

Sommario: 11.1 Inquadramento politico-criminale e oggettività giuridica - 11.2 La struttura del fatto tipico - 11.3 La sottrazione “consensuale” del minore all'estero -11.4 La sanzione principale e la pena accessoria - 11.5 La clausola di riserva e il concorso di reati - 12.6 Profili di diritto intertemporale.

11.1 Inquadramento politico-criminale e oggettività giuridica

art. 574-ter c.p.

Nella direttrice politico-criminale di tutela dei soggetti deboli può essere inquadrata l'introduzione, con l'art. 3, comma 29, lett. b), l. 15 luglio 2009, n. 94, della fattispecie di *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, inserita nell'art. 574-bis c.p. e, quindi, tra i “delitti contro l'assistenza familiare” previsti dal capo IV, del titolo XI, del libro II del Codice penale.

Il nuovo delitto mira a rispondere adeguatamente al fenomeno di c.d. *kidnapping* o *child abduction*¹, cioè di “sottrazione internazionale dei minori”. In questi casi, diventati più frequenti nel nostro Paese in ragione dell'incremento dei matrimoni misti e dell'apertura della società verso il multiculturalismo e la multietnicità, il figlio minore viene condotto o trattenuto all'estero solitamente da un genitore contro la volontà dell'altro genitore residente nel luogo dove anche il minore possiede la propria “residenza abituale”.

È il caso, che si presenta abbastanza frequentemente nella realtà, di un genitore musulmano che, dopo un periodo di vita familiare nel territorio dello Stato italiano, decide di fare ritorno e di stabilirsi nel proprio Paese di origine conducendo con sé il figlio minore, nonostante il dissenso dell'altro genitore che pure sia titolare della potestà genitoriale.

La nuova figura criminosa, ad una prima lettura del dato normativo, sembra orientata alla tutela della “potestà genitoriale”², come emergerebbe anche dalla previsione espressa dell'evento di “impedimento”, parziale o totale, dell'esercizio della potestà stessa, previsto – vedi *infra* – come conseguenza causale della condotta sottrattiva o trattenitiva del minore all'estero. Questa oggettività giuridica, che trova conferma nella collocazione sistematica della fattispecie tra i *delitti contro la famiglia*, va tuttavia meglio precisata e approfondita alla luce dell'**evoluzione dell'istituto familiare nel nostro ordinamento giuridico e sociale**. Il sostrato normativo della “potestà genitoriale”, infatti, non è più quello sotteso alla vecchia “patria potestà” di stampo autoritario e gerarchico,

¹ Sono queste le espressioni utilizzate nei Paesi anglosassoni e in ambito internazionale per indicare il fenomeno della sottrazione internazionale di minori.: cfr. A. Salzano, *La sottrazione internazionale: analisi e prevenzione*, in *Dir. fam.*, 2001, I, 718; M. Giorgetti, *Sottrazione internazionale e procedimento per l'immediato rientro dei minori*, in *Fam. e dir.*, 2004, 362; B. Lena, *Trasferimento all'estero del figlio, mancato consenso del genitore non affidatario e sottrazione internazionale di minore*, *ivi*, 2006, 206; A. Liuzzi, *Sottrazione internazionale di minore e tutela invocabile*, in *Famiglia*, 2004.

² In questo senso milita l'orientamento tradizionale della dottrina rispetto alle fattispecie di sottrazione di minori di cui agli artt. 573 e 574 c.p.: si veda G. D. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 772 ss.; A. Santoro, *Sottrazione di minori ed incapaci*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1970, 1030 ss.; A. Dalia, voce *Sottrazione di minori o di incapaci*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 190 ss.

ma assume i contorni del **diritto/dovere funzionale al corretto sviluppo della personalità del minore**, considerato non come “oggetto di un diritto potestativo”, ma come autonomo e pieno **“soggetto di diritto”**, alla cui formazione i genitori (o eventualmente i tutori) devono assolvere attraverso l’esercizio della “potestà” loro giuridicamente attribuita. Sono condivisibili, pertanto, le precisazioni di chi parla di una tutela della **potestà genitoriale** intesa non in senso “statico” ma, conformemente al dettato costituzionale “vivente”, **in senso “dinamico”**, in quanto “espressione dalla strumentalità di tale potere rispetto al fine per cui il poter stesso è stato attribuito: l’interesse del minore ad essere educato secondo le proprie capacità, inclinazioni e aspirazioni”³.

D’altra parte, anche le numerose **fonti sovranazionali** inquadrano e disciplinano le problematiche della sottrazione internazionale dei minori nell’ottica della tutela del fanciullo, del quale mirano a salvaguardare i diritti fondamentali alla corretta formazione della personalità individuale⁴.

In merito a tale esigenza di tutela, occorre tuttavia precisare che **i fatti di sottrazione internazionale di minori erano già penalmente rilevanti** alla luce delle fattispecie di *Sottrazione consensuale di minorenni* (art. 573 c.p.) o di *Sottrazione di persone incapaci* (art. 574 c.p.), in combinato disposto, eventualmente, con gli artt. 6, 9 e 10 c.p., che prevedono, come noto, particolari condizioni di procedibilità per le ipotesi di fatto tipico commesso in tutto o in parte all’estero, sia dal cittadino che dallo straniero⁵.

³ Così, chiaramente e per tutti, V. Rainone, *Sottrazione di persone incapaci*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, a cura P. Cendon, Milano, 2006, 543. L’Autore, prendendo le mosse da una sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. 26 settembre 1988, n. 957, in *Giur. cost.*, 1988, 4504) che, intervenendo in merito all’art. 573 c.p., reinterpreta il dato normativo alla luce dell’evoluzione del diritto di famiglia, puntualizza altresì che: “l’interesse minorile a ricevere un’educazione conforme ai valori culturali dominanti, in definitiva, permea il reato di cui all’art. 574 c.p. come criterio cui parametrare contenuto e limiti della potestà dei genitori o delle funzioni preposte alla cura del minore sancendo in tal modo la corrispondenza allo scopo ordinamentale conferito a tali poteri e, quindi, la correttezza del relativo esercizio”.

⁴ Cfr. in particolare la Convenzione di Lussemburgo sul riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in tema di affidamento dei minori e ristabilimento del 20 maggio 1980, la Convenzione dell’Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 25 ottobre 1980, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989 e la Convenzione europea di Strasburgo del 25 gennaio 1996. Per approfondimenti si rinvia a L. Sacchetti, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell’Aja del 1980. Confronto e problematiche giuridiche*, in *Dir. fam. e pers.*, 1997, 1495; A. Pagotto, *Sottrazione internazionale di minori*, in *Diritto penale della famiglia*, IV, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Milano, 2002, 552; M.N. Bugetti, *Custodia e affidamento nella sottrazione internazionale di minori*, in *Fam. e dir.*, 2004, 229.

⁵ In particolare, se si trattava di delitto commesso all’estero da un cittadino, il colpevole poteva essere punito “a richiesta del Ministro della Giustizia, ovvero a istanza o querela della persona offesa” (art. 9, comma 2, c.p.); se commesso da uno straniero il colpevole poteva essere punito “sempre che si trovasse nel territorio dello Stato, e vi fosse richiesta del Ministro della Giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa” (art. 10, comma 1, c.p.). Eventuali problemi di procedibilità potevano porsi in relazione alla fattispecie di sottrazione consensuale di minorenni (all’estero): invero, l’art. 10 c.p. rende procedibili, alle condizioni illustrate, solo i delitti puniti con la reclusione non inferiore nel minimo ad un anno (e quindi non l’art. 573 c.p. che prevede la reclusione “fino a due anni”); tuttavia, tale problema poteva essere aggirato già in passato attraverso l’art. 6, comma 2, c.p. secondo cui “il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l’azione o la omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l’evento che è la conseguenza dell’azione od omissione”; ebbene, valorizzando questa disposizione, non solo la condotta di sottrazione sarà normalmente commessa (almeno parzialmente) nel territorio dello Stato, ma anche quando non lo sia (ipotesi di trattenimento all’estero), si può argomentare

(segue)

L'introduzione di un'apposita figura delittuosa “speciale”, caratterizzata dall'inasprimento della risposta sanzionatoria rispetto agli artt. 573 e 574 c.p., sembra allora rispondere all'esigenza di rendere concretamente più efficace la repressione penale (soprattutto grazie ai **riflessi processuali e procedurali** della più elevata comminatoria di pena) di tali fatti criminosi e più incisivo, *anche sul piano simbolico*, il messaggio di stigmatizzazione e di prevenzione generale.

11.2 La struttura del fatto tipico

1) Il fatto tipizzato dall'art. 574-*bis* c.p. riproduce grosso modo la struttura normativa degli artt. 573 e 574 c.p. Anche in questo caso si tratta di un **reato comune**, che, sebbene criminologicamente pensato in relazione alle condotte sottrattive poste in essere dai genitori stranieri, può tuttavia essere commesso da “chiunque”. Nessun dubbio, peraltro, sulla scorta dell'esperienza formatasi sulle fattispecie degli artt. 573 e 574 c.p., che soggetto attivo possa essere **anche il genitore titolare della potestà genitoriale**, che non sia esclusiva ma condivisa ed esercitata congiuntamente all'altro genitore⁶.

2) *Soggetto passivo* del reato è invece il genitore (anche quello “naturale” o quello “adottivo”) o il tutore che *effettivamente* sia titolare ed eserciti la potestà genitoriale sul minore illecitamente sottratto.

3) *Presupposto espresso della condotta* è il **dissenso del soggetto passivo** (“contro la volontà del medesimo genitore o tutore”) rispetto alla conduzione o al trattenimento del minore all'estero, perché solo a questa condizione l'allontanamento del minore si pone in contrasto con la potestà genitoriale tutelata dalla fattispecie. Riprendendo, anche in relazione a tale profilo, gli arresti giurisprudenziali e dottrinali sugli artt. 573 e 574 c.p.⁷, il dissenso dovrà essere provato **in concreto**, ma – alla luce del forte distacco spaziale che separa il minore all'estero dal soggetto al quale è suppositamente sottratto – *difficilmente potrà rilevare il consenso implicito*, che invece può rendere atipiche situazioni di supposta “sottrazione nazionale” tollerate nel contesto ambientale, sociale ed educativo di riferimento.

4) *La condotta materiale* è tipizzata in via alternativa: come **conduzione** del minore o come **ritenzione** dello stesso **all'estero** – cioè fuori dai confini dello Stato italiano – contro la volontà del genitore o del tutore. Tuttavia, mentre le originarie

come l'evento della lesione della potestà genitoriale si realizzi comunque in Italia e ciò dovrebbe essere sufficiente a rendere applicabile la legge penale dello Stato.

⁶ Sulla punibilità della condotta di un genitore che realizzi la condotta a danno dell'altro in assenza di un provvedimento giudiziario modificativo delle modalità di esercizio della potestà genitoriale si rimanda alla ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale, parallela ai mutamenti del contesto normativo-sociale, svolta da V. Rainone, *op. cit.*, 549.

⁷ Così, tra tutte, Cass. 29 ottobre 1996, Bianco, in *Cass. pen.*, 1999, 169, con nota di G. De Amicis, *Spunti problematici in tema di sottrazione consensuale del minore*; in dottrina, per tutti, T. Delogu, *Commento all'art. 574 c.p.*, in A-A.VV., *Diritto penale – Codice penale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi, VII, Padova, 1995, 715.

fattispecie codicistiche sono costruite come reati di mera condotta (alternativa), la nuova figura delittuosa sembra ricalcare lo **schema dei reati di evento**: la “**sottrazione**” del minore alla potestà genitoriale, infatti, deve essere il *risultato tipico dell’azione*, che può essere realizzato alternativamente attraverso la “conduzione” o attraverso il “trattenimento” del minore. La struttura tipica è peraltro ulteriormente arricchita dalla presenza di un **evento intermedio**, costituito dall’**impedimento, totale o parziale, dell’esercizio della potestà genitoriale**.

La diversa struttura normativa del fatto tipico rispetto a quella degli artt. 573 e 574 c.p. può apparire *prima facie* ridondante, nonché superflua la previsione del sotto-evento di impedimento: si potrebbe infatti sostenere che ogni condotta di *abductio* o di trattenimento all’estero non consentita dal genitore o dal tutore comporti, per ciò solo, un impedimento al pieno esercizio della potestà genitoriale.

D’altra parte, la maggiore complessità strutturale della nuova figura delittuosa può essere interpretata come funzionale a **neutralizzare il pericolo di letture eccessivamente formalistiche della tipicità**⁸, contrastanti con i riferimenti empirico-criminologici del fenomeno di “sottrazione internazionale di minori”, che costituisce un’offesa più intensa alla potestà genitoriale rispetto alle condotte di sottrazione “nazionale”: qualora il minore sia condotto o trattenuto all’estero, infatti, risulta più difficile ricondurlo nella potestà genitoriale riconosciuta e tutelata dall’ordinamento nazionale.

In questa prospettiva, non sarebbe sicuramente punibile, ad esempio, il mero ritardo (se contenuto entro termini ragionevoli) nella riconduzione del minore dall’estero presso la residenza abituale (e quindi nella piena potestà del genitore) o la temporanea e breve conduzione del minore all’estero, ad esempio presso i parenti di uno dei genitori, che l’altro genitore si rifiuta, senza un giustificato e ragionevole motivo, di acconsentire.

La c.d. *abductio de loco in locum* del minore, in altre parole, non integrerebbe gli estremi della “sottrazione all’estero” tutte le volte in cui non realizzasse un vero e proprio impedimento della potestà genitoriale, inteso come ostacolo all’*officium* da esercitare nell’interesse del minore e non come mera “disobbedienza” alle direttive occasionalmente impartite dal genitore. La condotta di *abductio*, quando realizzata da un genitore legittimamente esercente la potestà sul minore, dovrà pertanto essere accompagnata da segnali oggettivi che comprovino la volontà di impedire, in tutto o in parte (quindi per una **durata di tempo significativa**), l’esercizio della potestà genitoriale dell’altro genitore.

5) La condotta, peraltro, è caratterizzata da una **struttura permanente** (con le relative conseguenze di disciplina, ad esempio in tema di successione di leggi penali nel tempo, di decorrenza dei tempi di prescrizione ecc.), in quanto il reato non si

⁸ Già metteva in guardia da interpretazioni formalistiche con riguardo alle norme di cui agli artt. 573 e 574 c.p. T. Delogu, *op. cit.*, 703.

esaurisce finché dura la situazione antiggiuridica, cioè, in questo caso, finché viene protratta la illegittima sottrazione del minore all'estero (c.d. *fase consumativa*).

6) L'elemento soggettivo del reato non è caratterizzato da particolari profili di intensità ed è perciò un **dolo generico** (rilevante anche nella forma eventuale), che si sostanzia nella consapevolezza e nella volontà di sottrarre un soggetto minore alla sfera di vigilanza dei genitori (o del tutore) contro il loro consenso. Riguardo alla problematica rilevanza dell'**errore** sull'età del minore o sul dissenso dei genitori, è sufficiente rimandare agli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in merito agli artt. 573 e 574 c.p. Breve: (i) *l'errore sull'età* – diversamente che nei reati di violenza sessuale (rispetto ai quali vige la particolare disciplina dell'art. 609-*sexies* c.p.) – può avere *efficacia scusante*, benché ci si muova da una presunzione *iuris tantum* di consapevolezza, che può essere tuttavia smentita da una falsa apparenza oggettivamente dimostrabile (non è però sufficiente la mera falsa dichiarazione del minore sulla propria età)⁹; (ii) la consapevolezza del dissenso dei genitori è un elemento che va provato di volta in volta e in concreto, sulla base delle circostanze di fatto e del contesto sociale e culturale in cui si realizza l'azione. In ogni caso, anche la situazione di mero “dubbio” sull'età o sull'esistenza del consenso parentale all'*abductio* del minore, comportando l'accettazione che il fatto tipico possa comunque realizzarsi, sarà sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo del reato nella forma “eventuale” del dolo.

11.3 La sottrazione “consensuale” del minore all'estero

art. 574-bis, comma 2, c.p.

1) Il comma 2 dell'art. 574-*bis* c.p. prevede l'ipotesi della sottrazione “consensuale” del minore (ultraquattordicenne) all'estero, ponendosi in rapporto di specialità con l'art. 573 c.p.: la condotta del soggetto attivo, in questi casi, deve ovviamente concretizzarsi in un comportamento che *comunque* integri gli estremi della conduzione o del trattenimento materiale del minore consenziente. Invero, l'ampia libertà e la facilità di movimento di cui attualmente godono anche gli adolescenti rende possibile che la decisione di recarsi o trattenersi all'estero possa essere assunta direttamente e autonomamente dal minore; la circostanza di trovare l'appoggio, il supporto o anche la mera ospitalità da parte di un terzo nel paese estero, non giustifica *ipso iure* la responsabilità di quest'ultimo come soggetto attivo del reato di sottrazione, perlomeno finché la condotta del terzo non si traduca in un'effettiva attività di “impedimento” della potestà genitoriale. Il rischio, diversamente, è quello di trasformare completamente la struttura e la *ratio* della fattispecie delittuosa, funzionalizzandola a punire surrettiziamente, in

⁹ Sul punto, per tutti, A. Bianconi, *Sottrazione consensuale di minori*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, a cura di P. Cendon, Milano, 2006, 528; da ultimo, ampiamente, C. Cupelli, *Commento agli artt. 573 e 574 c.p.*, in AA.VV., *I delitti contro la famiglia*, a cura di S. Preziosi, in *Trattato di diritto penale*, cura diretto da S. Moccia, Napoli, in corso di pubblicazione.

mancanza di una specifica posizione di garanzia, il “mancato impedimento” di una condotta autonoma di allontanamento del minore dalla sfera di vigilanza dei genitori.

2) Si potrà porre il problema dell’eventuale autonomia strutturale di questa figura rispetto a quella del comma 1: sviluppando un parallelo con la distinzione tra l’art. 573 c.p. (*Sottrazione consensuale di minorenni*) e l’art. 574 c.p. (*Sottrazione di persone incapaci*) si potrebbe infatti argomentare che la sottrazione consensuale di minorenni all’estero (tipizzata dall’art. 574-*bis*, comma 2, c.p.) configuri una fattispecie autonoma di reato e non una mera circostanza attenuante rispetto all’ipotesi principale del comma 1 (la valutazione di tali elementi sarebbe allora sottratta al giudizio di bilanciamento, *ex* art. 69 c.p., con le circostanze aggravanti eventualmente concorrenti). I criteri distintivi “formali” – valorizzati in dottrina¹⁰ e, soprattutto, in giurisprudenza – confermano tuttavia la qualifica circostanziale della previsione del comma 2 dell’art. 574-*bis* c.p., militando in tal senso la collocazione della fattispecie nello stesso articolo in cui si trova la fattispecie base e, soprattutto, la tecnica descrittiva del sostanziale rinvio alla tipicità della figura principale con l’aggiunta dell’elemento specializzante.

2.1) Sono gli stessi elementi, peraltro, che devono essere valorizzati per risolvere senz’altro a favore dell’**autonomia** il problema della **qualifica dello stesso art. 574-*bis* c.p. rispetto agli artt. 573 e 574 c.p.**, di cui la fattispecie di nuova introduzione costituisce mera ipotesi “speciale” (al pari delle fattispecie circostanziate rispetto alle figure base): più che la previsione di una disposizione normativa distinta, è soprattutto la **ridescrizione dell’intero fatto tipico** di sottrazione dei minori che impedisce di riconoscere natura meramente circostanziale agli elementi specializzanti e svolge un decisivo ruolo “probante”¹¹ dell’autonomia del reato.

11.4 La sanzione principale e la pena accessoria

art. 574-*bis*, comma 3, c.p.

1) *I profili più evidenti di differenziazione* dell’art. 574-*bis* c.p. rispetto alle fattispecie di sottrazione codicistiche già esistenti sono quelli sanzionatori e, soprattutto, quelli attinenti alla procedibilità.

La nuova figura delittuosa punisce infatti la sottrazione non consensuale (comma 1) con la **reclusione da uno a quattro anni** e quella consensuale (comma 2) con la **reclusione da sei mesi a tre anni**.

¹⁰ Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, 496 s.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006, 421 s.; in giurisprudenza, si veda soprattutto, in relazione al problema della natura giuridica dell’art. 640-*bis* c.p., Cass., Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *Cass. pen.*, 2002, 3368, con nota di G. Ariolli.

¹¹ Sulla efficacia “probante” e non meramente “indiziante” di tale profilo, cfr. F. Palazzo, *op. cit.*, 499.

Qualora il fatto sia commesso dal genitore “in danno del figlio minore” il comma 3 prevede la pena accessoria della **sospensione dell’esercizio della potestà dei genitori** (senza necessità di provare in concreto l’abuso della potestà genitoriale *ex art. 34, comma 2, c.p.*): si potrebbe ritenere, *prima facie*, che la norma faccia automatico riferimento alle condotte commesse dai genitori sottraendo il figlio minore, rispetto al quale il danno sarebbe un elemento presunto. In realtà, abbiamo visto che la fattispecie, sebbene orientata alla tutela dei minori, sia posta tuttavia nell’interesse specifico della potestà genitoriale; il genitore (o il tutore) è infatti il soggetto passivo del reato, mentre il concreto pregiudizio al minore costituisce un risvolto solo eventuale del fatto (non essenziale ai fini del giudizio di tipicità): in questa prospettiva, il **danno al minore**, che deve essere **effettivo e non potenziale**, andrà accertato caso per caso, valutando se la condotta sottrattiva abbia concretamente compromesso il sano ed equilibrato sviluppo della personalità del minore in campo affettivo, educativo, sociale o formativo.

Non è impossibile, ad esempio, che il reato si realizzi – con l’offesa alla potestà genitoriale – anche senza alcun danno diretto al minore o che il danno si arresti alla soglia del pericolo astratto o concreto, ad esempio quando la conduzione o il trattenimento del minore all’estero non ne interrompa un sano processo educativo e formativo (possibile anche se svolto secondo un modello diverso da quello del Paese di origine): in queste ipotesi *la pena accessoria non sarà applicabile*.

2) È sul piano del regime delle **condizioni di procedibilità**, infine, che la nuova previsione normativa potrà sortire gli effetti operativi più rilevanti nell’azione di contrasto alla sottrazione internazionale di minori: in primo luogo, le due nuove fattispecie dell’art. 574-*bis* c.p. (sia quella base sia quella circostanziata), a differenza dei due articoli precedenti (fino ad ora utilizzati per sanzionare anche le condotte di sottrazione internazionale) procedibili a querela di parte, sono infatti **procedibili d’ufficio**; in secondo luogo, **l’espressa previsione normativa della realizzazione del fatto all’estero** consente (*ex art. 7, n. 5, c.p.*) di applicare la legge penale e la giurisdizione italiana al soggetto attivo cittadino o straniero **prescindendo in ogni caso dalle condizioni di procedibilità previste dagli artt. 9 e 10 c.p.**¹²

11.5. La clausola di riserva e il concorso di reati

L’art. 574-*bis* si apre con una clausola di sussidiarietà (“Salvo che il fatto costituisca più grave reato”) che non compare invece negli artt. 573 e 574 c.p. I rapporti problematici tradizionalmente si pongono tra i delitti di sottrazione personale e le fattispecie di *Sequestro di persona* (art. 605 c.p.) e di *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice* (art. 388 c.p.):

¹² Cfr. precedente nota 5.

i) Rispetto al **sequestro di persona**, la giurisprudenza e la dottrina sono prevalentemente orientate a riconoscere il concorso formale di reati quando il soggetto attivo, oltre a sottrarre o trattenere l'incapace o il minore dissenziente, lo privi anche della libertà personale, “atteso che le due fattispecie tutelano beni giuridici e diritti soggettivi distinti¹³”. La previsione della **clausola di riserva “espressa”** dovrebbe invece far propendere per l'**assorbimento della fattispecie di sottrazione in quella più grave di sequestro** tutte le volte in cui il minore dissenziente sia privato *anche* della propria libertà di movimento o, comunque, di autodeterminazione. Invero, la *ratio* sottesa al principio di sussidiarietà milita a favore di questa conclusione: la costrizione della libertà personale del minore, infatti, comporta anche e necessariamente la compressione della potestà genitoriale, il cui esercizio risulta completamente impedito: *l'offesa più grave esaurisce e comprende il disvalore dell'offesa meno grave*.

Sul **piano sistematico**, conferma definitivamente tale conclusione la previsione delle *nuove aggravanti del sequestro di persona* (cfr. il commento, in questo volume, al nuovo art. 605, comma 3, c.p.) per il caso in cui il fatto sia commesso in danno di soggetto minore di età, nonché quando “il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero”: lo schema del **reato complesso** che viene così configurato (in quanto il fatto di sottrazione di minori all'estero è *considerato circostanza aggravante* del fatto di sequestro di persona) rende impossibile riconoscere il concorso tra i due delitti (come espressamente dispone l'art. 84 c.p.)¹⁴.

ii) I rapporti concorsuali con la meno grave fattispecie di *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice* rimangono invece immutati rispetto agli arresti giurisprudenziali relativi ai rapporti tra l'art. 388 c.p. e le altre figure di sottrazione. Sul punto, la giurisprudenza è prevalentemente orientata a riconoscere il concorso formale di reati, in ragione del rapporto di eterogeneità strutturale tra le disposizioni normative e della differente oggettività giuridica tutelata dalle fattispecie incriminatrici: in particolare, si è affermato che il delitto di mancata esecuzione dolosa si realizza “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)”, mentre per l'integrazione della sottrazione di persone incapaci sarà neces-

¹³ Così Cass. 20 febbraio 2008, n. 21954, *inedita*, Cass. 12 febbraio 2007, n. 14102, in *Guida dir.*, n. 20/2007, 93; Cass. 20 settembre 2001, Welsch, in *Cass. pen.*, 2002, 1421 s.; nello stesso senso Cass. 19 luglio 1991, Capponi, in *CED Cass.*, 188092; in dottrina, cfr. S. Larizza, voce *Sottrazione di minore o di incapace*, in *Dir. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 527; T. Delogu, *op. cit.*, 774; T. Padovani, *Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà tutelata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 605 ss.; C. Foladore, *Osservazioni in tema di sequestro di persona in danno di soggetti minori o incapaci*, in *Cass. pen.*, 2002, 1423 ss.; più di recente, ancora, V. Rainone, *op. cit.*, 564 e, da ultimo, ampiamente, C. Cupelli, *op. cit.*

¹⁴ Peraltro, ancora sul piano sistematico, l'introduzione della specifica aggravante per il sequestro di “persone minori di età” (art. 605, comma 3, prima parte, c.p.) (che attribuisce particolare rilievo proprio alla tutela del soggetto minore che pure le fattispecie di sottrazione di minorenni mirano a perseguire), insieme alla previsione espressa della clausola di sussidiarietà nell'art. 574-*bis* c.p., giocano un ruolo decisivo per il riconoscimento della sussidiarietà “tacita” anche degli artt. 573 e 574 c.p. rispetto all'art. 605 c.p.: d'altra parte, sarebbe davvero sistematicamente irrazionale e incoerente riconoscere il concorso di reati in questo caso e riconoscere invece la sussidiarietà (come espressamente previsto) tra l'art. 574-*bis* c.p. e il sequestro di persona.

sario che “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 e 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”¹⁵. Le stesse conclusioni varranno ovviamente anche in relazione alle condotte di sottrazione all'estero che realizzino *contestualmente* una mancata esecuzione di un provvedimento giudiziario: la valorizzazione della distinzione strutturale tra le due fattispecie risulta tuttavia particolarmente opportuna, alla luce del fatto che, con la puntualizzazione del requisito dell'impedimento della potestà genitoriale, molte condotte di formale inadempimento ai vincoli giudiziari realizzeranno solo la fattispecie di cui all'art. 388 c.p.

11.6 Profili di diritto intertemporale

Sul piano degli effetti di diritto intertemporale, la previsione della condotta di conduzione o trattenimento del minore “all'estero” non tipizza un fatto in precedenza penalmente irrilevante (non si tratta, cioè, di un'ipotesi di “nuova incriminazione”): gli artt. 573 e 574 c.p. erano infatti pacificamente applicabili anche in relazione a tali particolari modalità, particolarmente insidiose, di realizzazione del reato. Il nuovo art. 574-*bis* c.p. realizza, rispetto a tali figure criminose, una situazione di **specialità “per innesto” di una nuova fattispecie delittuosa**, prevedendo un trattamento sanzionatorio più grave per i fatti “speciali” di sottrazione internazionale di minori. Peraltro, la maggiore complessità normativa della nuova fattispecie delittuosa (soprattutto in relazione all'evento di “impedimento” dell'esercizio della potestà genitoriale) ritaglia ulteriormente i confini tipici della specialità strutturale.

Ai fatti di sottrazione internazionale di minori commessi precedentemente all'entrata in vigore della nuova fattispecie sarà pertanto applicabile, *ex art. 2*, comma 4, c.p., il **trattamento punitivo più favorevole** tra quelli previsti dalle leggi in successione diacronica e quindi quello degli artt. 573 e 574 c.p. (che comminano pene reclusive più basse); né per tale fatto si potrà procedere “d'ufficio” conformemente alla nuova fattispecie normativa, ma – nella misura in cui nella “legge penale” di cui all'art. 2 c.p. si ricomprenda anche quella “processuale penale”¹⁶ – **continuerà ad essere necessaria la querela di parte**.

Si dovrà trattare, tuttavia, di un fatto di sottrazione internazionale **non solo consumato ma già esaurito**: qualora la fase consumativa della permanenza del reato sia ancora in atto al momento dell'entrata in vigore della nuova legge,

¹⁵ In questi termini, Cass. 24 aprile 2003, n. 19520, Panozzo, in *CED Cass.*, 225738; nello stesso senso, di recente, Cass. 7 febbraio 2006, n. 8577, *in*, 233500; Cass. 10 marzo 2006, in *Riv. pen.*, 2007, 125 s., in dottrina, per tutti, M. Miedico, sub *art. 574 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci - E. Dolcini, Milano, 2006, 3771; V. Rainone, *op. cit.*, 561.

¹⁶ Questione tutt'altro che pacifica: *contra*, ad esempio, G. Marinucci - E. Dolcini, *op. cit.*, 75.

sarà infatti applicabile – *secondo l'insegnamento della prevalente dottrina*¹⁷ – la più grave fattispecie punitiva sopravvenuta (comprensiva del nuovo regime di procedibilità). È una soluzione, questa, che tuttavia desta qualche perplessità e necessita di un correttivo: se è vero che il fatto è ancora *in itinere* e il nuovo precetto penale si rivolge validamente anche all'autore del reato permanente in atto (soggetto dal quale dipende la protrazione della situazione antigiuridica), è anche vero che rispetto a costui il nuovo precetto penale assume una struttura tipica differente, inquadrabile non nel paradigma del divieto ma in quello dell'**obbligo di agire**. La struttura della condotta penalmente rilevante sarà pertanto quella omissiva e su questa dovrà essere calibrato il giudizio di tipicità, che quindi presupporrà la c.d. "possibilità di agire", cioè l'esistenza dei presupposti che mettono il soggetto attivo in condizione di rispettare il comando normativo. Occorrerà in altre parole verificare, necessariamente "in concreto", se sussista una situazione fattuale che consenta al soggetto attivo di adempiere al precetto penale e se egli si sia correttamente attivato in tal senso.

Così, per applicare il nuovo e più aspro regime sanzionatorio al genitore che continui temporaneamente a trattenere all'estero il figlio minore, sottraendolo così alla potestà dell'altro genitore, occorrerà accertare, in primo luogo, se egli – successivamente all'entrata in vigore dell'art. 574-bis c.p. – abbia potuto adempiere materialmente al nuovo precetto penale (verificando, ad esempio, se il minore o egli stesso si trovi nelle condizioni fisiche per affrontare il viaggio di ritorno, se ci siano degli ostacoli oggettivi che impediscano l'abbandono del Paese in cui il minore si trova trattenuto etc.) e, in secondo luogo, se egli abbia posto in essere, in tempi ragionevoli, le attività propedeutiche al rimpatrio e alla "ri-consegna" del minore (in relazione, ad esempio, all'organizzazione del viaggio, alla ripresa dei contatti con l'altro genitore etc.).

¹⁷ In questo senso, per tutti, G. Marinucci - E. Dolcini, *op. cit.*, 186 s.; in giurisprudenza, Cass. 21 febbraio 1995, Gullo, in *Cass. pen.*, 1996, 930; *contra*, da ultimo, M. Gambardella, *L'abrogazione della norma inriminatrice*, Napoli, 2008, 114 s.