

# L'ABBANDONO E LA SOTTRAZIONE DEI MINORI

## PROFILI PENALI

### 1. Introduzione.

Come è noto, l'evoluzione del ruolo del minore come titolare di interessi e diritti propri, soggetto attivo nei rapporti familiari e sociali, è relativamente recente, frutto di un complesso percorso di radicale mutamento sociale, prima, e normativo, poi.

A partire dagli anni sessanta del secolo scorso, in particolare, si è progressivamente affermata, in ambito internazionale e successivamente in ambito nazionale, una nuova concezione del minore, inteso quale portatore di diritti propri inviolabili e, allo stesso tempo, come soggetto debole che trova la propria protezione nello Stato e nella famiglia, quale sede naturale del suo sviluppo.

La Convenzione sui diritti del fanciullo dell'ONU del 1989, all'art. 3 sancisce solennemente che *“in tutte le azioni riguardanti bambini, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private e pubbliche, tribunali, autorità amministrative, corpi legislativi, i maggiori interessi dei bambini devono costituire oggetto di primaria importanza”*.

Si tratta di una norma chiaramente di carattere programmatico, ma che dall'entrata in vigore della legge di ratifica del 27 maggio 1991, n. 179, ha introdotto un principio cardine anche del nostro ordinamento, spesso richiamato per dirimere dubbi interpretativi e applicativi dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

La Corte costituzionale, naturalmente, ha desunto il primato della tutela dell'interesse del minore anche dalla Carta fondamentale, e in particolare dagli artt. 2 e 31 Cost.

Si può quindi affermare che per il nostro ordinamento la persona in formazione è sicuramente titolare di autentici diritti soggettivi inerenti ai suoi bisogni fondamentali, il cui godimento deve essere garantito e promosso verso *chiunque*, anche nei confronti dei genitori e della sua famiglia di origine.

Come è stato autorevolmente osservato, infatti, alla luce della Convenzione dei diritti del fanciullo, il minore deve ritenersi portatore di una serie di diritti individuali e sociali:

- il diritto alla vita, inteso non solo come diritto alla vita fisica, ma anche come diritto ad uno sviluppo globale della personalità;

- il diritto alla propria identità, attraverso il riconoscimento delle appartenenze (il nome, la nazionalità) e delle proprie peculiarità e aspirazioni;

- il diritto alle varie libertà essenziali affinché l'uomo possa porsi in relazione con gli altri (libertà di manifestare il pensiero, libertà di coscienza e di religione, libertà di associazione);

- il diritto ad essere protetto e tutelato da ogni forma di sfruttamento, di maltrattamento e di abuso;

- il diritto ad avere un ambiente familiare valido che consenta al minore di strutturare la propria personalità in modo adeguato, attraverso un rapporto relazionale intenso;

- il diritto alla tutela della propria *privacy*, affinché il delicato percorso di crescita e formazione del minore non sia turbato da agenti esterni;

- il diritto all'educazione, che in qualche modo comprende tutti gli altri diritti, inteso come diritto ad ottenere tutto il materiale necessario per la costruzione di una personalità matura ed adulta.

Anche la potestà genitoriale deve rispettare questi diritti, dovendo essere esercitata nell'interesse dei figli; si tratta infatti di un potere-dovere attribuito dall'ordinamento ai genitori non a loro personale vantaggio, ma al fine di svolgere nel miglior modo possibile la funzione assistenziale ed educativa.

Tale nuova concezione ha avuto ampia eco anche in ambito penalistico (specie con la riforma dei delitti contro l'assistenza familiare di cui agli artt. 570 e ss. e l'introduzione dei reati di cui agli artt. 600-*bis* e ss. e 609-*ter* e ss. c.p.), tuttora carente di una disciplina unitaria e "di sistema" incentrata sulla tutela del minore.

La stessa minore età è considerata dal codice penale in modo frammentario, talvolta riferendosi al minore di quattordici, di sedici o di diciotto anni, talaltra alle persone che non hanno compiuto gli anni dieci, quattordici o sedici.

In particolare, i delitti di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.), di sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.) e di abbandono di minori (art. 591 c.p.), sono rimasti immutati, ad onta delle prospettive di riforma anche recenti, comportando problemi applicativi e interpretativi più volte al vaglio della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

## **2. Sottrazione consensuale di minorenni.**

L'art. 573 c.p. recita: "*chiunque sottrae un minore che abbia compiuto gli anni quattordici, col consenso di esso, al genitore esercente la potestà dei genitori o al tutore, ovvero lo ritiene contro la volontà del medesimo genitore o tutore, è punito a querela di questo con la reclusione fino a due anni. La pena è diminuita se il fatto è commesso per fine di matrimonio; è aumentata se è commesso per fine di libidine*".

La norma trova fondamento nel dettato civilistico di cui agli artt. 316 e ss. c.c. e in particolare nell'art. 318 c.c., che impone al figlio minorenne non emancipato il divieto di abbandonare la casa familiare senza il consenso dei genitori, ovvero, in un'accezione più ampia, di allontanarsi dal luogo in cui è soggetto a vigilanza e custodia.

Il presupposto è naturalmente che non si verifichi una privazione della libertà personale del minore: in tal caso infatti le condotte ricadrebbero nell'ambito di altre fattispecie delittuose (artt. 605 e 609-*ter* ss. c.p.).

La stessa formulazione della norma – anche per l’attenuante della finalità coniugale e l’aggravante per fine di libidine – rivela il ben diverso contesto in cui è nata e i gravi problemi che attualmente comporta sul piano applicativo.

La sanzione penale, infatti, discende da una nozione autoritaria della potestà genitoriale, attribuita al *pater familias*, il cui esercizio costituisce, per insegnamento tradizionale, l’interesse tutelato dalla disposizione in esame.

Secondo la Suprema Corte, infatti, *“integra il reato di sottrazione consensuale di minorenni il fatto, posto in essere dall’agente con il pieno consenso della vittima minore di 18 anni, nell’esercizio del diritto di scegliere la compagna della propria vita, di sottrarre la stessa alla casa paterna e ritenerla presso di sé, in quanto il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice dell’art. 573 c.p. concerne la potestà del genitore fino al compimento della maggiore età e trova giustificazione nell’esigenza sociale di sottoporre la decisione del minore al vaglio dei genitori onde evitare che una insufficiente maturità, connessa all’età, possa spingerlo ad adottare decisioni che potrebbero pregiudicare la sua vita futura”* (cfr. Cass. pen., 27.11.1985, n. 2560, in Cass. pen., 1987, pag. 932).

Coerentemente, soggetti passivi del reato, procedibile a querela, devono intendersi i genitori o il tutore del minore, *“ma non quest’ultimo, che anzi deve considerarsi coautore dello stesso”*, mentre l’elemento materiale presuppone che *“la libertà accordata dal genitore al figlio minore [sia] ‘limitata e condizionata dagli scopi leciti per i quali è stata concessa’, con la conseguenza di non poter ravvisare l’abdicazione al potere dovere di vigilanza del predetto genitore, e dunque un suo tacito consenso ad una ‘abductio de loco in locum’ del minore per fini illecite, elemento questo che integra il reato de quo”* (cfr., in termini, Cass. pen., Sez. III, 29.10.1996, n. 1032).

Cosa deve intendersi, dunque, per *sottrazione*, anche ai fini del successivo reato di cui all’art. 574 c.p.?

L'individuazione della condotta incriminata appare quanto mai incerta, dipendendo dal *“dissenso palese o presunto del genitore esercente la potestà”*, tenuto conto che *“il dissenso può anche presumersi in base ad alcune circostanze ed alle modalità del fatto, sia perché occorre tener conto anche delle condizioni di ambiente nelle quali i fatti si sono svolti, delle abitudini e delle consuetudini morali in cui il minore vive nonché del modo col quale la vigilanza viene in concreto esercitata”*: circostanze rilevanti anche ai fini dell'elemento intenzionale del reato, posto che *“la coscienza e volontà dell'agente di ledere i diritti inerenti al potere dovere di sorveglianza dei genitori non possono presumersi in re ipsa”* e devono essere accertate in concreto alla stregua delle condizioni dinanzi accennate, *“al fine di stabilire se al minore sia stata consentita una tale libertà di spostamento e di movimento da far ritenere che i genitori abbiano ommesso di controllarlo convenientemente e che la condotta dell'agente sia stata ispirata da finalità diverse (e penalmente irrilevanti) da quella di sottrarlo alla detta sfera di vigilanza”* (*ibidem*).

Nella giurisprudenza meno recente, peraltro, era considerata pacifica l'irrilevanza della durata della sottrazione e della ritenzione, essendo sufficiente la c.d. *abductio de loco in locum* all'insaputa di chi ha il diritto di vigilanza (cfr. Cass. pen., 30.1.1951, Vitaglione, in *Giust. pen.*, 1951, II, 642, m. 420), ed anzi, addirittura il *“fatto di indirizzare i minori, svincolandoli ed affrancandoli dal freno paterno, verso una vita extrafamiliare in cui il minore stesso sia guidato non più dai genitori, ma da amici, compagni o camerati”* (cfr., in termini, Cass. pen., Sez. VI, 12.6.1973, Furci ed altri, in *Giust. pen.*, 1974, II, 478).

Il rischio di indeterminatezza della fattispecie, con lesione dei principi di tipicità e legalità, appare evidente.

E ancor più evidente risulta la profonda crisi di questo impianto sanzionatorio a seguito dei profondi mutamenti sociali e normativi della famiglia, a partire dalla riforma del 1975 e dalla nuova formulazione dell'art. 147 cod. civ.

Come ha osservato la Corte costituzionale, *“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”* (cfr. Corte cost., 6.10.1988, n. 957).

Tuttavia, ad avviso della Consulta, *“tutto questo”*, oltre a rendere opportuno un intervento del legislatore – che, a tutt’oggi, non si è realizzato – *“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”*, imponendo così di *“valutare, volta per volta, se, in relazione alla capacità che il minore aveva acquisito e alle aspirazioni nutrite (specie se i fatti successivi ne hanno dimostrato il buon fondamento), il fatto commesso fosse o non ‘offensivo’ del bene giuridico tutelato, nell’area del principio di cui all’art. 49, secondo comma, cod. pen.”* (id.).

Se non che la successiva riforma dei reati sessuali, *“ha inferto un altro decisivo colpo al vecchio instabile apparato normativo”*, in quanto *“il nuovo oggetto giuridico è la libertà di agire, intesa come libertà di autodeterminarsi nella sfera sessuale, non solo fisicamente, ma anche moralmente”*; l’innovazione investe direttamente anche *“la posizione dei minorenni”*, posto che *“con la nuova disciplina diventano di regola non rilevanti penalmente - e quindi leciti - i rapporti sessuali consensuali con minori di età che abbiano compiuto i quattordici anni, a meno che non ricorrano determinate circostanze indicate dall’art. 609 - quater c.p.”* e *“la soglia della liceità scende, poi, addirittura a tredici anni in caso di rapporti sessuali tra minorenni”* (cfr. Cass. pen., Sez. III, 29.10.1996, cit.).

Il riconoscimento anche a favore dei minori di età della capacità e del diritto di autodeterminarsi sessualmente, non poteva non riflettersi sulla interpretazione del reato di cui all'art. 573 c.p.: *“la tradizionale lettura giurisprudenziale della citata disposizione, infatti - condizionando il comportamento di un eventuale partner, esposto senza ripari al rischio dell'imputazione per il reato in esame - precluderebbe al minore in pratica ogni possibilità di relazione inerente alla sfera sessuale, e dunque il suo diritto stesso ad autodeterminarsi in questo campo”* (id.).

La soluzione adottata dalla giurisprudenza di legittimità, tuttavia, si è dichiaratamente esaurita in una *“operazione cosmetica”*, concretizzatasi nell'affermazione del principio secondo cui, *“in tema di sottrazione consensuale di minorenni, il dissenso degli esercenti la potestà genitoriale, soprattutto quando non sia espresso, non può presumersi, ma deve formare oggetto di un accertamento ‘in concreto’, con riferimento ad inequivoci elementi obbiettivi, quali – appunto – le particolari condizioni di ambiente, di abitudini, di consuetudini morali in cui il minore vive ed il modo col quale la vigilanza sullo stesso viene esercitata, oltre naturalmente ad eventuali specifici e peculiari comportamenti dei titolari della detta potestà genitoriale, incompatibili con una volontà consenziente”* (v. ancora Cass. pen., Sez. III, 29.10.1996, cit.).

Si tratta di una soluzione manifestamente poco appagante.

Il vero punto critico della disciplina, infatti, non pare tanto nei criteri di individuazione del dissenso, rilevanti soprattutto ai fini della prova dell'elemento soggettivo del reato, quanto proprio nella strutturale possibilità di un conflitto tra l'esercizio della potestà dei genitori – o di uno di essi – e gli interessi e i diritti del minore: conflitto tendenzialmente insuscettibile di adeguata tipizzazione e comunque scarsamente coerente con l'attuale formulazione della disposizione incriminatrice.

Sotto questo profilo, la compatibilità costituzionale della norma in esame appare molto discutibile, pur condividendosi l'esigenza di sanzionare adeguatamente *“tutte quelle ipotesi in cui la sottrazione, sia pure consensuale, si verifica però nei confronti di minore che non è assolutamente in grado di*

*valutare l'importanza e le conseguenze del fatto*”, come osservato dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 957 del 26.9.1988.

Da un lato, infatti, non vi è dubbio che nel contesto attuale, e proprio in ragione delle maggiori insidie correlate alla più ampia libertà dei minori, queste ipotesi appaiono tutt'altro che residuali e socialmente irrilevanti; dall'altro, non sembra conforme al principio di determinatezza affidare alla prudente valutazione del giudice la delimitazione, caso per caso, della rilevanza penale delle condotte di sottrazione conformi ai diritti del minore.

Il compito di verificare in concreto l'offensività della condotta resta infatti in ultima analisi demandato all'apprezzamento discrezionale del giudice, che è chiamato a bilanciare due opposte esigenze: la libera e consapevole espressione del consenso del minore, tenendo conto dei molteplici fattori legati alla crescita e alla maturazione della personalità di quest'ultimo; la mancanza di assenso del titolare della potestà parentale, in funzione dell'oggettivo interesse del minore stesso.

In questo senso, al di là dell'autorevole richiamo costituzionale alla necessaria offensività del reato – profilo non sempre adeguatamente esaminato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità – da apprezzarsi proprio alla stregua dell'interesse del minore, deve considerarsi pienamente applicabile alla fattispecie anche la scriminante dell'esercizio del diritto in tutti i casi in cui la legge attribuisce al minore una piena libertà decisionale sul proprio agire, ancorchè in contrasto con la volontà dei genitori (ad esempio, per la libertà di compiere atti sessuali entro i limiti stabiliti dagli art. 564 e 609-*quater*, comma secondo, c.p., ovvero per la scelta di interrompere una gravidanza contemplata dalla l. 194/1978).

Resta tuttavia la perplessità di fondo in relazione ad una fattispecie formalmente imperniata sulla esclusiva tutela della potestà genitoriale – ovvero della funzione tutoria – e invece sostanzialmente rimessa alla concreta valutazione di un interesse, quale è quello del minore, che assume contenuto assai variabile in relazione all'ambiente sociale, all'età, al grado di maturazione, al livello culturale, etc.: in una parola a fattori soggettivi ontologi-

camente distanti dai canoni di tipicità a tassatività che in materia penale dovrebbero informare le scelte del legislatore.

In via di principio, infatti, l'interesse del minore viene concretamente garantito dai genitori, il cui potere discrezionale diminuisce in rapporto alla maggiore capacità di autodeterminazione che il minore acquisisce nel corso del tempo e viene meno, comunque, in relazione ai diritti che l'ordinamento comunque gli riconosce, secondo un 'modello educativo' che, se non può essere certo ridotto alla mera obbedienza, non è neppure riconducibile a un catalogo ben definito di valori costituzionali.

Il rischio di una perimetrazione arbitraria dell'illecito penale è dunque immanente, fermo restando che il reato di cui all'art. 573 c.p., come del resto quello previsto dall'art. 574 c.p., è esclusivamente perseguibile a querela del genitore, che resta unico titolare del relativo potere.

Non solo.

Il disposto dell'art. 147 c.c., com'è stato osservato, configura in capo al genitore – e al tutore – una vera e propria posizione di garanzia a tutela dell'integrità anche morale dei figli, con correlativo obbligo giuridico di impedire l'evento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 40, cpv., c.p.: un dovere, pertanto, e non solo un diritto di esercitare i poteri connessi all'esercizio della potestà.

Orbene, se è vero che l'ordinamento attualmente riconosce ai minori ultraquattordicenni il diritto alla libertà di autodeterminazione sessuale, pare tuttavia quantomeno discutibile che non sia affatto sindacabile dal genitore il consenso del figlio comunque minorenni all'atto sessuale con un maggiorenne, rendendo penalmente indifferente qualsiasi condotta di sottrazione o ritenzione posta in essere da quest'ultimo "*per fine di libidine*", in aperto contrasto con l'aggravante tuttora prevista dal secondo comma dell'art. 573 c.p.

Ed è ancora più discutibile che l'eventuale conflitto venga 'risolto' dal giudice penale, sfornito di strumenti, attitudini e competenze adeguate a valutare il modello educativo e l'evoluzione della personalità del minore.

### 3. Sottrazione di persone incapaci.

Anche la disposizione dell'art. 574 c.p. è incentrata sulla repressione penale della condotta di sottrazione del minore *“al genitore esercente la potestà dei genitori, al tutore, o al curatore, o a chi ne abbia la vigilanza o la custodia”*, alla quale è equiparata la ritenzione *“contro la volontà dei medesimi”*: condotta punita *“con la reclusione da uno a tre anni”* e sempre *“a querela del genitore esercente la potestà dei genitori, del tutore o del curatore, in relazione a “un minore degli anni quattordici, o un infermo di mente”*, ovvero, quando ne manchi il consenso e avvenga *“per fine diverso da quello di libidine o di matrimonio”*, anche nei confronti del *“minore che abbia compiuto gli anni quattordici”*.

In questa fattispecie, diversamente da quanto previsto dall'art. 573 c.p., la volontà del minore di anni 14 non assume rilievo, dato che egli è ritenuto incapace *“stante la presunzione assoluta della sua immaturità”*, che non gli consente di valutare l'importanza e le conseguenze del fatto (cfr. Cass. pen., Sez. III, 3.11.1978, Baldini).

La giurisprudenza ha distinto il comportamento di chi *“‘sottrae’ il minore, infrangendo, per così dire dall'esterno, il confine naturale e giuridico della potestà genitoriale”*, da quello di chi *“avendone la legittima disponibilità, ‘trattiene’ indebitamente il minore, violando la condizione essenziale ed i naturali limiti posti alla sua disponibilità e cioè l'obbligo imprescindibile di ‘restituire’ il minore alla sfera di vigilanza e di cura di chi è titolare o contitolare della potestà di genitore”* (cfr., in termini, Cass. pen., Sez. VI, 12.2.2007, n. 14102).

Anche in questo caso, tuttavia, il delitto in commento comporta complessi problemi applicativi e interpretativi in ragione della scarsa determinatezza della fattispecie e, soprattutto, del mutato quadro socio-familiare.

Originariamente, infatti, il reato di sottrazione di minori era tipicamente attribuito alla madre, spettando solo al padre la patria potestà.

A seguito delle modifiche dell'art. 316 c.c. introdotte dalla L. 161/1975, la legge ha attribuito la potestà sui figli minori ad entrambi i ge-

nitori, che la esercitano – ovvero dovrebbero esercitarla – di comune accordo, estendendo l’operatività dell’art. 574 c.p. anche ai rapporti fra genitori e, in particolare, fra coniugi.

Le problematiche connesse all’applicazione della norma sono innanzi tutto emerse con riferimento al concorso dell’art. 574 c.p. con altri reati, in particolare in relazione alla mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice di cui all’art. 388 c.p.

Secondo un primo, risalente orientamento, il *discrimen* tra la sottrazione di minori e l’inadempimento ad un ordine giudiziario sarebbe rappresentato dalla sussistenza o meno di un provvedimento del giudice civile che regola l’affidamento della prole; le due fattispecie, pertanto, sarebbero alternative, in applicazione del principio di specialità (cfr. Cass. Pen., 22.4.1952, Pellizzetti, in *Giust. pen.*, 1952, II, 1079).

La giurisprudenza più recente e ormai consolidata, invece, ritiene possibile il concorso materiale in considerazione:

- della “*obiettività giuridica distinta dei due reati, essendo diretto il primo (art. 388 c.p.) a tutelare l’autorità delle decisioni giudiziarie ed indirettamente l’interesse del genitore in ordine all’esercizio del suo diritto di visita, e il secondo (art. 574 c.p.) a garantire l’assistenza del minore e quindi il rapporto familiare tra il genitore – che ha titolo per tenere con sé il figlio – e il minore convivente*”;

- della “*totale differenza tra elementi strutturali che non possono minimamente dar luogo ad un rapporto di specialità*”, in quanto “*la figura di reato di cui all’art. 388 c.p. ha il suo ‘accento’ sulla elusione del ‘provvedimento del giudice’, mentre quella di cui all’art. 574 c.p. si fonda sul legame tra minore e genitore e si incentra sulla cesura di tale legame attraverso la sottrazione*” (cfr., in termini, Cass. pen., Sez. VI, 7.2.2006, n. 8577);

- della più grave sanzione prevista dall’art. 574 c.p., punito sempre con la reclusione (da uno a tre anni), che presuppone una condotta diversa e più grave rispetto a quella contemplata dall’art. 388 c.p. (punito alternativa-

mente con la multa), consistente non nella mera violazione delle disposizioni impartite dal giudice (ad esempio in relazione alle modalità del diritto di visita), bensì nella globale sottrazione del minore, che renda impossibile all'altro l'esercizio di ogni potere inerente alla funzione genitoriale (v., a titolo esemplificativo, Cass. pen., Sez. VI, 22.4.1980, Betto; Sez. VI, 25.6/19.11.1986, Ratiu; Sez. VI, 19.3.2003, n. 19520; Sez. VI, 7.2.2006, n. 8577).

Tale principio introduce il tema, ancora attuale, della rilevanza penale *ex art. 574 c.p.* della sottrazione *fra* genitori, riconosciuta a seguito di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In dottrina, in particolare, si era sostenuta l'esclusione del reato nel caso di sottrazione da parte di uno dei genitori nei confronti dell'altro, dal momento che il comportamento di 'disposizione' del minore da parte di un genitore costituirebbe una delle possibili esplicazioni della potestà di cui è contitolare, di tal che l'eventuale contrasto con la volontà dell'altro genitore non sarebbe sufficiente a rivestire l'agente della qualifica di soggetto attivo del reato di cui all'art. 574 c.p., né a qualificare il suo comportamento come penalmente illecito (cfr. Pecorella, *Riflessi penalistici della riforma del diritto di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*. Atti del convegno organizzato dal Sindacato degli avvocati e procuratori di Milano e Lombardia, 1976, 258; cfr. Fierro, Cenderelli, *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, 1984, 166).

La giurisprudenza, invece, ha sin dal principio ritenuto che tale condotta fosse lesiva del diritto alla completa esplicazione della potestà, spettante anche al genitore cui il minore viene sottratto, e potesse pertanto integrare il delitto in questione (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 22.4.1980; Cass. pen., Sez. VI, 14.5.1979).

Tale soluzione è stata incentrata sulla individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 574 c.p.

La fattispecie incriminatrice in oggetto, infatti, è posta pacificamente a tutela dell'assistenza familiare, intesa, da un lato, come diritto e potere dei

genitori (o del tutore) di educare, seguire ed istruire i figli – che spetta, pacificamente, anche ai conviventi *more uxorio* (cfr., sul punto, Cass. pen., Sez. VI, 4.3.2002; Cass. pen., Sez. VI, 4.7.2002) – e, dall’altro, come difesa nei confronti di ‘*chiunque*’ sottragga o ritenga il minore incapace contro la volontà dei genitori (o del tutore).

Viene pertanto salvaguardato, *in primis*, l’esercizio della potestà, ma anche l’interesse del minore a non essere allontanato dal proprio ambiente naturale e dai propri affetti, nell’ambito dei diritti che l’ordinamento comunque gli riconosce.

Si è infatti precisato, in giurisprudenza, che il reato in questione “è da considerare *plurioffensivo* (*perché lesivo del diritto di chi esercita la potestà di genitore e del diritto del figlio a vivere secondo le indicazioni e determinazioni del genitore stesso*)” (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 12.2.2007, n. 14102; Cass. pen., Sez. VI, 8.1.2003, n. 20950).

Deve ritenersi, pertanto, integrata l’ipotesi criminosa prevista dall’art. 574 c.p. non solo quando il comportamento dell’agente si concretizza in una sottrazione *ab externo* del minore alla vigilanza di entrambi i genitori, ma anche quando uno dei genitori impedisca all’altro di esercitare la propria funzione educativa, in quanto “*il principale bene giuridico tutelato dall’art. 574 c.p. è la potestà genitoriale, e poiché questa è attribuita ad entrambi i genitori (art. 316 c.c.), il delitto è certamente configurabile ogni qualvolta uno di essi, allontanando il figlio minore dal domicilio stabilito e sottraendolo alla vigilanza dell’altro genitore, impedisca a quest’ultimo il legittimo esercizio della funzione educativa e delle altre manifestazioni inerenti alla potestà genitoriale*” (cfr., di recente, Cass. pen., Sez. VI, 18.2.2008, n. 21441).

Anzi, può essere soggetto attivo del reato tanto il genitore non affidatario quanto il genitore affidatario, atteso che la titolarità della potestà permane in via di principio anche in capo al genitore non affidatario a norma degli artt. 317 e 155 c.c.

Infatti, *“risponde del delitto di sottrazione di persona incapace (art. 574 c.p.) il genitore che, senza consenso dell’altro, porta via con sé il figlio minore, allontanandolo dal domicilio stabilito, ovvero lo trattiene presso di sé, quando tale condotta determina un impedimento per l’esercizio delle diverse manifestazioni della potestà dell’altro genitore, come le attività di assistenza e di cura, la vicinanza affettiva, la funzione educativa, identificandosi nel regolare svolgimento della funzione genitoriale il principale bene giuridico tutelato dalla norma”* (cfr. ancora Cass. pen., Sez. VI, 18.2.2008, n. 21441, cit.; nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. VI, 4.3.2002, n. 11415; Cass. pen., Sez. VI, 15.10.2009).

In queste ipotesi, infatti, largamente ricorrenti nella pratica, viene leso sia l’interesse dell’altro genitore, sia l’interesse del figlio *“a vivere secondo indicazioni e determinazioni elaborate di comune accordo da ‘entrambi’ i genitori, secondo il dettato e con le garanzie di scelte equilibrate previste, in caso di contrasti, dall’art. 316 c.c.”* (cfr., in motivazione, Cass. pen., 12.2.2007, n. 14102, cit.).

Coerentemente, il reato è stato escluso ogniqualvolta l’analisi della fattispecie concreta ha consentito di ritenere che la condotta di sottrazione o ritenzione, pur astrattamente riconducibile al dettato dell’art. 574 c.p. e violativa dei diritti di uno dei genitori, risulti conforme all’interesse e in qualche misura anche alla volontà del minore.

In questo senso è stata esclusa la responsabilità non solo di chi *“per sfuggire alle percosse del partner, fugge di casa con il figlio minore”* (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 4.6.2003, n. 34862), ma anche di una *“madre che aveva portato con sé il minore non per sottrarlo al padre ma ad evitare che il figlio, lasciato da solo nell’abitazione coniugale, rimanesse privo di cure ed assistenza adeguate”* (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 8.4.1999, n. 7836), ovvero che *“rifiuta di far entrare il padre in casa se la figlia minore malata mostra ostilità verso la visita”* (cfr. in termini, Cass. pen., Sez. VI, 2003, n. 25899; in questa ipotesi, peraltro, non sembra realizzarsi una “globale sottrazione” riconducibile al disposto dell’art. 574 c.p., quanto tutt’al più una violazione sanzionabile ex art. 388 c.p.).

Sempre in considerazione del diritto di libertà personale spettante anche al minore, è ormai pacificamente riconosciuta la possibilità del sequestro di persona in danno di un bambino di pochi mesi, in ipotesi in concorso con il delitto di sottrazione di minore (in questo senso, v. Cass., Sez. V, 20.9.2001, n. 38438), originariamente negata in ragione della identificazione della libertà tutelata dall'art. 605 c.p. con la mera libertà di locomozione e movimento asseritamente assente nei neonati (cfr., in termini, Cass., Sez. V, 7.7.1992, Bonato, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 323 e ss.).

Quanto all'elemento soggettivo, va ricordato che per il reato di cui all'art. 574 c.p. è sufficiente il dolo generico, che consiste:

- nella consapevolezza da parte dell'agente di sottrarre il minore, o di trattenerlo, con il dissenso anche presunto o tacito, in considerazione delle circostanze e modalità nelle quali si manifesta in concreto la condotta incriminata, del genitore o di chi ne abbia la vigilanza o la custodia (cfr., Cass. pen., Sez. VI, 18.2.2008, n. 21441; Cass. pen., Sez. VI, 4.3.2002, n. 11415);

- nella volontà *“di determinare un impedimento per l'esercizio delle diverse manifestazioni della potestà dell'altro genitore, come le attività di assistenza e di cura, la vicinanza affettiva, la funzione educativa”* (cfr., in termini, Cass. pen., Sez. VI, 18.2.2008, n. 21441; Cass. pen., Sez. VI, 4.3.2002, n. 11415; Cass. pen., Sez. VI, 15.10.2009).

Anche dal punto di vista soggettivo, peraltro, *“è necessario che la condotta dell'agente sia diretta ad una globale sottrazione del minore alla sfera di controllo dell'altro coniuge”* (cfr., in motivazione, Cass. pen., Sez. VI, 4.6/22.8.2003, n. 34862), e non semplicemente a ostacolare o impedire momentaneamente l'esercizio dei poteri inerenti la potestà.

Da ultimo, è opportuno ricordare che al diritto del genitore al corretto esercizio della 'potestà genitoriale' si è affiancata, in ambito internazionale, la Convenzione del L'Aja del 25 ottobre 1980, al precipuo scopo di *“proteggere il minore a livello internazionale contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento o mancato rientro illecito”* e scoraggiare ogni for-

ma di “*legal kidnapping*” da parte dei genitori, a tutela dell’interesse proprio del minore “*a vivere nell’habitat naturale*” (cfr., in termini, Cass. pen., 7.7.1992, Bonato, cit.).

Si tratta di problematica del tutto attuale e, con l’aumento esponenziale dei matrimoni misti, di crescente rilievo pratico anche in Italia, anche perché la disciplina dell’art. 574 c.p. si è rivelata del tutto inadeguata a contrastare efficacemente il fenomeno dei bambini trasferiti all’estero da uno dei genitori.

Il reato di cui all’art. 574 c.p., infatti, è punibile a querela di parte, non permette l’arresto facoltativo in flagranza (ai sensi dell’articolo 381 del codice di procedura penale) né il fermo di indiziato di delitto (articolo 384 del codice di procedura penale), e non consente mezzi di ricerca della prova particolarmente penetranti quali le intercettazioni telefoniche e le captazioni ambientali.

Sul tema – che non è oggetto di questo intervento – va peraltro segnalata la recentissima introduzione, con il c.d. “pacchetto sicurezza” approvato con la legge 15.7.2009, n. 94, dell’art. 574-bis c.p., che recita: “*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque sottrae un minore al genitore esercente la potestà dei genitori o al tutore, conducendolo o trattenendolo all’estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto o in parte allo stesso l’esercizio della potestà genitoriale, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Se il fatto di cui al primo comma è commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo consenso, si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni. Se i fatti di cui al primo e secondo comma sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall’esercizio della potestà dei genitori.*”

#### **4. L’abbandono di persone minori o incapaci.**

Ai sensi dell’art. 591 c.p., “*chiunque abbandona una persona minore di anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o*

*di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a se stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere cura, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni”.*

Il reato è sempre perseguibile d’ufficio e le pene sono aumentate se dal fatto deriva una lesione personale o la morte, ovvero quando il reato è commesso *“dal genitore, dal figlio, dal tutore, o dal coniuge, ovvero dall’adottante o dall’adottato”.*

Oggetto della tutela penale è l’esigenza di salvaguardare la vita e l’incolumità individuale delle persone che, per età o per altre cause legislativamente determinate, sono particolarmente esposte ai pericoli conseguenti all’abbandono di coloro che dovrebbero averne cura.

L’obbligo di assistenza o di custodia è configurabile in due ipotesi:

- nel caso di minori di quattordici anni, il dovere posto in capo all’agente è generalizzato e rivolto anche a soggetti dotati del solo controllo temporaneo e di fatto sul minore;
- nel caso di persone incapaci, la condotta illecita è imputabile ai soli soggetti aventi particolari obblighi di cura e di custodia.

Per configurare una condotta penalmente rilevante di abbandono del minore di anni quattordici, non occorre pertanto un preesistente obbligo giuridico di custodire o curare, posto che l’incapacità dell’infraquattordicenne di provvedere a se stesso è presunta in modo assoluto dalla legge; in questo caso, il dovere di custodia o di cura è imposto direttamente dalla legge a chiunque venga a trovarsi, anche per un rapporto di mero fatto, in relazione con il minore.

Diversamente, nel caso di soggetto incapace, il reato si realizza solo se il soggetto attivo ne ha assunto l’obbligo di cura o ne abbia la custodia.

Si è inoltre precisato, in giurisprudenza, che *“la norma dell’art. 591 c.p. tutela il valore etico e sociale della sicurezza della persona fisica contro determinate situazioni di pericolo. In questa prospettiva, nessun limite*

*si pone nella individuazione delle fonti da cui derivano gli obblighi di custodia e di assistenza che realizzano la protezione di quel bene. L'indicato obbligo può nascere da norme giuridiche di qualsivoglia natura [...] o da convenzioni di natura privata, rivolte alla tutela della persona umana, in ogni condizione ed in ogni segmento del percorso che va dalla nascita alla morte” (cfr. Cass. pen., Sez. V, 23.2.2005, n. 15245).*

Occorre tuttavia che l'obbligo di assistenza sia già in atto, in quanto *“non si configura la condotta di abbandono, se l'agente non abbia già in custodia o in cura l'incapace o il minore, ed a tanto si rifiuti, benché possa esservi legalmente tenuto e risultare penalmente perseguibile per tale ragione per altro titolo” (cfr. Cass. pen., 19.5.1995, in Cass. pen., 1996, pag. 3300).*

Va peraltro osservato che chi non risulta *“investito di una specifica posizione di garanzia”* non può rispondere del delitto di cui all'art. 591 c.p., ma *“ugualmente essere ritenuto responsabile, a titolo di colpa, di eventi dannosi di rilievo penale che siano comunque causalmente riconducibili a taluna delle ipotesi di colpa previste dall'art. 43, comma primo, c.p.”*; è il caso del *“familiare anche temporaneamente convivente il quale non si sia attivato per procurare detta assistenza, come generalmente ritenuto doveroso dal costume sociale; condotta, questa, che – si badi – non necessariamente coincide con quella ‘dell'abbandono’ prevista dall'art. 591 c.p., ben potendo avvenire che il familiare si prenda cura del malato senza però rendersi conto, per colpevole negligenza, che la cura da lui apprestata non è idonea allo scopo e occorre invece l'intervento della scienza medica.” (cfr. in termini, Cass., Sez. I, 22.2.2005, n. 9386).*

La condotta incriminata, come si è detto, si concretizza nell'abbandono di una persona minore o incapace a seguito della quale si profili un pericolo, anche temporaneo e meramente potenziale, per la sua incolumità.

L'elemento materiale del reato, pertanto, *“è costituito da qualunque azione od omissione contrastante con il dovere giuridico di custodia che grava sul soggetto agente e da cui derivi uno stato di pericolo anche po-*

*tenziale per l'incolumità della persona”* (cfr. Cass. pen., Sez. V, 23.2.2005, n. 15245).

Il reato può quindi realizzarsi sia mediante azione che per omissione, e si consuma anche quando l'agente consente che il minore o l'incapace si sottragga anche temporaneamente dalla sua sfera di custodia o cura quando l'allontanamento comporta un pericolo per la sua incolumità.

Deve però sempre trattarsi di una condotta volontaria, punibile esclusivamente a titolo di dolo: se l'abbandono avviene per negligenza, il delitto non sussiste.

Tuttavia, *“ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del delitto d'abbandono di persone minori rileva esclusivamente la volontà dell'abbandono, sicché il dolo non è escluso dal fatto che chi ha l'obbligo di custodia ritenga il minore in grado di badare a se stesso, per l'aiuto di coetanei a lui legati da vincoli di parentela (...) L'evento di pericolo per la incolumità di un minore può essere escluso solo se, chi ha l'obbligo di custodia, vigila sui suoi comportamenti attuali o potenziali, ed ha cura dei suoi bisogni, in maniera da prevenire il pericolo secondo la sua capacità in rapporto al tempo ed al luogo. La custodia implica perciò diverse modalità di esercizio ed è delegabile solo ad un affidatario maggiorenne e capace”* (cfr. Cass. pen., Sez. V, 8.1.2009, n. 9276).

Il reato di cui all'art. 591 c.p. è infatti configurabile anche nel caso in cui si affidi la custodia e la cura a persone manifestamente incapaci o inadeguate, a carico di *“colui che, pur non allontanandosi dal soggetto passivo, ometta di far intervenire persone idonee ad evitare il pericolo per la sua incolumità ”* (cfr. Cass. pen., Sez. I, 15.1.2009, n. 5945).

In questa ampiezza, il reato è spesso evocato nel conflitto intrafamiliare e fra coniugi allo scopo di sanzionare il genitore che contravviene al dovere di custodia e cura nei confronti del figlio.

Di recente, inoltre, la giurisprudenza si è ripetutamente occupata dei minori extracomunitari e di popolazioni nomadi, per l'emergere di costumi e abitudini educative diverse da quelle radicate nel nostro territorio spesso

in significativa correlazione con il fenomeno della mendicizia e dei reati commessi da stranieri di minore età.

In un caso in cui il genitore era chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 591 c.p. per aver abbandonato il figlio minore degli anni quattordici, sorpreso nella flagranza del delitto di furto all'interno di un appartamento distante alcuni chilometri dal campo nomade della famiglia, la Suprema Corte ha osservato che *“l'assunto secondo cui la commissione di un reato o anche l'attitudine di un minore a delinquere sia elemento sintomatico di uno stato di abbandono tale da integrare il reato di cui all'art. 591 c.p. è argomento che, per massimalistica generalizzazione, prova troppo, anche sul piano etico-sociale ed educativo. Se, infatti, non può in astratto escludersi che dietro scellerate inclinazioni delinquenziali dei figli vi siano colpevoli negligenze ed omissioni di vigilanza da parte dei genitori, è pure vero che ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 591 c.p., occorre la prova che quelle omissioni integrino, per ricorrenza e sistematicità, violazioni di doveri giuridici, tali da integrare abbandono. Non solo, ma, avuto riguardo alla ratio della norma incriminatrice, l'abbandono richiesto deve essere tale da esporre il minore o l'incapace ad una situazione di pericolo, anche potenziale, per la sua incolumità. Dunque individuare, retrospettivamente, nel retroterra di un reato una situazione di abbandono, oltre che inaccettabile giuridicamente (non ogni deficit educativo integra abbandono), sarebbe anche espressione di generalizzazione gratuita ed arbitraria, per il solo fatto che quella situazione di base sarebbe, a sua volta, suscettiva non già di una, bensì di molteplici letture, non esclusa – in via di mera ipotesi – anche quella del concorso del genitore nel reato del minore, secondo schemi comportamentali tutt'altro che infrequenti nel mondo dei nomadi ”* (cfr. Cass. pen., Sez. V, 5.4.2006, n. 39411).

La giurisprudenza di legittimità ha tuttavia escluso che la diversa cultura e le peculiari abitudini della famiglia di origine possano giustificare una condizione di abbandono del minore, neanche sotto il profilo dell'elemento psicologico.

In relazione ai genitori di un bambino nomade di 7 anni che si accompagnava ad altri ragazzi connazionali sulla pubblica via e veniva condotto in Questura dopo aver sottratto un telefono cellulare, ha infatti osservato che *“l’evento di pericolo per la incolumità di un minore può essere escluso solo se, chi ha l’obbligo di custodia, vigila sui suoi comportamenti attuali o potenziali, ed ha cura dei suoi bisogni, in maniera da prevenire il pericolo secondo la sua capacità in rapporto al tempo ed al luogo. (...) L’esclusione del pericolo non è invero affatto assicurata dalle abitudini della famiglia recepite dal minore, se l’ambiente esterno è governato da diversi costumi, la qualcosa rende il pericolo maggiormente complesso e difficile da evitare. In particolare la cultura nomade non radica alcuna presunzione riconoscibile in una città europea, e la diversa opinione travisa del tutto il diritto alla sicurezza del minore che circola per le sue strade. (...) Pertanto il dolo non è escluso dal fatto che chi ha il dovere di custodia stimi il minore capace di badare a se stesso, per l’aiuto di coetanei legati a lui da vincolo di parentela ”* (cfr. Cass. pen., Sez. V, 8.1.2009, n. 9276).

La decisione desta qualche perplessità, considerato che nella fattispecie in esame il minore non sembrava correre alcun pericolo, rappresentando semmai a sua volta un pericolo per i terzi: il che riconduce al principio, già affermato nella precedente sentenza, per il quale non può desumersi l’abbandono da un comportamento illecito.

## **5. Conclusioni.**

La giurisprudenza in tema di sottrazione e abbandono di minori mostra, in definitiva, l’evidente tentativo di adeguare il quadro sanzionatorio per via interpretativa non solo ai principi costituzionali ma anche a un contesto sociale profondamente mutato.

L’esito di questo percorso, tuttavia, non appare del tutto soddisfacente.

Per un verso, infatti, le norme in questione non sembrano strutturalmente idonee a garantire le nuove esigenze dei minori, intesi come soggetti portatori di diritti – si pensi, ad esempio, alla sfera sessuale e alla persisten-

te titolarità della querela solo in capo ai genitori per i delitti di cui agli artt. 573 e 574 c.p. – né a contrastare efficacemente le insidie derivanti dalla crisi della famiglia tradizionale, come appare evidente in materia di abbandono e *legal kidnapping*.

Per altro verso, le condotte concretamente soggette a sanzione penale sfuggono alla tipizzazione e risultano in definitiva rimesse al prudente apprezzamento del giudice, chiamato ad un delicatissimo bilanciamento “*caso per caso*” tra diritti connessi alla potestà parentale e tutela del minore.

Non vi è dubbio, pertanto, che l’intera materia renda opportuno e non ulteriormente prorogabile un intervento del legislatore, come peraltro più volte auspicato dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza.

Michele Laforgia