

**AVVOCATO DOMENICO DI CIAULA**

**Reati di sottrazione di minore e reati ex art. 570 c.p.  
commessi da coniuge rifugiato  
o residente all'estero**

*Bari, 18 dicembre 2009*

## **PREMESSA**

Secondo i dati comunicati dal Ministero dell'Interno, alla data del 31-10-2009 i casi denunciati in Italia di sottrazione internazionale di minori sono 1065.

Alcuni di questi casi si riferiscono a vicende assai risalenti nel tempo che, tuttavia, non hanno ancora trovato alcuna risoluzione, altri – la maggior parte – si riferiscono a vicende insorte negli ultimi 6-7- anni.

L'apertura delle frontiere, la maggiore facilità di movimento, il sempre crescente flusso della immigrazione verso il nostro paese hanno comportato un aumento generalizzato delle coppie miste, formate, cioè, da genitori di diversa nazionalità, religione, costumi.

Ed è proprio nell'ambito della fisiologica crisi delle coppie transnazionali che si verifica la c.d. sottrazione internazionale dei minori.

Con questa espressione si indica la situazione in cui un minore

- viene illecitamente condotto all'estero (generalmente) ad opera di uno dei genitori che non esercita in via esclusiva la potestà, senza alcuna autorizzazione dell'altro;
- non viene ricondotto nel Paese di residenza abituale a seguito di un soggiorno all'estero, ove viene, quindi, illecitamente trattenuto.

Sotto il profilo penale, che qui interessa, si deve dire che questa situazione è stata interessata da uno specifico intervento normativo, contenuto nella L. 94 del 15-7-2009, la quale ha introdotto nel codice penale l'art. 574-bis ed ha apportato una rilevante modifica anche all'art. 605, inserendo il comma 3, che disciplina una ipotesi aggravata del sequestro di persona, la quale sostanzialmente ricalca la condotta di sottrazione descritta nell'art. 574-bis.

Per comprendere l'effettiva incidenza di questa novella legislativa occorre ripercorrere e comprendere lo sviluppo delle questioni giuridiche sottese al fenomeno della sottrazione internazionale seguito in dottrina e giurisprudenza.

**1. LE CONDOTTE DI SOTTRAZIONE ANTERIORI ALLA L. 94/09: ARTICOLI 573 e 574 c.p.**

Prima del 15-7-2009, le condotte di sottrazione conosciute dal nostro codice penale si collocavano negli artt. 573 e 574.

L'art. 573 recita:

*Chiunque sottrae un minore che abbia compiuto gli anni quattordici, col consenso di esso, al genitore esercente la patria potestà 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.*

*Si applicano le disposizioni degli articoli 525 e 544.*

Si tratta di un delitto qualificato dalla condotta e dalla volontà dello stesso minore ultraquattordicenne, in contrasto con la volontà del genitore esercente la potestà o del tutore, i quali sono, però, titolari del diritto di querela.

Il bene giuridico tutelato dalla norma è l'integrità della potestà genitoriale, ossia l'interesse dei genitori a mantenere il controllo dei figli anche in senso fisico-spaziale.

Con l'evoluzione che il concetto di potestà ha avuto nel corso degli anni, passando da "*patria potestà*" a "*potestà dei genitori*", si è sentita l'esigenza di dare un contenuto più concreto al rapporto tra genitori e figli, in modo da impostare la stessa struttura concettuale della potestà in funzione dell'interesse del figlio.

Questa concezione non poteva non investire anche l'interpretazione delle norme di diritto penale sostanziale di parte speciale; così qualcuno ha cominciato a dubitare della stessa legittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 573 c.p., nella parte in cui non dà alcun peso alla volontà del minore ed anzi individua tra gli elementi costitutivi della fattispecie proprio il suo consenso.

L'incidente di costituzionalità è stato sollevato dal Pretore di Civitanova Marche.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 957 del 6-10-1988, pur dichiarando la inammissibilità della questione sollevata, da un lato ha sostenuto che la norma in argomento non potrebbe essere cancellata dall'ordinamento senza lasciare impuniti gravissimi fatti, sicuramente lesivi anche dell'interesse del minore, il quale non è sempre in grado di valutare l'importanza e le conseguenze del fatto; dall'altro ha precisato che è rimesso al giudice di merito ogni apprezzamento circa la valutazione, caso per caso, dell'effettiva lesione dell'interesse del minore.

Il riconoscimento della importanza e della rilevanza dell'interesse del minore costituisce una vera e propria svolta ideologica nella valutazione delle condotte penalmente rilevanti di cui ci stiamo occupando.

L'art. 574 recita:

*Chiunque sottrae un minore degli anni quattordici, o un infermo di mente, al genitore esercente la patria potestà, al tutore, o al curatore, o a chi ne abbia la vigilanza o la custodia, ovvero lo ritiene contro la volontà dei medesimi, è punito, a querela del genitore esercente la patria potestà, del tutore o del curatore, con la reclusione da uno a tre anni*

*Alla stessa pena soggiace, a querela delle stesse persone, chi sottrae o ritiene un minore che abbia compiuto gli anni quattordici, senza il consenso di esso, per fine diverso da quello di libidine o di matrimonio.*

*Si applicano le disposizioni degli articoli 525 e 544.*

Anche in questo caso il bene giuridico direttamente tutelato è l'integrità della potestà genitoriale, come risulta dalla titolarità del diritto di querela, che finisce per attribuire al genitore anche la valutazione in

ordine alla opportunità di perseguire o meno determinate condotte che coinvolgono i figli.

Pacificamente in giurisprudenza si riconosce la configurabilità del delitto anche in ipotesi di famiglia di fatto.

La norma individua due condotte tipiche: la sottrazione del minore e la ritenzione dello stesso contro la volontà del genitore, senza specificare, però, se alla mera condotta debba associarsi una effettiva limitazione dell'esercizio della potestà.

A differenza della norma contenuta nell'art. 573, limitatamente al minore ultraquattordicenne, l'art. 574 sancisce la rilevanza penale delle condotte di sottrazione e ritenzione del minore il quale non abbia manifestato alcun consenso: tale espressione abbraccia non solo le ipotesi di dissenso manifestato, ma anche tutte le ipotesi in cui il ragazzo, per qualsiasi ragione, non abbia in alcun modo manifestato alcunché.

Anzi, proprio la mancanza del consenso giustifica il più rigido trattamento sanzionatorio.

Pronunciandosi più volte sull'art. 574 la Corte di Cassazione ha stabilito importanti principi sia con riferimento alla individuazione del bene giuridico effettivamente tutelato, sia con riferimento al rapporto tra coniugi nella gestione della potestà.

Così, recependo gli indirizzi dottrinali e della giurisprudenza costituzionale, la Suprema Corte ha affermato la natura plurioffensiva del reato in quanto *“lede non soltanto il diritto di chi esercita la potestà (che è potere-dovere) del genitore, ma altresì quello del figlio a vivere nell’habitat naturale, secondo le indicazioni e determinazioni del genitore stesso”* (Cass. Pen. sez. VI, 8-1-2003 n. 20950).

In questa prospettiva si è formato un consolidato orientamento giurisprudenziale che ha sussunto nel paradigma descritto dall’art. 574 le condotte di sottrazione internazionale dei minori, specificando in più occasioni, che simili condotte ledono non solo e non tanto l’interesse del genitore vittima della sottrazione, ma anche e soprattutto l’interesse del minore a vivere nel contesto familiare e sociale che gli è più congeniale.

Tra le molteplici pronunce se ne deve segnalare una, in particolare, che ha individuato esattamente le caratteristiche proprie della sottrazione internazionale, analizzandole dal punto di vista della tutela del minore, che la naturale contitolarità e co-gestione della potestà genitoriale deve garantire:

Cass. Pen. sez. VI 4-4-2007 n. 14102, tra l’altro, afferma: *“Ed è evidente che tali garanzie assumono una eccezionale importanza quando le scelte riguardino, come nel caso in esame, aspetti*

*fondamentali dell'esistenza del figlio minore: il paese in cui è condotto a vivere, la lingua da apprendere (o da dimenticare), i valori di fondo in base ai quali sarà educato, l'educazione religiosa e civile che gli verrà impartita, le libertà individuali e pubbliche di cui potrà godere”.*

## **2. L'ART. 574-BIS INTRODOTTO DALLA L. 15-7-2009 n. 94**

Codificando la fattispecie tipica costruita dalle Corti di merito e di legittimità, il Legislatore ha introdotto (art. 3 comma 29 lett. b) l'art. 574-bis c.p., che così recita:

*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque sottrae 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.*

Gli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva sono integrati dalla condotta di chi sottrae un minore al genitore esercente la potestà genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà dello stesso genitore o tutore ed impedendo a questi ultimi l'esercizio della potestà.

Si configura, dunque, come una ipotesi speciale dei delitti di cui agli artt. 573 e 574 dai quali il nuovo art. 574-bis mutua, in larga parte, l'elemento oggettivo.

Da questi, però, si differenzia profondamente in ragione della maturata esigenza di codificare l'attribuibilità al minore della qualità di persona offesa, rendendo così concreta, anche nella parte letterale, la natura plurioffensiva del delitto e, di conseguenza, la tutela degli interessi del minore.

Corollari di questa impostazione sono la procedibilità d'ufficio (non già a querela come le precedenti ipotesi) e l'imposizione, ai fini della integrazione della fattispecie, di un richiamo alla effettiva compressione dell'esercizio della potestà genitoriale e ciò, naturalmente, in funzione dell'interesse del minore.

Nella formulazione della norma compaiono locuzioni fortemente espressive dei principi informatori a cui si è fatto cenno:

Pur riconoscendo una sostanziale irrilevanza della volontà del minore, di modo che la fattispecie (a differenza dell'art. 573) è integrata indipendentemente dalla età e dal consenso del minore, nel secondo comma si parla di reato commesso nei confronti di un minore (“se il fatto di cui al primo comma è commesso nei confronti di un minore”).

L'articolo 574 comma 2 utilizza una formula assolutamente neutra per disciplinare il caso relativo al minore ultraquattordicenne (“alla stessa pena soggiace chi sottrae o ritiene un minore che abbia compiuto gli anni quattordici”).

Ancora più efficacemente il comma 3 dell'art. 574-bis parla di reato commesso da genitore in danno del figlio minore; circostanza che determina, a differenza delle altre norme, la sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale.

La stessa previsione specifica della pena accessoria non può che confermare l'obiettivo del Legislatore di tutelare efficacemente il minore nei confronti di un genitore che evidentemente non garantisce una cura adeguata dei suoi interessi.

L'elemento effettivamente specializzante che distingue la nuova fattispecie da quelle precedenti è rappresentato dalla particolare

connotazione che assume la condotta di sottrazione, la quale deve necessariamente esitare nel procurato espatrio o nel trattenimento in territorio estero del minore.

Da questo punto di vista occorre precisare che l'art. 574-bis non configura la condotta di trattenimento come alternativa a quella di sottrazione – come avviene negli artt. 573 e 574 – bensì come specificazione di una delle modalità di consumazione di quest'ultima.

Dal punto di vista logico, infatti, non può segmentarsi la condotta intenzionale di colui il quale porta con se un minore all'estero ed ivi lo trattiene contro la volontà dell'altro genitore, impedendogli di esercitare la potestà. Colui il quale decide di sottrarre il minore all'altro genitore deve necessariamente aver elaborato sin dalle fasi iniziali, un programma teso, appunto, a sottrarre il minore alla cura ed alla vigilanza dell'altro genitore e contro la volontà dello stesso, sia che questi non abbia manifestato alcun consenso, sia che questi abbia prestato un consenso limitato, nella prospettiva del rientro del minore.

La condotta di trattenimento all'estero, quindi, è una specificazione della condotta di sottrazione mediante trasferimento all'estero, che si realizza quando il genitore vittima, abbia ormai maturato la consapevolezza della sottrazione, quale conseguenza di un raggirio.

Per questo si sostiene che il delitto in questione si perfeziona allorché la condotta tipica venga protratta per un periodo di tempo apprezzabile,

tale, cioè, da rendere palese ed evidente l'intenzione effettiva dell'agente: non risulta, pertanto, penalmente rilevante la sottrazione momentanea, inidonea a determinare la lesione del bene giuridico tutelato: sul punto si era già pronunciata la Corte di Cassazione, sez. V nella sentenza 8-7-2008 n. 37321: *“La condotta di uno dei genitori integra il reato di cui all'art. 574 cod. pen. qualora, contro la volontà dell'altro, egli sottragga il figlio per un periodo di tempo rilevante, impedendo l'altrui esercizio della potestà genitoriale e allontanando il minore dall'ambiente d'abituale dimora”*.

L'interpretazione secondo cui la condotta di trattenimento costituisce una *species* di quella di sottrazione e non un'alternativa ad essa, consente di risolvere anche alcuni problemi che si pongono in tema di competenza e giurisdizione.

Infatti, per la condotta di sottrazione che si risolve nell'illegittimo trasferimento all'estero del minore non sorgono particolari problemi, poiché, trattandosi di reato permanente, è sufficiente ad incardinare la competenza giurisdizionale dello Stato italiano, in forza del disposto dell'art. 6 c.p., il fatto che una parte dell'azione si sia svolta nel territorio nazionale, a nulla rilevando il fatto che l'evento giuridico della sottrazione si perfeziona con il passaggio del confine.

La condotta di sottrazione, dunque, sarà punita ex art. 574 se non vi è espatrio; ex art. 574-bis se vi è espatrio.

Nei casi in cui l'espatrio non venga realizzato per cause indipendenti dalla volontà dell'agente si configurerà una ipotesi di tentativo di sottrazione internazionale punito dal combinato disposto degli artt. 56-574-bis, piuttosto che l'autonoma, ma diversa fattispecie dell'art. 574.

Non necessariamente sarà competente il giudice del luogo in cui avviene il varco del confine italiano, giacché la natura permanente del reato consente di incardinare la competenza territoriale in capo al giudice del luogo di residenza o domicilio del minore, ossia del luogo in cui ha inizio la condotta di sottrazione, in ossequio alla disposizione dell'art. 8 comma 3 c.p.p.

La competenza del giudice di confine, invece, si incardina nel caso di delitto tentato, secondo la disposizione contenuta nell'art. 8 comma 4 c.p.p.

Più complessa sarebbe la situazione riguardante la condotta di sottrazione mediante trattenimento all'estero del minore, nel caso la si intenda come condotta autonoma rispetto all'altra.

Se si sgancia la condotta del trattenimento dalla condotta di sottrazione mediante trasferimento, si deve concludere che questa forma di realizzazione del delitto si consuma interamente all'estero.

Invero, se il Legislatore avesse voluto individuare in essa una figura autonoma rispetto alla condotta di trasferimento, ben avrebbe potuto ed anzi dovuto aggiornare l'elenco dei reati contenuti nell'art. 7 c.p., capaci, cioè, di incardinare la giurisdizione italiana per i reati commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero.

Mancando questa specificazione, dovrebbero trovare applicazione le regole fissate dagli artt. 9 e 10 c.p.

Il trattamento sanzionatorio contenuto nel 1° comma dell'art. 574-bis, infatti, consente che si proceda ex art. 9 nei confronti del cittadino che abbia commesso il reato all'estero, purchè si trovi nel territorio dello Stato e purchè vi sia la richiesta del Ministro della Giustizia ovvero l'istanza o la querela della persona offesa.

Benché si tratta di delitto procedibile d'ufficio, dunque, si ritiene che la redazione e la presentazione della querela del genitore sia comunque opportuna al fine di garantire la procedibilità sul territorio italiano indipendentemente dalla iniziativa del Ministro della Giustizia.

Se il genitore che trattiene all'estero il minore è straniero, troverà applicazione la regola fissata dall'art. 10 c.p., che garantisce la punibilità dello straniero secondo la legge italiana purchè il reato sia commesso nei confronti di un cittadino: è necessario, cioè, che l'altro coniuge ovvero il minore sia cittadino italiano.

Altra condizione, comune alla ipotesi precedente, è che lo straniero sia presente sul territorio italiano e vi sia richiesta del Ministro ovvero l'istanza o la querela della persona offesa.

Il limite di pena fissato dall'art. 10 (reclusione inferiore nel minimo ad un anno) consente di escludere la giurisdizione dello Stato italiano nel caso disciplinato dal 2° comma dell'art. 574-bis, ossia nel caso di reato commesso nei confronti di minore ultraquattordicenne consenziente.

Se il coniuge ed il minore sono stranieri, ma residenti nello territorio dello Stato, l'art. 10 comma 2 impone una ulteriore condizione e cioè che non si sia perfezionata la procedura di estradizione nei confronti dell'autore del delitto.

### **3. L'ART. 605 COMMA 3 INTRODOTTO DALLA L. 15-7-2009 n.**

**94**

Tra le condotte di sottrazione internazionale va annoverata anche quella descritta dall'art. 605 comma 3 che recita:

*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 presenza di taluna delle circostanze di cui al secondo comma, ovvero in danno di minore di anni quattordici o se il minore*

*sequestrato è condotto o trattenuto all'estero, si applica la pena della reclusione da tre a quindici anni.*

Si pone, dunque, il problema del possibile concorso tra i due reati.

Si tratta, in effetti, di un problema interpretativo che il Legislatore del pacchetto sicurezza ha voluto risolvere *ab origine*, aprendo l'art. 574-bis con la clausola "*salvo che il fatto costituisca più grave reato*".

Anche questa scelta è il frutto di un progressivo adeguamento della giurisprudenza alla mutata logica che deve presiedere alla valutazione dei fatti-reato che coinvolgono minori, riconoscendo ad essi la qualità di persone offese.

In passato, infatti, argomentando sulla diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme, la Suprema Corte riconosceva il concorso tra l'art. 605 e l'art. 574 tutte le volte in cui alla condotta di sottrazione si aggiungeva una limitazione della libertà personale del minore (Cass. Sez. V, 20-9-2001, Welsch). Ben presto, però, i giudici di legittimità si sono trovati nella condizione di precisare che il concorso formale può ritenersi possibile solo nella ipotesi in cui il minore sia stato effettivamente sottoposto ad una limitazione della libertà personale rispetto alla quale egli, avendo acquistato una sufficiente capacità di esprimersi, abbia verbalmente o in altro modo manifestato il proprio

dissenso, dovendosi altrimenti ritenere integrato il solo reato di sottrazione di minore (Cass. Sez. V, 20-2-2008, Cogorno).

Il Legislatore del 2009, come detto, ha reciso ogni dubbio interpretativo.

Vi è un vero e proprio rapporto di specialità segnato dalla clausola di riserva contenuta nell'art. 574-bis (assente, invece, nell'art. 574) e dall'uso di una formula descrittiva del fatto ontologicamente identica a quella usata nel 574-bis.

Anche nell'art. 605 – che è delitto contro la persona – si parla di “reato commesso in danno del minore” mediante il trasferimento all'estero o la ritenzione all'estero.

L'art. 84 c.p. stabilisce che *“le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato”*.

Certamente, nel caso di minore ultraquattordicenne dissenziente, la condotta di sottrazione non può che essere qualificata da una forma di coartazione o di soggiogazione psichica in grado di limitare la sfera di libertà del soggetto, così integrando la fattispecie di cui all'art. 605 comma 3.

Nei casi di minore infraquattordicenne, che per ragioni di età (neonato o infante) ovvero di incapacità relazionale non è in grado di esprimere un dissenso, l'accertamento del reato e della relativa sanzione non può prescindere da una valutazione concreta, caso per caso, delle modalità di sottrazione.

Sorprende, piuttosto, la mancata previsione, nel nuovo art. 605 della medesima sanzione accessoria contenuta espressamente nell'art. 574-bis (sospensione della potestà genitoriale), benchè si tratti di reato assai più grave: la applicabilità di detta sanzione andrà valutata, così, secondo le regole generali fissate dall'art. 34 c.p., il quale, però, pone quale presupposto di fatto, che il reato sia stato commesso con abuso della potestà dei genitori (*“La condanna per delitti commessi con abuso della potestà dei genitori importa la sospensione dall'esercizio di essa per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta”*).

#### **4. GLI EFFETTI EXTRAPENALI DELL'ACCERTAMENTO DEI DELITTI DI SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE**

Merita un breve approfondimento la valutazione delle conseguenze giuridiche e metagiuridiche di una sentenza accertativa del delitto di cui all'art. 574-bis e 605 comma 3 c.p.

Accade spesso, infatti, che i rifugiati o comunque gli stranieri presenti sul territorio nazionale ma con residenza all'estero decidano di rientrare nel paese di origine, portando con se i figli minori, in virtù della certezza di godere di un trattamento giuridico più favorevole.

Le differenze di fondo nei principi ispiratori e nella conseguente codificazione del delitto di famiglia, esistenti tra i diversi ordinamenti, finiscono col riflettersi nella trattazione dei casi di sottrazione internazionale dei minori, rendendo più complessa la ricerca di una soluzione.

In particolare, i paesi islamici – ad eccezione del Marocco che nel 2003 ha riformato il proprio diritto di famiglia – non riconoscono la parità tra i sessi; non ammettono i matrimoni misti e non riconoscono, quindi, i matrimoni celebrati in Italia tra un musulmano ed un cittadino italiano; il capo famiglia (l'uomo) può vietare l'espatrio, ma è libero di espatriare; al padre spetta in via esclusiva il potere di decidere sulla educazione del figlio, sulla sua istruzione, sul lavoro, sul matrimonio, sulla amministrazione dei beni; i provvedimenti di separazione tra coniugi e di affidamento dei minori non sono direttamente riconoscibili; se un padre musulmano si trova con il proprio figlio nel proprio paese, è assai improbabile che il Tribunale locale permetta al minore di raggiungere l'altro genitore.

Numerosi sono gli strumenti internazionali a disposizione di chi subisce una sottrazione di minore.

Il più completo ed efficace sembra essere la Convenzione dell'Aia del 25-10-1980, alla quale aderiscono circa ottanta paesi (pochi di matrice islamica), tra cui l'Italia che l'ha recepita con L. n. 64/94.

Questa Convenzione disciplina le procedure funzionali ad assicurare l'immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in uno degli stati contraenti.

L'art. 3 stabilisce che *“il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito:*

*quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro; e*

*se tali diritti saranno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze.*

Al fine di evitare l'insorgenza di conflitti internazionali dovuti alle differenze culturali e normative, la Convenzione fissa, in premessa, la

vincolatività delle norme dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale.

Proprio quest'ultimo concetto, capace di condizionare anche la stessa tipicità dell'elemento materiale del reato di sottrazione, deve essere correttamente interpretato nel senso più volte specificato dalla Corte di Cassazione.

In particolare, nella sentenza n. 3798 del 15-2-2008, la I sezione civile della Suprema Corte ha chiarito che la residenza abituale *“va individuata con riferimento al 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”*.

In questo quadro, la sentenza di condanna, accertativa del delitto di sottrazione internazionale, sia nella forma descritta dall'art. 574-bis sia in quella più grave descritta dall'art. 605 comma 3, crea il presupposto giuridico per l'attivazione delle procedure disciplinate dalla Convenzione dell'Aia.

Essa offre, come detto, gli strumenti diretti a favorire, mediante la cooperazione tra le Autorità Centrali degli Stati aderenti, il ritorno del minore nel luogo della sua residenza abituale, purchè detto ritorno sia effettivamente utile al minore stesso.

Non sempre il rimpatrio, infatti, può tutelare gli interessi del minore.

Gli articoli 12 e 13 della Convenzione, infatti, impongono una valutazione sui rischi del ritorno, dovuti essenzialmente all'avvenuto inserimento e adattamento del minore nel nuovo luogo di residenza ovvero ai possibili pregiudizi fisici e psichici ovvero a situazioni intollerabili.

Si pensi ai casi di minori sottratti in età infantile, rispetto ai quali si pongono le condizioni per il rientro, a distanza di cinque-sei anni dal trasferimento, solo quando, cioè, hanno creato le basi relazionali non già nel paese dal quale sono stati sottratti, ma in quello in cui sono stati condotti.

La stessa Convenzione, al fine di verificare la fondatezza di questi rischi, suggerisce di procedere sempre (quando è possibile) all'ascolto del minore.

Si tratta, in verità, di una prassi riconosciuta anche dalla nostra Suprema Corte (Cass. Civ. sez I, Ord. 16-4-2007, n. 9094; Cass civ. Sez. I, 15-2-2008 n. 3798), purchè il minore abbia raggiunto "un'età ed un grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione".

A tal fine non potranno non essere prese in considerazione le dichiarazioni eventualmente rese dal minore nel corso del procedimento penale instaurato in Italia a carico del genitore, che già di per sé

sarebbero rilevanti ai fini del diverso trattamento sanzionatorio che l'art. 574-bis correla al consenso.

## **5. LE CONDOTTE DI VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE: ART. 570**

Va, infine analizzata, la condotta opposta a quella di sottrazione, ossia la condotta del cittadino straniero che ritorna nel suo paese di origine lasciando in Italia il coniuge ed i figli.

Quando questa condotta si risolve in un atteggiamento di totale disinteresse nei confronti dei congiunti, essa può integrare la violazione dell'art. 570 c.p.

Questa norma punisce chi *“abbandonando il domicilio domestico o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori o alla qualità di coniuge”*.

Si procede d'ufficio e si applicano congiuntamente le pene detentiva e pecuniaria se tale condotta si compie nei confronti dei figli minori o del coniuge non legalmente separato.

Le diverse ipotesi previste dall'art. 570 non configurano una pluralità di reati distinti, ma, pur nella diversità dei fatti incriminabili (violazione

degli obblighi di assistenza morale e materiale), si riferiscono ad un unico titolo di reato: il secondo comma, tuttavia, in ragione del diverso trattamento sanzionatorio e del diverso regime di procedibilità, non costituisce una ipotesi aggravata del 1° comma, ma configura una fattispecie autonoma di reato.

Non è sufficiente, dunque, sostenere economicamente i familiari abbandonati per evitare la sanzione.

Ed è proprio questo l'ambito nel quale si inseriscono le vicende delle famiglie transnazionali separate.

In effetti, in questi casi già il mero allontanamento dal nucleo familiare, soprattutto se vi sono figli minori, è in grado di integrare la fattispecie penale dell'art. 570, avendo sottratto al figlio, quel complesso di attenzioni proprie degli obblighi di assistenza morale.

Anche in questo caso utile strumento è offerto dalla Convenzione dell'Aia, che disciplina anche il regime del diritto di visita in caso di soggetti dimoranti in stati diversi.

In particolare, l'art. 5 lett. B dispone che *“il diritto di visita comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo”*.

L'articolata disciplina del diritto di visita è contenuta negli articoli 21 e seguenti.

Quando il soggetto avrà dimostrato di aver cercato, comunque, il proprio figlio, anche attraverso il ricorso alle procedure regolate dalla Convenzione dell'Aia, nessun addebito potrà essergli mosso sotto il profilo penale.

Si comprende, però, come situazione di questo tipo ben possano sfociare nella commissione del più grave delitto di sottrazione per trattenimento.