

## L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DELLE RELAZIONI FAMILIARI E LA TUTELA DEL 'MINORE CONTESO': IL REATO DI SOTTRAZIONE E TRATTENIMENTO DI MINORE ALL'ESTERO

di Sylva D'Amato

(Docente a contratto di diritto penale presso l'Università di Salerno)

SOMMARIO: 1. L'internazionalizzazione delle relazioni affettive e familiari all'origine delle esigenze di tutela del 'minore conteso' anche oltre i confini nazionali. -2. L'art. 574-bis Cp e le fattispecie incriminatrici preesistenti alla novella del 2009. -3. La collocazione sistematica dell'art. 574-bis Cp e la problematica individuazione del bene giuridico protetto. - 4. L'art. 574-bis Cp tra intervento penale simbolico e dubbi di legittimità costituzionale.

1. - Il riconoscimento in ambito europeo della libertà di circolazione e stabilimento ha determinato numerosi effetti, tra i quali è certamente possibile annoverare l'aumento delle unioni affettive e delle relazioni familiari tra persone di nazionalità diverse. A livello più generale, l'incremento delle famiglie di nazionalità mista appare come la naturale conseguenza della crescente spinta verso l'internazionalizzazione dei rapporti in una realtà di globalizzazione - non più solo economica - dalla quale appare ormai difficile tornare indietro<sup>1</sup>. A tale rapida trasformazione delle relazioni risultano strettamente riconducibili i dati relativi all'incremento dei casi di sottrazione e trattenimento di minori all'estero, che mostrano negli ultimi anni un fenomeno in crescita in ambito europeo ed internazionale che, almeno per il momento, non sembra destinato ad attenuarsi<sup>2</sup>. Si tratta di una tendenza, infatti, strettamente correlata anche alla maggiore disgregazione dei vincoli familiari, le cui conseguenze negative a carico dei minorenni - già di per sé rilevanti in ambito nazionale - finiscono per essere amplificate dalle distanze geografiche e culturali tra genitori di nazionalità diversa e dall'incremento

<sup>1</sup> Per una lucida analisi su cause ed effetti della globalizzazione e della internazionalizzazione dei rapporti, v. fra gli altri spec. J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), Milano 2008, 177 ss.

<sup>2</sup> In ambito UE, la Commissione Europea stima in 16 milioni il numero delle famiglie internazionali, in 140.000 i divorzi internazionali annui e in 1.800 i casi annui di sottrazione di minore da parte di uno dei genitori. CE, IP/16/2351, *La Commissione propone nuove norme per una maggiore tutela dei minori nei procedimenti familiari transfrontalieri*, Bruxelles, 30.06.2016, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu). Di particolare interesse sono i dati relativi agli anni 2000-2017 sulle istanze attive e passive di rientro di minori, risultanti dalla *Analisi statistica delle attività dell'Autorità Centrale italiana ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, Roma, 23.05.2018, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

delle controversie transfrontaliere su questioni di natura personale e familiare: alla rottura della relazione affettiva e/o coniugale, infatti, sempre più frequentemente il minore diventa oggetto di contesa, spesso condotto o trattenuto all'estero da uno dei genitori che, in tal modo, lo sottrae al legittimo esercizio della responsabilità genitoriale dell'altro<sup>3</sup>.

Il tema si presenta di particolare complessità, non solo per la delicatezza degli interessi da tutelare, ma anche sul piano tecnico-giuridico, dal momento che il fenomeno della sottrazione internazionale di minori incrocia tre diversi settori dell'ordinamento giuridico - diritto internazionale privato, diritto europeo e diritto nazionale - e due differenti giurisdizioni, civile e penale<sup>4</sup>. Per il suo carattere transnazionale, è proprio nel settore del diritto internazionale privato che il fenomeno si è particolarmente imposto all'attenzione, determinando la necessità di pervenire alla stipula di accordi multilaterali e bilaterali. Tra questi, un ruolo di primo piano spetta alla *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento*, aperta alla firma a Lussemburgo il 20.05.1980 (Convenzione di Lussemburgo) ed applicabile nei Paesi membri del Consiglio d'Europa, e alla *Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, aperta alla firma all'Aja il 25.10.1980 (Convenzione dell'Aja)<sup>5</sup>, che ha un ambito di applicazione più vasto, esteso a tutti i Paesi firmatari della stessa<sup>6</sup>. Entrambe le Convenzioni sono state recepite nell'ordinamento italiano, non senza ritardo, con legge di ratifica ed esecuzione del 15.01.1994 n. 64<sup>7</sup>. Il regime delle Convenzioni internazionali risulta inoltre integrato dalla disciplina emanata con il *Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (cd. Bruxelles II bis)*; tale Regolamento prevede anch'esso norme dirette a regolare gli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, in vista dell'obiettivo di favorirne il rapido rientro

<sup>3</sup> A. Salzano, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milano 1995, 13 ss. Su formazione e dissoluzione delle unità familiari, attraverso un'analisi degli indicatori su matrimoni e divorzi in ambito europeo, cfr. *Marriage and divorce statistics. Crude marriage and divorces rates, EU-28, 1965-2015, June 2018*, in Eurostat, [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>4</sup> Sul punto, cfr. A. Monge Fernandez (a cura di), *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona 2019, 95 ss.

<sup>5</sup> Per la consultazione dei principali documenti relativi all'operatività e all'attuazione della Convenzione dell'Aja del 25.10.1980, si rinvia al sito istituzionale: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>6</sup> Alla data del 19 luglio 2019 il numero degli Stati parte della Convenzione dell'Aja è di centouno, v. *Status table*, in [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>7</sup> L. 15.01.1994, n. 64, in *Gazz.Uff.*, 29.01.1994, n. 23, S.O. In argomento, cfr. Salzano A., *op.cit.*, 20 s. e 89 ss.; M. Di Stefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minore*, Padova 2012, 39 ss.; A. Caputo, *La sottrazione internazionale di minori. Tra diritto penale e ordinamenti sovranazionali*, Roma 2013, 67 ss.

nel luogo di residenza abituale<sup>8</sup>. In ambito europeo, poi, è da segnalare l'istituzione, dal 1987, dell'*Ufficio del Mediatore del Parlamento europeo sui casi di sottrazione internazionale di minori* - oggi denominato *Coordinatore del Parlamento europeo per i diritti dei minori* - con il compito precipuo, tra gli altri, di fornire assistenza ai cittadini europei coinvolti in casi di sottrazione di minore da parte di un genitore e in altre controversie familiari transfrontaliere<sup>9</sup>.

Si tratta di un complesso sistema normativo che mira a predisporre strumenti rapidi ed efficaci di tutela extrapenale del minore dai possibili pregiudizi derivanti da trasferimenti indebiti<sup>10</sup>. In tale direzione, le Convenzioni di Lussemburgo e dell'Aja - seppure con contenuto, condizioni ed ambiti di applicazione differenti<sup>11</sup> - condividono la medesima finalità di tutela del diritto di affidamento e visita del genitore, nel 'superiore interesse del minore'<sup>12</sup>. La Convenzione di Lussemburgo appartiene alla categoria degli accordi in tema di cooperazione giudiziaria e disciplina gli aspetti relativi al riconoscimento e all'esecuzione di decisioni e provvedimenti in tema di affidamento dei minori e ristabilimento dell'affidamento. La Convenzione dell'Aja, invece, disciplina gli aspetti civilistici della sottrazione internazionale di minori, predisponendo strumenti atti a garantire - per mezzo di un'Autorità centrale istituita in ciascuno Stato contraente - il rapido rientro del minore sottratto, condotto o indebitamente trattenuto all'estero, nel luogo di residenza abituale in uno degli Stati contraenti, con esclusivo riferimento alla situazione di mero fatto<sup>13</sup>. Tale Convenzione, che distingue il diritto di affidamento dal diritto di visita e prevede per le due situazioni una tutela differenziata, ha per scopo principale il ripristino della situazione antecedente alla sottrazione del minore, a prescindere dall'esistenza di un precedente o successivo provvedimento di affidamento e/o dal riconoscimento della sua efficacia da parte dello Stato nel quale il minore sottratto è stato illecitamente trattenuto o condotto<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> Sui rapporti tra il Regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja del 1980, v. A. Caputo, *op.cit.*, 127 ss.; L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Vol. VI, *I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento degli animali e contro la famiglia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2009, 744 ss.; Cass. Civ., 14.01.2014, n. 3540, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass. Civ., 23.01.2013, n.1527, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>9</sup> *Office of the European Parliament Coordinator on children's rights*, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>10</sup> V. A. Salzano, *op.cit.*, 13 ss.

<sup>11</sup> Sul punto, A. Salzano, *op.cit.*, 47 ss., 61 ss. e 73 ss.; Cass. Civ., 19.05.2010, n. 12293, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass. Civ., 7.03.2007, n. 5236, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>12</sup> Cfr., per tutti, M. Di Stefano, *op.cit.*, 19 ss.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. civ., 10.08.2007, n.17648 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>14</sup> Sui presupposti per l'applicazione della Convenzione dell'Aja, v. L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale, cit., Materiali: Bibliografia - Fonti - Giurisprudenza*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2010, 274 ss.

Si tratta di una disciplina ampiamente recepita nel nostro ordinamento giuridico e nelle pronunce della giurisprudenza civile, sia di merito che di legittimità<sup>15</sup>. Paradigmatico, in tal senso, il problema della determinazione del luogo di residenza abituale del minore - elemento fondamentale ai fini dell'applicazione della Convenzione dell'Aja - che, secondo un orientamento ormai consolidato, va individuato sulla base di criteri fattuali e non meramente formali. Al riguardo, la Corte di Cassazione ha precisato che, ai fini del procedimento monitorio, la Convenzione dell'Aja fa riferimento alla residenza abituale del minore «al duplice scopo di stabilire il luogo dal quale questi non deve essere arbitrariamente distolto ed in cui, se allontanato, deve essere immediatamente riaccompagnato e di individuare il titolare del diritto di custodia, legittimato ad agire per il rimpatrio» e che la nozione di 'residenza abituale' posta dalla succitata Convenzione corrisponde ad una situazione di fatto, dovendo per essa intendersi «il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località della sua quotidiana vita di relazione. Tale accertamento è riservato all'apprezzamento del giudice del merito, ed è incensurabile in sede di legittimità, se congruamente e logicamente motivato»<sup>16</sup>.

Nel tempo, gli orientamenti applicativi delle norme contenute nella Convenzione dell'Aja hanno visto sempre più prevalere, in una valutazione caso per caso, il concetto di 'interesse superiore del minore'. Da ciò è progressivamente scaturita la rottura della tradizionale equivalenza tra tutela del diritto di affidamento e tutela del minore, ovvero dell'automatismo secondo cui la migliore soluzione è sempre il ripristino dello *status quo ante* rispetto alla sottrazione; in molte situazioni, infatti, il rientro nel luogo di residenza abituale non è detto costituisca la soluzione più rispondente alle esigenze del minore e, pertanto, non sempre è opportuno perseguire l'obiettivo del 'rientro ad ogni costo', specie nei casi in cui la sottrazione sia maturata in situazioni di rischio per il minore o, addirittura, in contesti violenti<sup>17</sup>. A tal proposito, particolare rilievo rivestono le disposizioni della Convenzione dell'Aja in cui è espressamente previsto che, pur se presentata tempestivamente e in presenza di tutti i presupposti di fatto e di diritto<sup>18</sup>, l'istanza di rientro del minore può essere rifiutata dallo Stato richiesto,

<sup>15</sup> Sulle pronunce in tema di violazione delle norme sul diritto di affidamento e di visita v. l'ampia rassegna giurisprudenziale in L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, cit., *Materiali: Bibliografia - Fonti - Giurisprudenza*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 274 ss., 278 ss.

<sup>16</sup> Cass. Civ., 19.10.2006, n. 22507, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>17</sup> M. Di Stefano, *op.cit.*, 19 ss., 109 ss. e 131 ss.; A. Caputo, *op.cit.*, 20 ss.

<sup>18</sup> L'art. 12 della Convenzione dell'Aja dispone: «Qualora un minore sia stato trasferito o trattenuto in modo illecito ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato. L'Autorità

qualora si accerti che sussiste un «fondato rischio per il minore di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile», ovvero si accerti che il minore «si oppone al ritorno e che ha raggiunto un'età e un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere»<sup>19</sup>, ovvero ancora nel caso in cui il rientro non sia consentito «dai principi fondamentali dello Stato richiesti relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»<sup>20</sup>.

E' sulla base di tali premesse, fattuali e normative, che si è ritenuto opportuno introdurre anche sul piano nazionale strumenti normativi adeguati alle trasformazioni della realtà ed utili a contrastare il crescente fenomeno della sottrazione internazionale di minori, già da tempo all'attenzione del legislatore<sup>21</sup>. Il reato di «sottrazione e trattenimento di minore all'estero», quindi, è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano dall'art. 3 co. 29 lett. b della l. 15.07.2009, n. 94, 'Disposizioni in materia di sicurezza pubblica' unitamente ad altre norme emanate nel dichiarato intento di rafforzare la tutela penale di 'soggetti deboli'<sup>22</sup>, nel contesto di un ampio ed eterogeneo intervento legislativo in funzione fortemente simbolica, in materia di immigrazione, contrasto alla criminalità organizzata e diffusa, sicurezza stradale e decoro urbano<sup>23</sup>.

2.- L'art. 574 bis Cp prevede al primo comma la reclusione da uno a quattro anni per «chiunque sottrae un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o

---

giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il rientro del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente (...)».

<sup>19</sup> L'art. 13 della Convenzione dell'Aja dispone: «Nonostante le disposizioni del precedente articolo, l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, istituzione o ente che si oppone al ritorno dimostri: a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno o b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile. L'Autorità amministrativa o giudiziaria può altresì rifiutare di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tenere conto del suo parere (...)». In argomento, cfr. Cass. Civ., 26.09.2016, n.18846, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>20</sup> V. l'art. 20 della Convenzione dell'Aja.

<sup>21</sup> Sui tentativi di riforma e le proposte di legge in tema di sottrazione internazionale di minori, a partire dagli anni '80, cfr. A. Caputo, *op.cit.*, 20 ss.

<sup>22</sup> Sulla genesi legislativa dell'art. 574 bis Cp v. A. Natalini, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, in, *Delitti contro la famiglia*, a cura di S. Preziosi, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da S. Moccia, Napoli 2011, 567 ss.; sulla tutela penale dei minori, 'soggetti deboli', v. M. Bertolino, *Il minore vittima di reato*<sup>3</sup>, Torino 2010, 3 ss.

<sup>23</sup> O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n.11 conv. in legge 23 aprile 2009, n.38 e alla legge 15 luglio 2009, n.94)*, Torino 2009, *passim*.



al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della responsabilità genitoriale» e, al secondo comma, la reclusione da sei mesi a tre anni se il medesimo fatto «è commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo consenso». Va rilevato che, ad oggi, rispetto alla formulazione originaria le parole 'potestà dei genitori' e 'potestà genitoriale' ai co. 1 e 3 sono state sostituite con le attuali 'responsabilità genitoriale' dall'art. 93 co.1 lett. r d.lgs. 28.12.2013, n.154, in tema di *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*. Per effetto della novella legislativa del 2009, quindi, il quadro complessivo delle ipotesi incriminatrici vigenti in tema di sottrazione di minori ed incapaci risulta essere il seguente:

1. sottrazione consensuale di un minore ultraquattordicenne al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore e/o trattenimento dello stesso contro la volontà del genitore o del tutore, procedibile a querela del genitore o del tutore e punibile con la reclusione fino a due anni (art. 573 co.1), e relative ipotesi attenuate ed aggravate, rispettivamente, dal fine di matrimonio e di libidine (art. 573 co.2);

2. sottrazione o trattenimento di un minore ultraquattordicenne, senza il suo consenso, per fine diverso da quello di libidine o matrimonio, procedibile a querela e punibile con la reclusione da uno a tre anni (art. 574 co.2);

3. sottrazione o trattenimento di un minore infraquattordicenne o di un infermo di mente contro la volontà del genitore, tutore o curatore, procedibile a querela e punibile con la reclusione da uno a tre anni (art. 574 co.1);

4. sottrazione di minore, condotto o trattenuto all'estero contro la volontà del genitore o tutore, procedibile d'ufficio e punibile con la reclusione da uno a quattro anni (art. 574 bis co.1);

5. sottrazione di un minore ultraquattordicenne, condotto o trattenuto all'estero con il suo consenso, contro la volontà del genitore o tutore, procedibile d'ufficio e punibile con la reclusione da sei mesi a tre anni (art. 574 bis co.2)

Va subito precisato che l'introduzione della norma incriminatrice non ha determinato alcuna estensione dell'area delle condotte penalmente rilevanti, dal momento che tutti i fatti sussumibili nell'attuale art. 574 bis Cp sarebbero stati senz'altro riconducibili anche alle preesistenti ipotesi di sottrazione di minore e/o incapace<sup>24</sup>: per opinione concorde di dottrina e giurisprudenza, infatti, l'unico elemento specializzante della nuova norma incriminatrice rispetto a quelle preesistenti è rappresentato dal trasferimento o trattenimento del minore al di fuori

---

<sup>24</sup> A. Valsecchi, *Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenni*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, *op.cit.*, 277.

del territorio nazionale, che varrebbe peraltro a giustificargli il più severo trattamento sanzionatorio<sup>25</sup>.

La *ratio* di tutela dell'art. 574 *bis* Cp è dunque indicata nell'esigenza di contrastare il fenomeno che si verifica quando, alla rottura della relazione affettiva o coniugale, il minore viene condotto o trattenuto all'estero da uno dei genitori, che in tal modo lo sottrae al legittimo esercizio della responsabilità genitoriale dell'altro<sup>26</sup>. Sul punto, vale la pena precisare che già prima della novella del 2009 - in virtù della parziale declaratoria di incostituzionalità degli artt. 573 e 574 Cp<sup>27</sup> e delle modifiche intervenute nella disciplina del diritto di famiglia - caduto l'ostacolo alla possibilità che entrambi i genitori potessero avere la soggettività attiva e passiva dei reati di sottrazione e ritenzione di minore, era fuor di dubbio che il delitto di sottrazione potesse essere commesso anche da un genitore in danno dell'altro<sup>28</sup>. Ad ogni modo, il legislatore del 2009 ha opportunamente configurato il reato di sottrazione internazionale di minore come reato comune, punendo la condotta di «chiunque» sottrae un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale. Tuttavia, la qualità di genitore del minore sottratto in capo al soggetto agente assume rilevanza a fini ulteriormente sanzionatori, dal momento che se il reato è commesso «da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale» (art. 574 *bis* Cp co.3)<sup>29</sup>, automatismo sanzionatorio che solleva seri dubbi di compatibilità con diversi principi costituzionali<sup>30</sup>.

L'individuazione del soggetto passivo del reato, invece, risente delle diverse impostazioni in ordine alla determinazione del bene giuridico protetto dalla norma<sup>31</sup>. Secondo un'impostazione tradizionale, che identifica il bene giuridico protetto dai reati di sottrazione nella potestà (oggi, responsabilità) genitoriale, il minore sarebbe oggetto materiale della condotta di sottrazione, mentre soggetto passivo, ovvero persona offesa dal reato, sarebbe il titolare della responsabilità genitoriale sul minore,

<sup>25</sup> Cass. 8.02.2018 n. 24932, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass. 18.10.2017 n. 2671 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass. 31.03.2016 n. 17679, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass. 14.10.2014, n. 45266 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); App. Venezia 11.10.2013 n. 1420, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015, 7; A. Natalini, *op.cit.*, 576; A. Spina, *sub art. 574 bis*, in *Codice penale*<sup>7</sup>, Tomo II, a cura di T. Padovani, Milano 2019, 3632; L. Picotti, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero: difficoltà applicative e spunti interpretativi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 aprile 2015, 5; A. Valsecchi, *op.cit.*, 277; M. Scoletta, *Nuovo delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G. L. Gatta, Milano 2009, 90 e 93.

<sup>26</sup> A. Valsecchi, *op.cit.*, 276.

<sup>27</sup> C. Cost., 22.02.1964 n. 9, in *RIDDP* 1964, 183.

<sup>28</sup> A.A. Dalia, *Sottrazione di minori ed incapaci*, in *ED*, XLIII, 1990, 192.

<sup>29</sup> A. Natalini, *op.cit.*, 576 ss.

<sup>30</sup> V. *infra*, par. 4, nota 113.

<sup>31</sup> S. Larizza, *Sottrazione di minore o di incapace*, in *DigDpen*, XIII, 1997, 522. V. *infra*, par. 3

ovvero il tutore e/o il curatore nelle ipotesi previste<sup>32</sup>. Altra parte della dottrina, invece, nei termini in cui configura il reato come plurioffensivo, ritiene che soggetto passivo debba essere considerato anche il minore o l'incapace, quale titolare dei beni che possono essere lesi dall'ostacolo frapposto all'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>33</sup>. Non appare contestabile, poi, l'orientamento secondo il quale non sarebbero da considerare persone offese dal reato i soggetti cui è stata affidata o delegata la cura, la custodia e l'assistenza dei minori o degli incapaci sottratti, come nel caso di soggetti responsabili di luoghi di istruzione, sanitari, etc.<sup>34</sup>.

La condotta di sottrazione punibile in tutte le ipotesi previste dal codice può essere realizzata in forma alternativa, come trasferimento e/o trattenimento del minore o dell'incapace. La distinzione attiene, con ogni evidenza, alla situazione di fatto preesistente all'estrinsecarsi della condotta stessa, all'evidente scopo di attribuire rilevanza penale anche a comportamenti lesivi che siano posti in essere quando il minore o l'incapace si trovava già nella sfera di disponibilità del soggetto attivo, per effetto di un rapporto lecito di affidamento o di contiguità<sup>35</sup>. Il delitto, quindi, può commettersi mediante sottrazione vera e propria (conduzione o trasferimento) oppure mediante trattenimento del minore che già si trova per causa lecita nella sfera di disponibilità del soggetto agente, ed è indifferente che l'iniziativa sia riconducibile a questi o al minore, essendo sufficiente ad integrare il reato una condotta idonea a sottrarre il minore alla sfera di vigilanza del genitore o del tutore.

L'art. 574 *bis* Cp, quindi, come nelle ipotesi previgenti, configura la condotta di trattenimento come specificazione di una delle modalità di consumazione della sottrazione, realizzabile sia mediante conduzione del minore all'estero che mediante trattenimento dello stesso all'estero. La condotta incriminata, pertanto, è sia quella di chi conduce illegittimamente il minore dal luogo in cui si trova in un altro luogo situato in territorio estero, sia quella di chi trattiene illegittimamente il minore all'estero, ove già si trovava legittimamente. In tal senso, si ritiene integrato l'art. 574 *bis* Cp, sotto forma di trattenimento indebito, nelle ipotesi di mancato rientro del minore al termine del periodo di visita o di ogni altro soggiorno temporaneo fuori dal territorio dello Stato, contro la volontà del genitore affidatario<sup>36</sup>.

Secondo un orientamento tradizionale ed ampiamente condiviso, la condotta materiale del reato di sottrazione presuppone un trasferimento fisico, in virtù del quale il minore o l'incapace viene condotto in un luogo diverso da quello in cui si trova o

---

<sup>32</sup> A. Santoro, *Sottrazione di minori ed incapaci*, in *NssDI*, XVII, 1970, 1032 e 1034.

<sup>33</sup> A. Valsecchi, *op.cit.*, 278.

<sup>34</sup> C. Carioti, *La tutela del soggetto debole nei delitti di sottrazione consensuale di minorenni e di persone incapaci*, in *GP* 2015, 564.

<sup>35</sup> Così, A.A. Dalia, *op.cit.*, 192.

<sup>36</sup> A. Natalini, *op.cit.*, 581.



dovrebbe trovarsi - *abductio de loco in locum* - con conseguente allontanamento dello stesso dalla zona di vigilanza del genitore o del tutore. Tuttavia, l'interpretazione adeguatrice affermata in dottrina e giurisprudenza negli ultimi anni ha reso più complessa la valutazione della condotta tipica, che non si identifica più nella mera sottrazione fisico-spaziale: gli ampi spazi di libertà progressivamente riconosciuti al minore, infatti, conducono ad una vera e propria 'smaterializzazione' della condotta tipica, che in taluni casi si ritiene realizzarsi anche mediante mere interferenze con l'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>37</sup>. Com'è stato da tempo evidenziato già rispetto al reato di sottrazione consensuale di minore, «se si presume che il minore deve sottostare alle direttive del genitore, a prescindere da criteri spaziali, qualsiasi deviazione potrà essere coperta dall'art. 573, che denuncia di fatto la sua vocazione a divenire strumento restrittivo della libertà personale»<sup>38</sup>. Il concetto di sottrazione, pertanto, non implica necessariamente e sempre il trasferimento fisico del minore dal luogo in cui viene esercitata la responsabilità genitoriale, poiché il minore stesso può godere di una certa libertà di movimento per ragioni di studio, lavoro e per scelta educativa del genitore, salve le ipotesi in cui tale libertà di movimento rifletta trascuratezza o assoluta indifferenza<sup>39</sup>. Nel concetto di sottrazione, quindi, «rientrano non solo tutti i comportamenti che implicano lo spostamento del minore da un luogo ad un altro, ma anche quelli che non permettono l'esercizio delle relazioni esistenziali tra il minore e coloro che sono titolari della potestà genitoriale o della tutela. A sua volta il concetto di ritenzione implica il permanere del minore nella sfera di vita e controllo del soggetto non titolare dei poteri di educazione, cura, etc.»<sup>40</sup>.

Per espressa previsione legislativa, conduzione e trattenimento all'estero devono realizzarsi contro la volontà del genitore o tutore. Tale dissenso, che è elemento costitutivo della fattispecie, non deve necessariamente essere espresso e può anche essere presunto, ma deve sussistere in concreto e non desumersi dal mero fatto della sottrazione o trattenimento e pertanto, essere sempre oggetto di accertamento in concreto da parte del giudice<sup>41</sup>. Ne deriva che se i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale hanno acconsentito, il reato non sussiste non per l'esistenza di una causa di giustificazione, bensì perché non sussiste un elemento del fatto tipico<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> M. Bertolino, *op.cit.*, 83.

<sup>38</sup> L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 700.

<sup>39</sup> Cfr. la casistica in M. Miedico, *sub art. 573*, in *Codice penale commentato*<sup>4</sup> fondato da G. Marinucci, E. Dolcini, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano 2015, 2782 s.

<sup>40</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*<sup>2</sup>, Bologna 2007, 350.

<sup>41</sup> Cass. 29.10.1996, n.1032, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>42</sup> A. Manna, *Sottrazione di minorenni e persone incapaci*, in *EG*, XXX, 1993, 3.

La fattispecie soggettiva del reato è prevista in termini di dolo generico, ossia quale consapevolezza e volontà di sottrarre o trattenere il minore per un tempo apprezzabile fuori dalla sfera di vigilanza e custodia dei genitori o del tutore, con la consapevolezza della contraria volontà di questi, conducendolo o trattenendolo all'estero. Nel caso di delitto consumato da un genitore nei confronti dell'altro, si è ritenuto che il dolo esiga la volontà di sottrazione del minore alla sfera di controllo di questi in modo globale, non essendo sufficiente a tal fine il mero trasferimento del minore in luogo diverso dall'abitazione familiare<sup>43</sup>. Ai fini della responsabilità dolosa, l'autore, quindi, deve rappresentarsi e volere l'intero fatto tipico, incluso l'evento di impedimento dell'esercizio della responsabilità genitoriale; anche la volontà contraria del genitore o del tutore deve essere nota al soggetto agente, quale elemento ulteriore che deve sussistere in concreto<sup>44</sup>.

Il momento consumativo del reato è individuato nell'impedimento, in tutto o in parte, dell'esercizio della responsabilità genitoriale o del tutore contro la cui volontà sia avvenuta la sottrazione<sup>45</sup>. La dottrina, valorizzando il dato testuale della novella legislativa nell'unico punto in cui sembra innovare la tradizionale descrizione normativa del reato di sottrazione («impedendo in tutto o in parte l'esercizio della responsabilità genitoriale»), ritiene che tale impedimento configuri il vero e proprio evento del reato e, quindi, il momento della effettiva realizzazione dell'offesa al bene giuridico conseguente alla condotta di sottrazione realizzata mediante conduzione o trattenimento all'estero del minore contro la volontà del genitore o del tutore<sup>46</sup>. La realizzazione della condotta tipica, quindi, richiederebbe il verificarsi di un impedimento effettivo, totale o parziale, all'esercizio della responsabilità genitoriale, che si ha nelle ipotesi di allontanamento del minore dal luogo di abituale dimora per un apprezzabile periodo di tempo: conduzione e trattenimento devono avvenire e protrarsi, nel senso che non assumerebbe rilievo penale una mera sottrazione momentanea<sup>47</sup>. Al riguardo, ad esempio, la giurisprudenza ha puntualizzato che la condotta di sottrazione contraria alla volontà dell'esercente la responsabilità genitoriale deve essere incompatibile con l'esercizio di tale funzione e non meramente interferente, con la conseguenza che la condotta non potrebbe essere realizzata qualora l'agente si sia limitato a dare ospitalità al minore, in un luogo noto ed accessibile al genitore, senza impedire o ostacolare in alcun modo l'esercizio delle

---

<sup>43</sup> T. Chieti, 17.05.2018, n. 653 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>44</sup> Sul punto, cfr. A. Natalini, *op.cit.*, 585 s.

<sup>45</sup> Cass. 14.10.2014, n. 45266 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>46</sup> L. Picotti, *op.cit.*, 4; A. Natalini, *op.cit.*, 582 s.

<sup>47</sup> A. Manna, *op.cit.*, 3.

facoltà e l'adempimento dei doveri connessi e non ledendo, pertanto, il diritto di vigilanza e controllo<sup>48</sup>.

Pacifica, in dottrina, è la configurazione del reato in esame come permanente, per la cui compiuta realizzazione si richiede, per l'appunto, che sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo, sufficiente ad integrare la lesione del bene giuridico protetto. Pertanto, se il delitto si intende consumato nel momento in cui dalla condotta di sottrazione deriva un effettivo impedimento all'esercizio della responsabilità genitoriale, la permanenza ha termine sia allorché il soggetto agente ponga fine alla situazione di aggressione al bene, sia per effetto della sopravvenuta impossibilità di compiere la stessa<sup>49</sup>. Del pari pacifica è considerata l'ammissibilità del tentativo<sup>50</sup>.

L'elemento specializzante rispetto alle previgenti ipotesi codicistiche di sottrazione, individuato nella conduzione o nel trattenimento del minore al di fuori del territorio nazionale, ha dato luogo a taluni problemi interpretativi fin dalle prime applicazioni dell'art. 574 *bis* Cp. Di recente, ad esempio, in un caso di sottrazione internazionale di minore, si è optato per l'applicabilità dell'art. 574 in luogo dell'art. 574 *bis* Cp, per essere stata la condotta di sottrazione mediante trattenimento realizzata da cittadina italiana interamente all'estero e non anche in parte sul territorio nazionale; si è ritenuto doveroso in tal caso applicare l'art. 9 Cp, che prevede la procedibilità per i delitti comuni commessi dal cittadino italiano all'estero a condizione che il soggetto «si trovi nel territorio dello Stato»<sup>51</sup>. Senonché, il richiamo all'art. 9 Cp rischia di condurre ad una disapplicazione in concreto dell'art. 574 *bis* Cp in tutti i casi di trattenimento abusivo del minore commesso interamente al di fuori del territorio dello Stato, ovvero di abuso del cd. diritto di visita mediante trattenimento nelle ipotesi in cui la conduzione al di fuori del territorio è in origine lecita perché realizzata con il consenso iniziale dell'altro genitore, contro la cui volontà il minore viene successivamente trattenuto all'estero. Sul punto, pare da condividere l'orientamento di chi, coerentemente con la qualificazione dell'art. 574 *bis* Cp come reato di evento, ritiene invece più corretto il richiamo all'art. 6 Cp, a norma del quale il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando ivi si è verificato «l'evento che è la conseguenza dell'azione o dell'omissione», individuato, nel caso di specie, nell'impedimento, totale o parziale, dell'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>52</sup>. Tale impostazione è peraltro condivisa anche da una parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui «è la norma ad aver stabilito la punibilità

<sup>48</sup> Cass. 2.05.2000, n. 7292, in *CP* 2003, 147, 36 (s.m.).

<sup>49</sup> L. Picotti, *op.cit.*, 8 s.; A. Natalini, *op.cit.*, 584; A. Valsecchi, *op.cit.*, 278.

<sup>50</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *op.cit.*, 351; A. Natalini, *op.cit.*, 592.

<sup>51</sup> T. Milano, 5.06.2013, n. 13773 in *www.iusexplorer.it*.

<sup>52</sup> L. Picotti, *op.cit.*, 8.

della condotta di trattenimento realizzata interamente all'estero, in quanto l'elemento di collegamento con la giurisdizione italiana (onde evitare che condotte siffatte ovunque commesse siano punibili *tout court* secondo la legge italiana) è pur sempre rappresentato dall'evento che deve verificarsi sul territorio dello Stato, costituito, nel caso che la condotta riguardi i figli minori, dall'impedimento in tutto o in parte dell'esercizio delle prerogative inerenti la responsabilità genitoriale. Infatti la offensività della condotta va rapportata all'incidenza che l'azione di trasferimento o di trattenimento all'estero abbia avuto sull'armonico esercizio delle prerogative genitoriali»<sup>53</sup>.

Per quanto riguarda l'ipotesi di cui al secondo comma, è da condividere l'orientamento secondo cui si tratterebbe di una fattispecie autonoma di reato piuttosto che di una mera circostanza attenuante del reato di cui al primo comma. In tal senso, le figure di reato di cui al primo e secondo comma dell'art. 574 *bis* Cp sembrano configurare, rispettivamente, due ipotesi speciali dei reati di cui agli artt. 574 e 573 Cp<sup>54</sup>. Il secondo comma dell'art. 574 *bis*, infatti, presenta una base comune alla 'tradizionale' ipotesi di sottrazione consensuale di minori, che comprende, da un lato, il consenso del minore sottratto quale elemento costitutivo della fattispecie e, dall'altro, la mancanza di consenso, espresso o tacito, di chi sul minore sottratto ha la responsabilità genitoriale o la tutela<sup>55</sup>.

La clausola di sussidiarietà prevista in apertura della norma, «salvo che il fatto costituisca più grave reato», impone di considerare con particolare attenzione il problema dei rapporti con le altre figure di reato e, in particolare, con le ipotesi aggravate del reato di sequestro di persona configurabili qualora sia commesso in danno di discendenti, di minori, di minori di anni quattordici ovvero «se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero», anch'esse di recente introduzione legislativa. Con la stessa l. 94/2009 che ha introdotto l'art. 574 *bis* Cp è stato modificato, all'art. 3 lett. a, l'art. 605 Cp, in tema di sequestro di persona, prevedendo che «se il fatto di cui al primo comma è commesso in danno di un minore, si applica la pena della reclusione da tre a dodici anni. Se il fatto è commesso (...) in danno di minore di anni quattordici o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero, si applica la reclusione da tre a quindici anni».

Orbene, secondo un orientamento tradizionale, può sussistere concorso formale di reati qualora con la sottrazione del minore si leda, oltre alla potestà genitoriale, anche un altro bene giuridico; e tradizionalmente si è ritenuto che il delitto di sottrazione di minore o di persone incapaci possa concorrere con quello di sequestro

---

<sup>53</sup> Cass. 14.12.2017, n.7777, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>54</sup> A. Valsecchi, *op.cit.*, 279; in senso contrario, A. Natalini, *op.cit.*, 587; M. Scoletta, *op.cit.*, 90.

<sup>55</sup> A. Manna, *op.cit.*, 4.

di persona - dal momento che le relative norme tutelano beni giuridici differenti - ogni qual volta vi sia in concreto una limitazione della libertà personale e di movimento del minore<sup>56</sup>. Con l'introduzione della clausola di riserva, però, il legislatore del 2009 sembra aver escluso *in radice* ogni possibilità di configurare il concorso del reato di cui all'art. 574 *bis* Cp con altre ipotesi caratterizzate da medesima condotta materiale, ma con più severo trattamento sanzionatorio. In tal senso, è da ritenere che la condotta di sottrazione internazionale di minore sia assorbita nella più grave ipotesi del sequestro di minore aggravato, ogni qualvolta si configuri altresì una limitazione della libertà personale e di movimento del minore<sup>57</sup>. La clausola di riserva, invece non sembra possa operare in ordine all'art. 388 Cp co.2, in tema di «mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice», trattandosi di reato per cui è prevista una pena meno grave rispetto all'art. 574 *bis* Cp. Di incerta soluzione resta, quindi, il problema dei rapporti tra l'art. 574 *bis* e l'art. 388 Cp co.2 che rende punibile con la reclusione fino a tre anni o la multa da euro 103 a euro 1.032 chi «elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile (...) che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci (...)». A ben vedere, infatti, realizza tale reato il genitore che, senza un giustificato motivo, sottrae o trattiene indebitamente il figlio affidato con provvedimento del giudice all'altro genitore.

Allo scopo di evitare gravi disparità di trattamento - soprattutto in riferimento al trattamento sanzionatorio di situazioni analoghe, a seconda della presenza o meno di un provvedimento di affidamento del giudice civile - la giurisprudenza ha in alcune pronunce ritenuto di poter precisare l'incerto confine di applicazione tra le due norme, affermando che ricorre l'ipotesi di cui all'art. 574 Cp nel caso in cui la condotta del genitore porti ad una globale sottrazione del figlio minore all'altro genitore, ad esempio conducendolo in un luogo lontano ed impedendo ogni rapporto personale tra figlio e genitore; mentre ricorrerebbe l'ipotesi di reato di cui all'art. 388 co.2 Cp in tutti i casi di deviazioni rispetto agli orari e ai tempi di visita previsti nel provvedimento del giudice, come nel caso in cui il genitore affidatario non ottemperi a particolari prescrizioni, non consentendo, ad esempio, nel giorno fissato la visita dell'altro genitore o modificando arbitrariamente le modalità di visita fissate dal giudice medesimo<sup>58</sup>. C'è da chiedersi se tale distinzione possa essere richiamata anche in ordine alla norma di recente introduzione. Ed invero, non si è mancato di osservare che l'art. 574 *bis* e l'art. 388 co.2 Cp sono posti a tutela di distinti beni giuridici - l'esercizio della responsabilità genitoriale nel primo caso, l'autorità delle decisioni

<sup>56</sup> Sul punto, cfr. Cass. 15.10.1977, in *CP* 1979, 343 ss., con nota critica di G.A. De Francesco, *Note in tema di concorso tra il delitto di sottrazione di incapaci e il sequestro di persona, e tra le aggravanti della minorata difesa e dell'abuso di relazioni*, ivi, 348 ss.; Cass. 22.12.2008, n. 47544, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>57</sup> A. Natalini, *op.cit.*, 597.

<sup>58</sup> Cass. 22.04.1980, in *GP* 1981, III, 142 ss.



giudiziarie nel secondo - ed hanno struttura e contenuti differenti. Superato l'orientamento secondo cui il rapporto tra il reato di sottrazione di minori ed incapaci e l'art. 388 co.2 Cp si riteneva regolato dal principio di specialità<sup>59</sup>, si afferma da taluni la configurabilità di un concorso formale tra il nuovo reato di sottrazione e trattenimento di minori all'estero e l'ipotesi di elusione dei provvedimenti del giudice in tema di affidamento<sup>60</sup>.

3.- Il legislatore del 2009 ha scelto di inserire la nuova norma incriminatrice nel titolo XI del codice penale, relativo ai "delitti contro la famiglia", a chiusura del capo IV "Dei delitti contro l'assistenza familiare", collocando l'art. 574 *bis* subito dopo i reati di "sottrazione consensuale di minorenni" (art. 573) e "sottrazione di persone incapaci" (art. 574). Tale collocazione sistematica non può non tenersi in debita considerazione al fine di una corretta determinazione dei contenuti e dei limiti della condotta incriminata. L'appartenenza ad un determinato gruppo di fattispecie piuttosto che ad un altro, infatti, è solitamente determinata da comuni ragioni di politica criminale che orientano il legislatore nella formulazione e nell'introduzione di nuove norme e che, anche se non vincolanti per l'interprete, fanno spesso emergere elementi di vicinanza anche sul piano strutturale<sup>61</sup>. E' per questa ragione che appare utile considerare il contesto normativo nel quale la nuova norma è stata inserita e, in particolare, gli artt. 573 e 574 Cp, rispetto ai quali il reato previsto all'art. 574 *bis* Cp si configura come ipotesi incriminatrice speciale<sup>62</sup>.

Come da tempo evidenziato dalla dottrina più autorevole, il capo IV, "Dei delitti contro l'assistenza familiare", nel quale il legislatore del XXI secolo sceglie di collocare la norma in esame, contiene alcune delle innovazioni più significative introdotte dal legislatore fascista per imporre la sua concezione di famiglia<sup>63</sup>. Tralasciando in questa sede ogni considerazione critica relativa ai delitti di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570), abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571) e maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572)<sup>64</sup>, limiteremo la nostra analisi ai

---

<sup>59</sup> V. E. Calcagno, A. Peccioli, L. Scopinaro, *Reati contro l'amministrazione della giustizia* a cura di P. Pisa, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2009, 408.

<sup>60</sup> Così, A. Natalini, *op.cit.*, 598.

<sup>61</sup> C. Paterniti, F. Paterniti, *Manuale dei reati. Le singole previsioni, Vol. I, Introduzione alla parte speciale del diritto penale, delitti contro la famiglia, stalking, delitti contro l'integrità sessuale*, Milano 2011, 8.

<sup>62</sup> Per tutti, A. Valsecchi, *op.cit.*, 279.

<sup>63</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *op.cit.*, 283 ss. e 319. Sull'inadeguatezza e l'obsolescenza della disciplina codicistica dei delitti contro la famiglia di cui al Titolo XI, cfr., per tutti, M. Bertolino, *op.cit.*, 25 ss; S. Moccia, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, a cura di P. Perlingieri, S. Giova, Napoli 2019, 71 ss.

<sup>64</sup> V. M. Bertolino, *op.cit.*, 46 ss; S. Moccia, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., 80 ss.

delitti di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573) e sottrazione di persone incapaci (art. 574), quali diretti antecedenti dell'art. 574 bis Cp.

Si tratta di figure di reato su cui già da tempo la dottrina più attenta aveva puntato il suo sguardo critico, ponendone in luce le numerose incongruenze, sia in ordine alla "inesatta"<sup>65</sup> e "singolare"<sup>66</sup> collocazione sistematica che alla "incerta" formulazione legislativa<sup>67</sup>, più volte sollecitandone la riforma in vista di un adeguamento ai principi costituzionali e al nuovo modo di concepire il minore e le relazioni familiari<sup>68</sup>. Disarmonie, incongruenze ed insufficienze emerse di frequente anche in sede applicativa e tali da determinare non pochi contrasti giurisprudenziali e questioni di legittimità costituzionale, dinanzi alle quali anche la Consulta, come la dottrina, ha più volte sollecitato un intervento del legislatore<sup>69</sup>.

L'indagine storica evidenzia come i delitti di sottrazione previsti dal legislatore del 1930 trovino origine nel delitto di ratto - inteso quale privazione violenta o fraudolenta della libertà della vittima per finalità sessuali - prima di affermarsi come nucleo normativo autonomo e a sé stante. Sulla scorta di tali origini, parte della dottrina riferisce ai delitti di sottrazione la denominazione di 'ratto improprio' per distinguerli dai delitti di 'ratto proprio'<sup>70</sup> ovvero i delitti di ratto per fine di libidine e di matrimonio, originariamente previsti agli artt. 522-524 Cp e poi abrogati con la l. 15.02.1996 n. 66. Si ritiene, infatti, che tali reati abbiano in comune la condotta materiale (sottrazione o trattenimento di una persona) differenziandosi principalmente - oltre che per la presenza, in taluni casi, del consenso del sottratto - per il bene giuridico protetto: la libertà sessuale nei delitti di 'ratto proprio', l'esercizio della patria potestà nei delitti di 'ratto improprio'<sup>71</sup>. Anche l'indagine sugli antecedenti storici di tali norme in altri ordinamenti giuridici evidenzia la netta contrapposizione nel tempo di due diverse concezioni del reato di sottrazione di minore e di incapace,

<sup>65</sup> A. Santoro, *op.cit.*, 1031.

<sup>66</sup> Così, S. Larizza, *Sottrazione di minore o di incapace*, cit., 521.

<sup>67</sup> Per A.A. Dalia, *op.cit.*, 189, «pur presentandosi come fattispecie minuziosamente descritte (...), le norme che puniscono i fatti di sottrazione o ritenzione di minori e incapaci rivelano disarmonie ed insufficienze non appena ci si discosti dal tenore letterale delle disposizioni, per addentrarsi nella vasta e complessa problematica che esse non riescono ad affrontare adeguatamente, eludendone gli aspetti più delicati e, al contempo, interessanti».

<sup>68</sup> G. Vassalli, *Una normativa da rifare: gli artt. 573 e 574 del codice penale*, in *Giur. Cost.* 1969, XIV, 633 s.; A. Manna, *op.cit.*, 5.

<sup>69</sup> C. Cost., 22.09.1964, n. 9, cit., 183 ss.; C. Cost., 28.03.1969, n. 54, in *Giur. Cost.* 1969, 632; C. Cost. 26.06.1975, n.163, in *Giur. Cost.* 1975, 1431; C. Cost., 6.10.1988 n. 957, in *RP* 1989, 15 ss. In argomento, cfr. S. Larizza, *Sottrazione di minore o di incapace*, cit., 524; L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 695 ss.

<sup>70</sup> A. Santoro, *op.cit.*, 1030 s.

<sup>71</sup> A. Santoro, *op.cit.*, p. 1034; L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 683 ss., 704 s.

visto di volta in volta come reato contro la patria potestà o contro la libertà personale<sup>72</sup>. Ed è proprio tale incerta e mobile collocazione sistematica a mettere in luce le incertezze nell'individuazione del bene giuridico da tutelare<sup>73</sup>. Da questo punto di vista, l'analisi differenziale delle fattispecie riveste particolare utilità, se solo si considera che le prime e maggiori difficoltà interpretative in tema di sottrazione sorgono proprio dal momento della individuazione del bene giuridico protetto<sup>74</sup>.

Per la dottrina, gli artt. 573 e 574 Cp «tutelano l'interesse dei genitori di mantenere il controllo, anche nell'aspetto fisico-spaziale, dei figli, attribuendo rilevanza penale a tutti quei comportamenti, attuati oppure no con il consenso del minore poco importa, consapevolmente volti a sottrarre il minore (o l'incapace) alla sfera di vigilanza e controllo di chi esercita la potestà parentale»<sup>75</sup>. In ordine al profilo di offensività degli artt. 573 e 574 Cp, particolare interesse rivestono gli argomenti sulla base dei quali la Corte Costituzionale ha dichiarato, in una risalente pronuncia, l'illegittimità costituzionale delle due norme, nella parte in cui limitavano il diritto di querela al solo genitore esercente la patria potestà: «(...) È questa delimitazione dell'offesa e conseguentemente, del soggetto passivo che, a giudizio di questa Corte, non risponde né alla natura né all'incidenza effettiva dell'offesa medesima (...). Senza immutazione e alterazione della figura di reato, ma 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. (...) Ne consegue necessariamente una diversa corrispondente estensione della soggettività passiva, con la inclusione anche dell'altro 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»<sup>76</sup>. A partire da tali considerazioni, la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente precisato che l'art. 573 Cp «non tutela l'integrità morale della famiglia, né l'integrità sessuale della persona sottratta, ma l'esercizio dell'autorità familiare e i connessi poteri di vigilanza e custodia, autorità e poteri che vengono menomati quando il minore venga allontanato dal luogo dove si trova in altro che si sappia non autorizzato dai genitori o dal tutore, oppure venga trattenuto in un qualsiasi luogo per un tempo apprezzabile oltre quello presuntivamente consentito

---

<sup>72</sup> A. Manna, *op.cit.*, 1.

<sup>73</sup> S. Larizza, *Sottrazione di minore o di incapace*, cit., 522. L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 687 ss.

<sup>74</sup> A.A. Dalia, *op.cit.*, 189, evidenzia come la collocazione sistematica dei reati di sottrazione di minori ed incapaci, anziché contribuire all'agevole individuazione dell'interesse tutelato, si rivela fonte di equivoci interpretativi.

<sup>75</sup> A.A. Dalia, *op.cit.*, 190.

<sup>76</sup> C Cost. 22.02.1964, n. 9, cit., 188 s.

dalla persona che esercita la patria potestà o la tutela. In entrambi i casi, il reato di sottrazione deve considerarsi consumato non appena sia interrotto, di fatto, il vincolo di soggezione che lega il minore rapito al genitore o tutore, 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»<sup>77</sup>. Sulla scorta di tali pronunce, si è quindi affermato un orientamento rimasto consolidato per lungo tempo, secondo cui il reato di sottrazione di minore sarebbe posto a tutela dell'autorità familiare contro l'azione di coloro che, anche profittando del consenso del minore, rendono impossibile il normale svolgimento dei poteri-doveri di custodia, vigilanza e controllo connessi alla stessa<sup>78</sup>.

Sempre in tema di individuazione dell'oggetto giuridico dell'art. 574 Cp, va menzionata un'altra risalente pronuncia della Consulta nella quale si è precisato che «tale oggetto, desunto dalla formazione della norma, dall'intento che l'ha ispirata e dalla sua lettera, consiste, entro il quadro generale della tutela della famiglia, nella tutela di particolari *status* personali, che creano poteri e, corrispondentemente, doveri, nell'ambito del gruppo familiare. Tale, in primo luogo, lo *status* di esercente la patria potestà (spetti questo esercizio al padre o, in ipotesi subordinata, alla madre) accanto al quale *status* vengono annoverati quelli relativi al tutore, al curatore, all'incaricato di funzioni di vigilanza e custodia»<sup>79</sup>. Con tale sentenza - che secondo autorevole dottrina si distingue per essere rimasta «su posizioni arretrate e inadeguate ad una retta soluzione dei problemi»<sup>80</sup> - la Consulta ha precisato inoltre che il reato «è concepito in funzione e tutela dell'esercizio dei poteri affidati ai componenti delle categorie suelencate, a ciascuno dei quali spetta il diritto di agire mediante querela contro "chiunque" vi attenti»<sup>81</sup>. Nel tempo la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'art. 574 Cp non lede solo il diritto di chi esercita la potestà (che è potere-dovere) del genitore, ma anche il diritto del figlio a vivere nel suo luogo di residenza abituale secondo le indicazioni e determinazioni del genitore stesso, tendendo a configurare il reato come plurioffensivo<sup>82</sup>.

A partire dalla considerazione dei notevoli cambiamenti intercorsi nei costumi, nella morale corrente e nel diritto, in tema di autonomia e libertà di

<sup>77</sup> Cass. 28.01.1966, in *GP* 1967, II, 210 (Il corsivo è nostro).

<sup>78</sup> Cfr. l'ampia rassegna giurisprudenziale riportata da L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, cit., *Materiali: Bibliografia - Fonti - Giurisprudenza*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 258 ss.

<sup>79</sup> C. Cost., 28.03.1969, n. 54, cit., 646.

<sup>80</sup> G. Vassalli, *op.cit.*, 633.

<sup>81</sup> C. Cost., 28.03.1969, n. 54, cit., 646 s.

<sup>82</sup> V. la rassegna giurisprudenziale in L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, cit., *Materiali: Bibliografia - Fonti - Giurisprudenza*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 288 s.

autodeterminazione, anche sessuale, del minore d'età, tali orientamenti hanno subito ulteriori e progressive evoluzioni<sup>83</sup>. Ci si riferisce, in particolare, all'opportuno superamento di applicazioni giurisprudenziali dell'art. 573 Cp in funzione moralizzante, quale strumento di stigmatizzazione, repressione e controllo sulla vita anche sessuale dei minori<sup>84</sup>. Di particolare interesse sono, ancora una volta, le pronunce con le quali la Corte Costituzionale, pur respingendo le questioni di incostituzionalità e demandando al legislatore gli opportuni e necessari interventi, impone di rompere con una tradizione interpretativa di impronta fortemente paternalistica. La Consulta, infatti, argomenta in vista dell'affermazione di una nozione di potestà genitoriale fortemente limitata dalla preminente considerazione dell'interesse del minore e in stretta correlazione con il progressivo riconoscimento giuridico di posizioni di autonomia all'interno del nucleo familiare, tale da far ritenere talune norme inconciliabili con il nuovo apparato normativo civile e penale in tema di rapporti familiari, tutela della libertà sessuale e riconoscimento di diritti e capacità di autodeterminazione del minore; ad avviso della Corte, ciò comporta la necessità di procedere ad un'interpretazione evolutiva in attesa di un intervento del legislatore che finora non vi è stato<sup>85</sup>. In particolare, la Corte costituzionale evidenzia come «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. Tutto questo, però, 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 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. Segnatamente, 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 acquistato e alle aspirazioni nutrite (...), il fatto commesso fosse o non “offensivo”

<sup>83</sup> Cfr., in particolare, Cass. 29.10.1996, n.1032, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>84</sup> M. Bertolino, *op.cit.*, 80 ss.

<sup>85</sup> C. Cost., 6.10.1988 n. 957, cit., 16. Sulle proposte e sui tentativi di riforma degli artt. 573 e 574 Cp v. G. Vassalli, *op.cit.*, 646 s.; A. Manna, *op.cit.*, 5; C. Carloti, *op.cit.*, 559, nota 1.



del bene giuridico tutelato, nell'area del principio di cui all'art. 49 secondo comma Cp»<sup>86</sup>.

Tali indicazioni sono poi state recepite dalla giurisprudenza di merito<sup>87</sup> e di legittimità consentendo, ad esempio, di escludere la sussistenza del delitto di sottrazione consensuale di minori «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 Cp, e cioè dell'esercizio della potestà sui figli minori nell'interesse di questi ultimi»<sup>88</sup>; oppure di disporre l'annullamento senza rinvio di una sentenza di condanna ex art. 573 Cp, precisando che: «...Se le abitudini dei fidanzati, la differenza di età tra essi, la durata della loro relazione sentimentale, l'ambiente nel quale si muovevano ed il tipo di vigilanza in concreto esercitato 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»<sup>89</sup>.

La giurisprudenza giunge, in tal modo, alla tappa conclusiva di un percorso evolutivo che, a partire dalla originaria tutela penale dell'esercizio della 'patria potestà' passa dapprima alla tutela della potestà di entrambi i genitori, nell'interesse della famiglia complessivamente considerata, per approdare, da ultimo, alla tutela della potestà (ora, responsabilità) genitoriale nel 'preminente interesse del minore'. Per effetto di tale interpretazione adeguatrice, la determinazione della portata offensiva della condotta e, quindi, della tipicità della stessa, viene ad essere valutata proprio in relazione a tale interesse, ovvero alla capacità, al grado di maturazione e alle aspirazioni nutrite dal minore<sup>90</sup>. Si tratta di un percorso che trova ulteriori

<sup>86</sup> C. Cost., 6.10.1988 n. 957 cit., 16.

<sup>87</sup> P. Civitanova Marche, 21.10.1989, in *FI* 1989, II, 332: «Posto che, per effetto dei mutamenti intervenuti nel diritto di famiglia, il bene giuridico protetto dall'art. 573 Cp 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, ne deriva che non integra il reato di sottrazione di minorenni, per inidoneità a ledere il bene protetto (art. 49, 2 comma, Cp), 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».

<sup>88</sup> App. Torino, 3.05.1994, in *CP*, 1994, II, 3123.

<sup>89</sup> Cass. 29.10.1996, n.1032, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>90</sup> Cass. 29.10.1996, n.1032, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

conferme anche nelle innovazioni legislative che, da un lato, hanno sostituito al concetto di “potestà” quello di “responsabilità” genitoriale e, dall'altro, hanno attribuito progressivamente un ruolo fondamentale all'ascolto del minore<sup>91</sup> oggetto di esplicito riconoscimento anche in sede internazionale<sup>92</sup> e giurisprudenziale<sup>93</sup>. Il diritto del minore di essere ascoltato nelle procedure che lo riguardano, in particolare, diviene chiara espressione del profondo mutamento di prospettiva che vede nel minore stesso non più solo un oggetto di protezione, ma un vero e proprio soggetto titolare di diritti, il cui riconoscimento conduce gradualmente da un diritto ‘sui minori’ ad un diritto ‘per i minori’ e al passaggio da modelli di disciplina di tipo paternalistico<sup>94</sup> a modelli di disciplina di tipo emancipante e responsabilizzante<sup>95</sup>.

E' da ritenere, pertanto, ormai consolidato l'orientamento che individua il bene giuridico protetto dagli artt. 573 e 574 Cp non più nell'interesse dei genitori all'esercizio dei poteri-doveri connessi alla responsabilità genitoriale, ma nell'interesse del minore a ricevere un'istruzione, un'educazione ed ogni cura necessaria ad una formazione e uno sviluppo adeguati della propria personalità<sup>96</sup>.

Orbene, se per un verso è fuori di dubbio che l'interpretazione evolutiva impone di riferire la tutela penale all'esercizio della responsabilità genitoriale nel ‘preminente interesse del minore’, per un altro è da chiedersi se tale interpretazione adeguatrice e teleologicamente orientata sia utile a sciogliere i numerosi dubbi interpretativi derivanti dalla formulazione legislativa sia delle ipotesi di sottrazione originariamente

<sup>91</sup> In via esemplificativa, si riporta l'art. 336 bis Cc.: «Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento, dandone atto con provvedimento motivato»; l'art. 337 octies Cc., a sua volta, dispone: «Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 337 ter, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo (...)».

<sup>92</sup> M. Bertolino, *op.cit.*, 10 ss.

<sup>93</sup> Cfr. la rassegna giurisprudenziale in tema di audizione del minore in L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, cit., *Materiali: Bibliografia - Fonti - Giurisprudenza*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 276 s.

<sup>94</sup> Sul paternalismo in diritto penale v., da ultimo recentemente A. Cavaliere, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *www.archiviopenale.it* 2017, 3 e ampia bibliografia in nota 1.

<sup>95</sup> Sul punto, v. T. Pitch, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia*, Milano 1989, 115 ss. e 224 s. e, più specificamente, P. Giannino, *Il processo penale minorile*<sup>2</sup>, Padova, 1997, 57 ss.; G. Assante, P. Giannino, F. Mazziotti, *Manuale di diritto minorile*<sup>3</sup>, Bari, 2000, 3 ss., 258 ss.; E. Palermo Fabris, A. Presutti (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, V, diretto da P. Zatti Milano, 2002, 3 ss.

<sup>96</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *op.cit.*, 349. Per una posizione analoga, nell'ambito della dottrina spagnola, cfr. A. Monge, *El delito de sustracción de menores. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Barcelona 2017, 51.

previste nel codice<sup>97</sup> che dello stesso art. 574 *bis* Cp, il quale, sebbene di recente introduzione, di tali norme ripropone in maniera pressoché identica struttura e contenuto. Valgano, al riguardo, le considerazioni di chi ha correttamente evidenziato come gli ampi spazi di libertà ormai riconosciuti al minorenni rendono ancora più incerti i confini della condotta punibile<sup>98</sup>. Stante l'invariato tenore letterale delle norme, infatti, rimangono attuali le perplessità espresse dalla dottrina sulla possibilità di considerare il minorenni o l'incapace come soggetti passivi della sottrazione: pur volendo considerare il minorenni come il destinatario dei poteri-doveri connessi alla responsabilità genitoriale, il contenuto di offesa delle condotte punibili è chiaramente rivolto nei confronti del titolare della posizione/funzione - genitore, tutore, curatore, etc. - e non già direttamente nei confronti del minore<sup>99</sup>.

Alla luce di quanto sopra esposto, risulta evidente che la scelta del legislatore di collocare la nuova norma incriminatrice accanto agli artt. 573 e 574 Cp, riproponendone i medesimi incerti ed obsoleti contenuti di tutela, e quindi di offesa, non appare delle più felici e, soprattutto, pare destinata a riproporre le medesime difficoltà interpretative che, nel tempo, hanno caratterizzato l'applicazione dei reati di sottrazione di minorenni ed incapaci, sia in ordine alla determinazione del contenuto lesivo, che ai rapporti di confine con le altre fattispecie incriminatrici.

E' da condividere, pertanto, la posizione critica di chi evidenzia come il legislatore del 2009, nel seguire, con la nuova norma, la medesima prospettiva di tutela del legislatore del 1930, si è posto in linea con una concezione obsoleta di famiglia, intesa come società chiusa, dominata dalla potestà parentale e nella quale la posizione del minore, nonostante il percorso di riconoscimento giuridico, rimane subalterna<sup>100</sup>. Tanto la collocazione sistematica della norma che il tenore letterale della stessa, infatti, inducono a ritenere che il bene giuridico che il legislatore ha inteso tutelare sia principalmente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale, mentre del tutto in secondo piano sono rimasti sia il bene della libertà personale che i diritti fondamentali del minore<sup>101</sup>. Tale impostazione sembra trovare conferma nel tenore letterale della norma, che individua l'evento lesivo nell'impedimento totale o parziale all'esercizio della responsabilità genitoriale derivante dalla sottrazione mediante conduzione o trattenimento all'estero del minore, contro la volontà del genitore o del tutore<sup>102</sup>, così come nella recente giurisprudenza di merito e di legittimità che, proprio con

---

<sup>97</sup> Cfr. G. Vassalli, *op.cit.*, p. 644 ss.; A.A. Dalia, *op.cit.*, 190.

<sup>98</sup> Così, M. Bertolino, *op.cit.*, 82 s.

<sup>99</sup> A.A. Dalia, *op.cit.*, p. 191; L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 682 s. e 758.

<sup>100</sup> Così, L. Picotti, *op.cit.*, 3.

<sup>101</sup> L. Picotti, *op.cit.*, 2.

<sup>102</sup> L. Picotti, *op.cit.*, 4.

riferimento all'art. 574 *bis* Cp, espressamente afferma: «Non è la valutazione in concreto dell'interesse del minore, ma il fatto stesso della indebita sottrazione, cui si correla l'effettivo ed apprezzabile impedimento di quelle prerogative, che vale a giustificare la sanzione»<sup>103</sup>. L'interesse del minore rimane pertanto sempre sullo sfondo, mentre un ruolo di primo piano assumono le prerogative connesse con la responsabilità genitoriale: «Il genitore che si propone di modificare il luogo di vita del minore non può procedere all'insaputa dell'altro genitore e, se non ne ottiene il consenso, deve rivolgersi all'Autorità giudiziaria perché il fatto stesso della compromissione dell'armonico esercizio delle prerogative genitoriali lede l'interesse protetto dalla norma incriminatrice: la limitazione di tali prerogative può derivare solo da una loro diversa distribuzione secondo una specifica valutazione degli interessi rilevanti formulata dall'Autorità giudiziaria»<sup>104</sup>.

Né pare che tali osservazioni critiche possano essere del tutto superate ritenendo che l'art. 574 *bis* Cp configuri una ipotesi di reato plurioffensivo<sup>105</sup>, posto a tutela sia del complesso di diritti e doveri connessi alla responsabilità genitoriale che dell'interesse del minore al legame familiare e del diritto di vivere nel suo “*habitat naturale*” secondo le indicazioni e determinazioni del genitore stesso<sup>106</sup>. Si tratta, con ogni evidenza, di una scelta di compromesso che non consente di superare le forti difficoltà (rese evidenti dal richiamo giurisprudenziale operato in passato alla valorizzazione del profilo di offensività in concreto ex art. 49 co.2 Cp) derivanti in sede applicativa dalla non corretta individuazione, in sede legislativa, del bene giuridico protetto quale criterio fondante e delimitativo dell'intervento penale<sup>107</sup>. Si tratta di inconvenienti che si verificano invariabilmente ogni qual volta il legislatore non costruisce il nucleo offensivo della fattispecie incriminatrice intorno alla tutela di ben individuati beni giuridici, bensì avuto riguardo ad ampi e generici beni di categoria o, addirittura, quando pone le norme penali a tutela di generiche *rationes* o funzioni<sup>108</sup>.

4.- Ritenuta la disciplina previgente inidonea ad assicurare la tutela dei rilevanti interessi in gioco, il legislatore del 2009 ha dunque scelto di introdurre l'art. 574 *bis* Cp per sanzionare più severamente le condotte di sottrazione connotate dall'elemento del trasferimento o trattenimento del minore all'estero. Nonostante tali condotte

<sup>103</sup> Cass. 31.03.2016 n. 17679, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>104</sup> Cass. 18.10.2017 n. 2671, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>105</sup> A. Natalini, *op.cit.*, 574; A. Valsecchi, *op.cit.*, 278.

<sup>106</sup> T. Chieti, 17.05.2018, n. 653, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>107</sup> In argomento, cfr. i fondamentali contributi di F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *NssDI*, XIX, 1973, 7 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, *passim*.

<sup>108</sup> S. Moccia, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., 72 ss; Id., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *RIDPP* 1995, 343 ss.

potessero già rientrare nel campo di applicazione di norme preesistenti ed essere sanzionate con le pene da esse previste<sup>109</sup>, la maggiore gravità intrinseca attribuita alle ipotesi di sottrazione internazionale di minore ha indotto il legislatore a prevedere una fattispecie autonoma, procedibile d'ufficio e con trattamento sanzionatorio più severo<sup>110</sup>.

In particolare, la novella doveva servire a superare taluni elementi di 'debolezza' attribuiti alla disciplina previgente e principalmente individuati, da un lato, nella mancanza dei presupposti per procedere all'arresto facoltativo in flagranza e all'adozione di misure cautelari e, dall'altro, nei forti limiti conseguenti alla procedibilità a querela. Per tali ragioni, l'art. 574 *bis* Cp non solo introduce la procedibilità d'ufficio e un trattamento sanzionatorio più severo per le ipotesi in cui il minore, consenziente o meno, sia condotto o trattenuto all'estero contro la volontà del genitore o tutore, ma limitatamente alla figura di reato più grave prevede limiti edittali - la reclusione da uno a quattro anni - tali da consentire l'applicazione delle misure di cui agli artt. 381 e 280 Cpp<sup>111</sup>. Senonché, la portata innovativa della riforma risulta oggi, almeno in parte, fortemente ridotta per effetto delle modifiche apportate con la l. 9.08.2013 n. 94, di conversione del d.l. 1.07.2013, n.78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena: la legge, mossa dalla urgente necessità di ridurre la popolazione detenuta, ha disposto l'innalzamento da quattro a cinque anni del limite edittale per l'applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere, con la conseguente restrizione dell'ambito di operatività della stessa (art. 280 co. 2 Cpp)<sup>112</sup>.

Inoltre, in una recente sentenza della Corte di Cassazione si è nuovamente e fondatamente posta in dubbio la legittimità costituzionale della previsione di cui all'art.574 *bis* co.3 Cp, ritenendo non manifestamente infondata - in relazione agli artt. 2, 3, 27 co. 3, 30 e 31 Cost., nonché all'art. 10 Cost., in relazione alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27.05.1991 n. 176 - la questione relativa alla conformità a Costituzione degli artt. 34 e 574 *bis* Cp, nella parte in cui impongono che alla condanna per i fatti di sottrazione internazionale commessi dal genitore in danno del figlio minorene consegua automaticamente e per un periodo predeterminato dalla legge la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>113</sup>. La questione, afferma la Corte di

---

<sup>109</sup> Per un caso interessante di sottrazione internazionale precedente alla riforma del 2009, cfr. L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 761.

<sup>110</sup> A. Spina, *sub art. 574 bis*, cit., 3632 s..

<sup>111</sup> Sul punto, cfr. A. Valsecchi, *op.cit.*, 277.

<sup>112</sup> Sul punto, v. A. Della Bella, *Convertito in legge il decreto carceri 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 settembre 2013, 1.

<sup>113</sup> Analoga questione di legittimità costituzionale dell'art. 574 *bis* Cp è stata dichiarata inammissibile per omissione, nell'ordinanza di rimessione, di qualsiasi accenno ai fatti di causa, tale da impedire la valutazione di



Cassazione, «va valutata non solo dall'angolazione di chi subisce la pena accessoria ma anche da quella di coloro (i figli minorenni) su cui si irradiano le conseguenze delle restrizioni imposte al condannato. Vale considerare che tali conseguenze non si producono semplicemente *de facto* come può avvenire per qualsiasi provvedimento giudiziario - ma *de jure*, perché la applicazione della sospensione della responsabilità genitoriale incide, per sua natura, immediatamente sulla sfera giuridica dei figli del condannato»<sup>114</sup>. In tal senso, la Corte ritiene di poter dubitare della ragionevolezza dell'automaticità dell'applicazione della pena accessoria della sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale, perché essa impedisce al giudice di valutare la corrispondenza tra la sospensione della responsabilità genitoriale e i diritti e gli interessi dei minorenni, negando la possibilità di effettuare un diverso bilanciamento tra i diritti di questi ultimi e le esigenze di prevenzione relative alle condotte dei genitori. In sostanza, si ravvisa un contrasto con l'art. 3 Cost., perché l'automatismo non consentirebbe di effettuare alcun bilanciamento tra la necessità di punire i genitori e l'interesse dei minorenni a crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, da loro ricevendo educazione e cura. Un intervento della Consulta in senso conforme a tali argomentazioni, da ritenere auspicabile, varrebbe a porre ulteriormente in dubbio l'opportunità e l'utilità dell'intervento del legislatore del 2009.

Alla luce di tali osservazioni e dal momento che la portata innovativa dell'art. 574 bis Cp si riduce oggi sostanzialmente alla procedibilità d'ufficio e ad un limitato inasprimento del trattamento sanzionatorio, pare opportuno chiedersi se tale norma non abbia più una valenza simbolica che una reale capacità di innovare il sistema penale in termini di maggiore efficacia della tutela di soggetti deboli. L'aspetto simbolico - che è caratteristica non legittimamente perseguibile, ma obiettiva ed ineliminabile del diritto penale, inerente al suo essere un potente strumento di comunicazione, veicolo di contenuti e valori per il tramite della posizione ed applicazione di norme penali in funzione di stabilizzazione, rafforzamento dei vincoli e dei legami sociali<sup>115</sup> - appare in questo caso completamente svincolato da valutazioni in termini di razionalità ed efficienza dell'intervento penale, con tutte le conseguenze che ne discendono, in termini di caduta di garanzie.

Ed invero, intervenendo in materia di sottrazione di minori il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione per recepire le indicazioni e le linee guida per un intervento

---

rilevanza della questione proposta, v. C. Cost. Ord. n.150 del 20.06.2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>114</sup> Cass. 21.06.2019, n. 27705, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

<sup>115</sup> Sulla funzione generalpreventiva della pena, all'interno di un più ampio concetto di integrazione sociale, cfr. per tutti S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 97 ss.; v. inoltre, nell'ambito di un'estesa letteratura sociologica, G. Mead, *The Psychology of Punitive Justice*, in *American Journal of Sociology*, 1918, 23, 577 ss. e 591.

di riforma da tempo sollecitato sia dalla giurisprudenza costituzionale che dalla dottrina<sup>116</sup> ed innovare l'ormai obsoleta disciplina codicistica, in primo luogo abrogando l'anacronistica previsione delle circostanze attenuanti ed aggravanti, rispettivamente, del fine di matrimonio e di libidine di cui all'art. 573 co.2 Cp. Infatti, a dispetto dell'interpretazione adeguatrice in ordine al contenuto di offesa delle tradizionali ipotesi di sottrazione di minorenni ed incapaci, tutta la disciplina codicistica resta ancora fedele alla sua originaria impostazione, dinanzi alla quale ogni tentativo di interpretazione adeguatrice alla luce delle moderne esigenze di tutela del preminente interesse del minorenne non può non risultare quantomeno problematico<sup>117</sup>. Com'è stato efficacemente osservato, infatti, si tratta di fattispecie 'datate' che, non rispecchiando la realtà sociale, non riescono più ad essere un adeguato strumento di controllo e, soprattutto, di prevenzione e soluzione di conflitti<sup>118</sup>. In tale contesto, l'art. 574 bis Cp, nel riproporre struttura e contenuto dei suoi antecedenti storici, non può non risentire dei difetti congeniti di un complesso sistema di norme che, posto fin dall'origine a tutela di interessi collettivi e superindividuali, ha finito per svolgere una funzione di limitazione della libertà personale anziché di tutela, assicurando il controllo totale sulla vita financo intima e sessuale del minorenne e, in particolare, della minorenne<sup>119</sup>, con ciò 'funzionalizzando' interessi personalissimi alla realizzazione di interessi collettivi, in senso opposto al primato costituzionale della persona e della connessa concezione del bene giuridico tutelato<sup>120</sup>.

Dalla collocazione sistematica e dal tenore letterale della norma si evince chiaramente che l'art. 574 bis Cp non configura una ipotesi di reato a tutela della libertà personale e del preminente interesse del minorenne. In tal senso è da chiedersi se, tenuto conto dell'insoddisfacente quadro normativo preesistente alla novella del 2009, l'introduzione dell'art. 574 bis Cp possa considerarsi una risposta razionale ed efficiente del legislatore per contrastare il fenomeno della sottrazione internazionale di minori e, soprattutto, idonea a porre in primo piano il 'preminente interesse del minorenne' ad un sereno ed equilibrato sviluppo in una fase cruciale della vita in cui il

<sup>116</sup> Di recente, cfr. i documenti per il VII Congresso – *La riforma dei reati contro la persona*, del gruppo di lavoro 'Reati contro l'onore e la reputazione e reati contro la famiglia' pubblicato in [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it), ed in particolare, S. Larizza, *Le ragioni a sostegno di un ripensamento del titolo XI del codice penale: 'Dei delitti contro la famiglia'*, 1 ss., e S. Riondato, *Tutela penale e rapporti di famiglia, parafamiliari e simili. Prime riflessioni de jure condendo*, 3 ss.

<sup>117</sup> M. Bertolino, *op.cit.*, 28 s.

<sup>118</sup> S. Larizza, *Sottrazione di minore o di incapace*, cit., 528.

<sup>119</sup> Significativo, in tal senso, il richiamo nella formulazione originaria degli artt. 573 e 574 Cp alla causa speciale di estinzione del reato del susseguente matrimonio, di cui all'abrogato art. 544 Cp; v. A. Manna, *op.cit.*, 3.

<sup>120</sup> A. Cavaliere, *op.cit.*, 9.

decorso del tempo assume un'importanza decisiva per la formazione e lo sviluppo della personalità.

Da questo punto di vista, sarebbe forse risultato più rispondente ad effettive esigenze di tutela del minore<sup>121</sup>, potenziare interventi di prevenzione e protezione sul piano extrapenale e prevedere il coordinamento con strumenti di tutela civile ed amministrativa già esistenti<sup>122</sup>. E' in questa direzione, ad esempio, che si evidenzia l'opportunità di promuovere interventi di mediazione tra i coniugi/genitori di nazionalità diversa, sia in funzione di prevenzione della sottrazione, che di rimedio successivo alla sottrazione avvenuta<sup>123</sup>; di ampliare l'ambito di protezione della disciplina civilistica<sup>124</sup>; di potenziare gli strumenti di collaborazione tra le istituzioni dei Paesi interessati, con l'attivazione in tempi brevi di strutture di intervento a tutela del diritto di affidamento e di visita, in esecuzione delle Convenzioni di Bruxelles e dell'Aja e del Regolamento CE n.2201/2003. E' soprattutto alla luce di tali strumenti di tutela extrapenale, infatti, che deve essere valutata la razionalità e la opportunità di un intervento punitivo nei confronti di un genitore che abbia sottratto il minore in tutti i casi in cui tale sottrazione - pur integrando gli elementi della condotta tipica - sia rispondente all'interesse di quest'ultimo, sia considerata lecita dall'ordinamento civile<sup>125</sup> e presenti elementi che consentono allo Stato richiesto di rifiutare il rientro del minore sottratto<sup>126</sup>.

L'affermazione progressiva del 'superiore interesse del minore' ad avere relazioni affettive con entrambi i genitori, quale punto di arrivo di un percorso evolutivo diretto a considerare il minore non più oggetto di protezione, ma autonomo soggetto di diritto, impone al legislatore la ricerca e la costruzione di soluzioni negoziate e di ricomposizione dei conflitti, nel contesto di interventi anche eventualmente ispirati al paradigma della giustizia riparativa, all'interno del quale si colloca lo strumento della mediazione<sup>127</sup>. Considerata la peculiarità degli interessi

---

<sup>121</sup> M. Bertolino, *op.cit.*, 6 ss.

<sup>122</sup> L'esigenza di una maggiore sintonia tra le norme penali di cui agli artt. 573 e 574 Cp e le riformate norme civili riguardanti la famiglia era già stata evidenziata da A. Manna, *op.cit.*, 5. Sui principi di un intervento penale minimo, cfr. A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, 443 s.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*<sup>8</sup>, Roma-Bari 2004, 80 ss. e 325 ss..

<sup>123</sup> *Cross-border Parental Child Abduction in the European Union*, 30.01.2015, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>124</sup> V. art. 342 bis Cc.: «Quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più provvedimenti di cui all'art. 342 ter».

<sup>125</sup> V. Cass. 6.06.2008, n. 31717, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>126</sup> V. *supra*, par. 1. L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 754 s.

<sup>127</sup> Sulla relazione tra tutela del 'superiore interesse del minore' e ricorso alla mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minorenni, cfr. le considerazioni svolte dal T. Min. Bologna, Ord. 5.03.2015, in

coinvolti, infatti, la sanzione penale non rappresenta necessariamente lo strumento più adatto alla soluzione delle problematiche che sorgono intorno alla figura del 'minorenne conteso', specialmente nelle ipotesi in cui autore della sottrazione sia proprio uno dei genitori. Se si guarda al reato come espressione di un conflitto, infatti, ci si avvede che la pena, quali che siano le sue finalità, ben lungi dal risolverlo, non fa altro che inserirsi in tale conflitto, radicalizzandolo ulteriormente<sup>128</sup>.

In prospettiva *de iure condendo*, pertanto, sarebbe opportuno valutare, in ragione del preminente interesse del minorenne e di scelte razionali ed efficienti di politica criminale, se non sia più utile - in senso conforme ai suggerimenti di una parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale - ridefinire l'oggetto della tutela penale del reato di sottrazione di minorenne e di incapace in modo da considerare il minorenne come persona offesa; eliminare il 'datato' riferimento al fine di libidine e di matrimonio, eventualmente valutabili *ex art.133 Cp*, anche in vista di un razionale coordinamento con la disciplina civilistica e penalistica a tutela della libertà di autodeterminazione sessuale di cui all'art. 609 *quater Cp*<sup>129</sup>; prevedere la sanzione penale per le condotte di sottrazione internazionale limitatamente alle ipotesi più gravi, per le quali, a ben vedere, alla luce delle modifiche apportate all'art. 605 Cp, soccorrono le fattispecie di reato già poste a tutela della libertà personale<sup>130</sup> e, da ultimo, rinunciare ad ogni forma di automatismo in ordine alla sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

---

[www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it). In argomento, v., per tutti, G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003, *passim*.

<sup>128</sup> Eusebi L., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. Picotti, Padova 1998, 67.

<sup>129</sup> L. Monticelli, *Sottrazione consensuale di minorenni*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 715, 736.

<sup>130</sup> S. Moccia, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., 90 ss.; Id., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 221.