il quale accetti consapevolmente l'intestazione fittizia, ritenendo che in tale evenienza si realizzi già un accordo che integra in pieno i requisiti di cui all'art. 110 c.p.. A ben vedere, in tale pronuncia la Corte, in difformità dall'orientamento dottrinale maggioritario, lungi dall'individuare una condotta diversa ed ulteriore rispetto a quella descritta in fattispecie da poter incriminare *ex art.* 110 c.p., finisce per sanzionare la condotta implicitamente tipizzata ma non sottoposta a pena, ritenendo che la mera consapevolezza, in seno al destinatario, della fittizietà dell'intestazione valga a trasformarla in un contributo causale atipico, rilevante a titolo di concorso. Da ultimo ed efficacemente, sulla tematica, cfr. MAIELLO, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e dis-orientamenti della giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, p. 205 ss.

potrebbe essere ragionevolmente respinta ritenendo che l'art. 388 c.p. tuteli, oltre all'amministrazione della giustizia, anche gli interessi sostanziali connessi al provvedimento giudiziale – il che parrebbe coerente con il regime di procedibilità a querela della persona offesa – e che sia speciale rispetto all'art. 573 c.p. per il riferimento alla elusione del provvedimento come modalità della condotta»⁶⁵.

Anche il delitto di sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.) può entrare in concorso con l'art. 388 c.p., nel medesimo caso in cui i rapporti tra coniugi siano regolati da un provvedimento giurisdizionale e la sua mancata esecuzione avvenga per mezzo di una condotta di sottrazione o ritenzione.

Un primo e più risalente orientamento giurisprudenziale ha considerato l'art. 388 c.p. *norma speciale* rispetto all'art. 574 c.p. (con sua conseguente applicabilità)⁶⁶, configurando un «rapporto di specialità unilaterale per aggiunta», nel quale «tutti gli elementi contenuti nell'art. 574 si riscontrerebbero nell'art. 388, comma 2, che presenterebbe in più un elemento specializzante, l'elusione del provvedimento giudiziale di affidamento del minore»⁶⁷. Tale soluzione, tuttavia, si è da subito esposta a fondate censure di irragionevolezza sotto il profilo sanzionatorio, dal momento che in tal modo verrebbe ad essere punito con la più mite pena prevista all'art. 388 c.p. colui il quale, oltre a sottrarre o ritenere il figlio, violasse contestualmente anche un provvedimento giudiziale in materia di affidamento, rispetto a chi agisse senza violare un siffatto provvedimento e andasse incontro alla pena più gravosa prevista all'art. 574 c.p.⁶⁸.

⁶⁵ BIANCONI, *Sottrazione*, cit., p. 530; nello stesso senso, in dottrina, DELOGU, *Commentario*, cit., 1995, p. 748; MANNA, voce *Sottrazione*, cit., p. 4; in giurisprudenza, seppur con riferimento all'art. 574 c.p., Cass. 25 maggio 1984, Triggiani, in *Giust. pen.*, 1985, II, p. 511; Cass. 25 giugno 1986, Ratiu, cit., p. 861; Cass. 20 gennaio 2004, Mancuso, in *C.E.D. Cass.* n. 229509; *contra*, tuttavia, Cass. 2 ottobre 1992, Bondi, in *Riv. pen.*, 1994, p. 185; Cass. 24 aprile 2003, Panozzo, in *C.E.D. Cass.* n. 225738.

⁶⁶ Cass. 13 aprile 1976, Tosoni, in *C.E.D. Cass.* n. 134557, riproposto di recente anche da Cass. 9 dicembre 2003, *ivi*, n. 229509.

⁶⁷ Così RAINONE, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 560.

⁶⁸ Su tale profilo, per tutti, significativamente, v. BACCI, *Elusione del provvedimento del giudice concernente l'affidamento dei minori e sottrazione d'incapaci: concorso apparente di norme o concorso formale di reati?*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 869.

Di talché, l'orientamento è mutato, e nella giurisprudenza di legittimità si è fatta strada una differente interpretazione del rapporto tra le due norme, ritenute non più *speciali* quanto piuttosto *diverse*. In questa prospettiva, partendo dalla considerazione che «i contenuti precettivi delle disposizioni (...), per quanto attiene alla lesione degli interessi della famiglia, non coincidono, ma hanno portata e significato diversi» e tenendo altresì conto della «realtà giuridica del nuovo diritto di famiglia in ordine all'affidamento dei minori», si è pervenuti a ritenere applicabile il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice «se l'agente non ottempera a particolari disposizioni del giudice civile (sulla quantità e durata delle visite consentite al genitore non affidatario, sulle modalità e condizioni in genere fissate nel provvedimento)» e la sottrazione di persone incapaci qualora «la condotta di uno dei due coniugi porti ad una globale sottrazione del minore alla vigilanza del coniuge affidatario, così da impedirgli non solo la funzione educativa ed i poteri insiti nell'affidamento, ma da rendergli impossibile quell'ufficio che gli è stato conferito dall'ordinamento nell'interesse del minore e della società»⁶⁹, con conseguente ammissibilità di un concorso (formale) di reati⁷⁰.

⁶⁹ In questi termini, Cass. 24 aprile 2003, Panozzo, cit., e prima ancora Cass. 2 ottobre 1992, Bondi, cit., p. 185; più di recente, nello stesso senso, Cass. 10 marzo 2006, in *Riv. pen.*, 2007, p. 125 ss., per la quale «non solo i due reati hanno una obiettività giuridica distinta, essendo diretto a tutelare il primo dei due l'autorità delle decisioni giudiziarie e indirettamente l'interesse del genitore in ordine all'esercizio del suo diritto di visita, e il secondo a garantire l'assistenza del minore e quindi il rapporto familiare (materiale e affettivo) tra il genitore - che ha titolo per tenere con sé il figlio - e il minore conviventi, ma essi presentano una totale differenza tra elementi strutturali che non possono minimamente dar luogo a un rapporto di specialità»; in tale pronuncia si sottolinea ancora che «la figura di reato di cui all'art. 388 c.p. ha il suo «accento» sulla «elusione del provvedimento del giudice», mentre quella di cui all'art. 574 c.p. si fonda sul legame tra minore e genitore e si incentra sulla cesura di tale legame attraverso la sottrazione», non risultando pertanto «possibile quindi affermare che tra le due norme vi sia un nucleo essenziale comune e in più uno o vari elementi specializzanti, proprio perché sono diversi i due «nuclei essenziali»». In dottrina, per tutti, MIEDICO, sub art. 574 c.p., cit., p. 3771; RAINONE, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 561; MONTICELLI, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 513; ROIATI, sub art. 573-574, cit., p. 2321.

⁷⁰ In tal senso, in giurisprudenza, v. Cass. 7 febbraio 2006, in *C.E.D. Cass.* n. 233500, nella quale -con specifico riguardo alla condotta di un genitore che aveva trattenuto il figlio molto oltre il periodo di affidamento temporaneo disposto dal giudice - si è chiarito che «non solo i due reati hanno una obiettività giuridica distinta (...) ma presentano una totale differenza tra elementi strutturali che non possono minimamente dar luogo a un rapporto di specialità», in quanto «la figura

Particolarmente dibattuto è anche il rapporto tra l'art. 574 c.p. e l'art. 605 (*sequestro di persona*). L'ipotesi presa in considerazione è quella nella quale il soggetto attivo, oltre a sottrarre il minore o l'incapace al genitore o ritenerlo contro la sua volontà, lo privi anche della sua libertà personale ed il soggetto sottratto o ritenuto non sia in grado di muoversi autonomamente per cause fisiologiche o patologiche. Sul punto, tre sono fondamentalmente gli indirizzi assunti dalla giurisprudenza.

Si è anzitutto interpretato in termini restrittivi il concetto di 'libertà personale' richiamato all'art. 605 c.p., circoscrivendolo alla sola «libertà di locomozione, libertà fisica, di movimento in uno spazio fisico, non come diritto di vivere in un certo ambiente, di realizzare la propria personalità nell'*habitat* naturale»; tale diritto troverebbe quindi la sua tutela nell'art. 574 c.p., ritenuto l'unico applicabile qualora venga ad essere limitata la libertà personale di un incapace (ad esempio un neonato)⁷¹.

Di contro, si è osservato come «il reato di sequestro di persona previsto dall'art. 605 c.p. tutela il bene giuridico della libertà personale, costituzionalmente garantito, che viene leso da qualsiasi apprezzabile limitazione della libertà, intesa quale possibilità di movimento privo di costrizioni», sottolineandosi come «la qualità di incapace non può escludere tale tutela, diretta anzitutto a preservare il bene della libertà di ogni soggetto», giungendo così a configurare coerentemente l'ipotesi delittuosa di sequestro di persona anche nei confronti di un minore, qualunque sia la sua età ed anche nel caso di specie di rapimento di un bambino di trenta mesi⁷².

di reato di cui all'art. 388 c.p. ha il suo «accento» sulla «elusione del provvedimento del giudice», mentre quella di cui all'art. 574 c.p. si fonda sul legame tra minore e genitore e si incentra sulla cesura di tale legame attraverso la sottrazione», non essendo quindi possibile «affermare che tra le due norme vi sia un nucleo essenziale comune e in più uno o vari elementi specializzanti, proprio perché sono diversi i due nuclei essenziali».

⁷¹ Cass. 7 luglio 1992, Bonato, in *Cass. pen.*, 1993, p. 323 e prima ancora Trib. Pavia 17 luglio 1984, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, con nota critica di PADOVANI, *Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà tutelata*, secondo il quale «la facoltà di locomozione non costituisce un *prius*, ma un (eventuale) *posterius*: il soggetto è libero nella persona in quanto non siano attuati sul suo corpo interventi coattivi che, di per sé ed obiettivamente, sottraggono 'essere fisico alle relazioni spaziali, intercludendolo», rappresentando il fatto che «il soggetto non voglia o non possa esercitare alcuna facoltà di movimento (...) circostanza del tutto insignificante rispetto alla soggezione ad un potere sul corpo di lui instaurata» (ivi, p. 613).

⁷² Cass. 24 novembre 1993, Nicora, in *Cass. pen.*, 1995, p. 572. Per una critica ai due orientamenti giurisprudenziali, cfr., in particolare, RAINONE, *Sottrazione di*

Si è infine riconosciuta – ed è la tesi prevalente e da preferire – la possibilità di un concorso tra i due delitti, sul presupposto che le due fattispecie tutelano beni giuridici e diritti soggettivi distinti (e cioè la libertà di movimento l'art. 605 c.p. ed il diritto dell'affidatario dell'incapace a mantenere lo stesso sotto la sua custodia l'art. 574 c.p.), che solo occasionalmente sono coincidenti nella stessa condotta anti-giuridica⁷³.

In proposito, valgono le acute osservazioni di chi ha sottolineato come il delitto di cui all'art. 574 c.p. non implica necessariamente una privazione della libertà personale, ma «può addirittura comportare un suo illegittimo ampliamento, ed in questo ampliamento incontrollato può appunto consistere la «sottrazione»», non potendosi quindi riconoscere una *specialità* dell'art. 574 c.p. rispetto all'art. 605 c.p.; di contro, si aggiunge, «il sequestro di persona di un minore non implica necessariamente la sua sottrazione alla potestà dei genitori, perché la sottoposizione coercitiva ad un ambito spaziale definito può realizzarsi senza che venga intaccata la posizione di soggetto sottoposto ad una potestà, come ad esempio nel caso di un

persone incapaci, cit., p. 562 ss. e MONTICELLI, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 511 ss.

⁷³ Cass. 20 settembre 2001, Welsch, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1421 ss.; da ultimo, in tale prospettiva, Cass. 20 febbraio 2008, n. 21954 (inedita), per la quale i due delitti possono concorrere «a condizione, però, che, trattandosi di fatto commesso nei confronti di minore infraquattordicenne, possa in concreto affermarsi che si sia in presenza di una limitazione della libertà del minore rispetto alla quale quest'ultimo, avendo acquistato una sufficiente capacità di esprimersi, abbia verbalmente o in altro modo manifestato il proprio dissenso»; si veda anche Cass. 12 febbraio 2007, in *Guida dir.*, n. 20, 2007, p. 93, ove si chiarisce che «il reato di cui all'art. 574 c.p., che punisce la sottrazione di persone incapaci, può concorrere con il reato di sequestro di persona previsto dall'art. 605 c.p., poiché anche il minore è titolare del bene giuridico della libertà personale, costituzionalmente garantito, che può essere lesa da qualsiasi apprezzabile limitazione della libertà stessa, intesa quale possibilità di movimento privo di costrizioni». Ancora, nella giurisprudenza di merito, per tutte ed a titolo meramente esemplificativo, nel caso di una persona che si era introdotta nottetempo in una privata abitazione, cercando di condurre con sé una bimba di due anni che ivi dormiva, v. Trib. Catania 14 aprile 2005, in *Dir. giust.*, n. 18, 2005, p. 39 ss., per la quale «anche al minore infraquattordicenne, sebbene incapace, va riconosciuta una sua libertà personale, autonoma rispetto alla potestà che l'adulto ha su di lui; ne consegue che la sottrazione di un minore non integra il reato di cui all'art. 574 c.p., ma il diverso reato di cui all'art. 605 c.p.».

In dottrina, in questo senso, per tutti, PADOVANI, *Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà tutelata*, cit., p. 616; FOLADORE, *Osservazioni in tema di sequestro di persona in danno di soggetti minori o incapaci*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1423 ss. e, più di recente, RAINONE, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 564.

ladro che al sopraggiungere del minore, lo rinchioda in un ripostiglio della casa», di talché «nemmeno l'elemento della «privazione della libertà personale», pur se riferito ad un minore, può quindi considerarsi speciale rispetto a quello di sottrazione». Anzi, si prosegue, ««privazione della libertà personale» e «sottrazione» rappresentano, nel contesto delle rispettive fattispecie di riferimento, due eventi eterogenei, suscettibili di realizzarsi congiuntamente per effetto di una medesima condotta a forma libera», come nel caso di un neonato, che «non può essere sottratto alla potestà senza che siano adottate misure coercitive sul corpo, senza violare cioè la sua libertà «da» interventi coercitivi di interclusione spaziale»; con la conclusione che, in siffatte ipotesi, scatterà «la regola del concorso formale di reati, e la responsabilità dell'autore della sottrazione implicante il sequestro risulterà a doppio titolo, l'uno relativo all'offesa della libertà personale del minore, l'altro concernente il suo vincolo di soggezione alla potestà dei genitori»⁷⁴.

9. – Il delitto di cui all'art. 573 c.p. è punito, a querela del tutore o dei genitori (entrambi sono titolari di tale diritto, ma è sufficiente la proposizione da parte di uno solo di essi: v. *infra*, §.10), con la reclusione fino a due anni. Come visto, ai sensi del secondo comma, la pena è diminuita se il fatto è commesso «per fine di matrimonio»; è aumentata se commesso «per fine di libidine».

Entrambe le ipotesi criminose di cui all'art. 574 c.p. sono sanzionate invece con la pena più severa della reclusione da uno a tre anni ed in tutte e due i casi si procede a querela del genitore, del tutore o del curatore.

10. – Gli interventi della Corte costituzionale – cui si è in gran parte fatto già riferimento nel delineare l'evoluzione del concetto di bene giuridico tutelato (cfr. *supra*, § 2) – si sono concentrati in particolare sul tema del bene giuridico e del diritto di querela.

Come si è visto, da un'analisi del percorso *evolutivo* delle fattispecie esaminate, è emersa la tendenza ad una lettura della potestà genitoriale di cui all'art. 30, comma 1, Cost., in termini strettamente funzionali all'interesse dei figli; ciononostante, l'atteggiamento dei giudici costituzionali è stato improntato ad un rigoroso *self restraint*,

⁷⁴ PADOVANI, *Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà tutelata*, cit., p. 614 ss.

limitandosi fondamentalmente a moniti al legislatore per una riformulazione degli artt. 573 e 574 c.p.

Appare emblematica, in tale ottica, l'inaammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 573 c.p., in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 40 Cost., sul presupposto che la norma in argomento non potrebbe essere cancellata dall'ordinamento senza lasciare impuniti gravissimi fatti, sicuramente lesivi anche dell'interesse del minore, come in tutte quelle ipotesi in cui la sottrazione, sia pure consensuale, si verifichi però nei confronti di minore che non è assolutamente in grado di valutare l'importanza e le conseguenze del fatto; occorrerebbe – si è limitata ad auspicare la Corte – operare delle distinzioni, in ordine alle quali si prospetta la possibilità o di fissare aprioristicamente delle ipotesi (ad esempio: un limite d'età oltre il quale la volontà del minore assume senz'altro rilevanza), oppure di affidare l'indagine al prudente apprezzamento del giudice, caso per caso, quando un limite minimo di età sia stato superato (ad esempio: per gli ultrasedicenni)⁷⁵.

In tempi più risalenti, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 573 e 574 c.p., nella parte in cui limitavano il diritto di querela al genitore esercente la patria potestà⁷⁶. In tale occasione, fu rilevato – ed il passo assume notevole significatività se contestualizzato in una fase antecedente alla riforma del diritto di famiglia – che, «per via di una interpretazione più aderente al suo reale contenuto, è da ritenere che la sottrazione del minore importi una offesa che non va circoscritta alla sola posizione dell'esercente la patria potestà, ma che investe tutta la famiglia, nella intera consistenza dei suoi interessi sociali, morali e affettivi. La inclusione della sottrazione di minorenni nel titolo dei delitti contro la famiglia, lungi dall'essere il frutto di una classificazione meramente formale, trova, per questa ipotesi, una rispondenza effettiva nella natura e nella estensione dell'offesa. Se questa pertanto deve ritenersi tale da superare il circoscritto interesse inerente all'esercizio della patria potestà, ne consegue necessariamente una diversa corrispondente estensione della soggettività passiva, con la inclusione anche dell'al-

⁷⁵ Corte cost. 6 ottobre 1988, n. 957, cit., p. 186 ss.; precedentemente, è stata ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 573 c.p., in riferimento agli artt. 2, 3 e 13 Cost., né nella ipotesi in cui il minore goda di un ampio margine di libertà per motivi di lavoro; né nell'ipotesi che i soggetti siano entrambi minori, dovendo stabilirsi caso per caso quale dei due debba considerarsi colpevole della sottrazione (C. cost. 26 giugno 1975, n. 163, cit., c. 223).

⁷⁶ Corte cost. 22 febbraio 1964, n. 9, cit., p. 183.

tro coniuge, il quale, investito della patria potestà pur non avendone attualmente l'esercizio, non può, in questa ipotesi, essere escluso dalla rappresentanza della famiglia e dalla tutela dei suoi interessi»⁷⁷.

11. – Come accennato, è stata la stessa Corte costituzionale ad auspicare – nelle numerose pronunce che l'hanno vista occuparsi del tema – una riforma delle fattispecie *de quibus*; si è trattato, tuttavia, di moniti rimasti inascoltati.

Non sono mancate anche significative voci in dottrina che hanno segnalato tale esigenza riformatrice, rimarcando come, a ben vedere, «l'attuale formulazione (...) denoti un'intrinseca vulnerabilità, che si traduce, nella prassi, in incertezze applicative», apparendo «fattispecie «datate» che, non rispecchiando la realtà sociale e normativa attuale, non risultano più essere un adeguato strumento di controllo e soluzione di conflitti»⁷⁸.

Ma le indicazioni non sono state recepite dal legislatore, e posso-
no richiamarsi ancora le parole di chi autorevolmente sottolineava,
ormai quarant'anni fa, «il problema della riforma degli artt. 573 e
574 c.p., riforma non meno urgente di altre e della quale tuttavia sia
i governi sia il parlamento non sembrano ancora interamente avere
avvertito la necessità e l'importanza»⁷⁹. Tali riflessioni conservano
una indubbia *attualità*, visto che, nonostante le numerose proposte
di modifica e l'impellenza resa ancor più stringente dai riflessi attuali
ed internazionali dell'applicazione casistica della fattispecie⁸⁰, ad oggi
siamo ancora di fronte al testo codicistico del 1930.

Tra le varie proposte di riforma avanzate, tutte dirette in qualche
misura ad estendere il perimetro applicativo delle attuali fattispecie,
possono segnalarsi, in particolare, quelle contenute:

a) nel disegno di legge n. 1432 del 1996, ove si prevedevano due
fattispecie incriminatrici di sottrazione, l'una (*Atti lesivi della prote-
zione del minore*), sostanzialmente plasmata sul contenuto degli
attuali artt. 573 e 574 c.p.; l'altra (*Atti lesivi delle relazioni familiari
del minore*) diretta a sanzionare specificamente la condotta del

⁷⁷ Corte cost. 22 febbraio 1964, n. 9, cit., pp. 188 – 189.

⁷⁸ LARIZZA, voce *Sottrazione di minore o di incapace*, cit., p. 528.

⁷⁹ VASSALLI, *Una normativa da rifare: gli artt. 573 e 574 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 633 ss., ora anche in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano 1997, p. 399 ss.

⁸⁰ Sul punto, per le implicazioni internazionalistiche, cfr. B. ROMANO, *La sottrazione del minore da parte di un genitore: profili penalistici ed implicazioni internazionalistiche*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 699 ss.

genitore non affidatario che sottrae o ritiene il figlio minore al genitore affidatario, in contrasto con la volontà di questi;

b) nelle proposte di legge n. 3326, 3184 e 3010 del 1997, volte ad introdurre un art. 574 *bis* nel c.p., sanzionando con la reclusione sino a cinque o a dieci anni coloro che, estranei alla famiglia, realizzino rispettivamente una sottrazione di minori di età superiore o inferiore a dieci anni, con l'applicazione delle più severe pene previste all'art. 630 c.p. nel caso in cui la sottrazione è posta in essere al fine di trarre profitto e una diminuzione di pena qualora il colpevole, prima della condanna, fornisca notizie decisive per la scoperta dei correi e per la liberazione del minore;

c) nella proposta di legge n. 7334 del 2000, ove si contempla un art. 574 *bis* c.p., diretto a punire il comportamento del genitore che impedisce all'altro l'esercizio della potestà parentale⁸¹;

d) nello Schema di disegno di legge governativo, recante «Misure di sensibilizzazione e prevenzione, nonché repressione dei delitti contro la persona e nell'ambito della famiglia, per l'orientamento sessuale, l'identità di genere ed ogni altra causa di discriminazione», approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 22 dicembre 2006, al cui interno è previsto un articolo 574 *bis*, rubricato «*Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*», a norma del quale si punisce con la reclusione da uno a sei anni «chiunque sottrae un minore al genitore esercente la potestà dei genitori o al tutore, conducendolo all'estero ovvero omettendo di farlo rientrare in Italia, contro la volontà del medesimo genitore o tutore»; con una pena della reclusione da sei mesi a quattro anni «se il fatto è commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e col suo consenso» e con la previsione che «la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale comporta la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori» qualora il fatto sia commesso da uno dei genitori.

In quest'ultima proposta ci si trova di fronte ad un'ipotesi che, come è stato sottolineato in sede di primo commento, «specializza la tutela già prevista dagli articoli 573 e 574 del c.p., incrementandone la consistenza per l'ipotesi che il minore sia sottratto «conducendolo all'estero ovvero omettendo di farlo rientrare in Italia»: una

⁸¹ Una puntuale panoramica delle proposte avanzate negli ultimi anni, in RAINONE, *Sottrazione di persone incapaci*, cit., p. 566 ss.

situazione piuttosto frequente, particolarmente grave (per l'evidente difficoltà di attivare tempestivi rimedi giudiziari) e ben poco efficacemente contrastata dalle attuali disposizioni»⁸².

Infine, va anche ricordato che nel Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Pagliaro erano contenute indicazioni concernenti le fattispecie di sottrazione di minori o incapaci. In particolare, si prevedeva, nel titolo III (*Dei reati contro la famiglia*) dello Schema di legge delega⁸³, un capo II (*Dei reati contro la solidarietà familiare*), in cui ai punti 5 e 6 dell'art. 90 erano riproposti i delitti di «*sottrazione consensuale di minorenni*» e di «*sottrazione di persone incapaci*», sostanzialmente identici strutturalmente alle ipotesi vigenti e perseguibili d'ufficio (ritenendosi soggetto passivo il minore o l'incapace e non il genitore), ed al punto 1 dell'art. 91 una contravvenzione di «*omesso avviso della fuga di minore o incapace*» all'autorità, «consistente nel fatto di chi, rivestito di autorità o della vigilanza su un minore o su una persona incapace di provvedere a se stessa, omette di dare immediatamente avviso della sua fuga all'autorità»⁸⁴.

⁸² PADOVANI, *Violenza in famiglia: pene severe e nuovi reati disegnano una tutela ancora da perfezionare*, in *Guida dir.*, n. 5/2007, p. 10 ss.

⁸³ Lo Schema di legge delega elaborato dalla Commissione Pagliaro, istituita con D.M. 8 febbraio 1988, è pubblicato, con la Relazione di accompagnamento, in *Documenti Giustizia*, 1992, fasc. 3 e in *Ind. pen.*, 1992, p. 579 ss.; in quest'ultima, sul punto specifico, vi si legge che «*la tutela della solidarietà familiare diventa nel capo II del titolo III il punto di riferimento di alcune fattispecie che, in parte, riproducono ipotesi criminose già esistenti nel codice vigente (maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli, sottrazione consensuale di minorenni e sottrazione di persona incapace, fattispecie, queste ultime, perseguibili d'ufficio, essendone soggetto passivo il minore o l'incapace e non il genitore)*».

⁸⁴ Con riferimento a quest'ultima ipotesi, si legge nella Relazione di accompagnamento allo Schema di legge delega che «*la tutela del minore o dell'incapace di provvedere a se stesso, nel quadro di un rafforzamento dei doveri di solidarietà familiare, comporta la necessità di prevedere a livello contravvenzionale (art. 91) alcune fattispecie di omesso avviso di fuga all'autorità*».