

ESECUZIONE DEI PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI SEPARAZIONE E DIVORZIO PROFILI PENALI

a cura dell'
AVV. MICHELA PATTI

Incontro di studio del 30 Aprile 2009

La separazione e il divorzio , sono dei “processi” che comportano un’evoluzione delle relazioni familiari sul piano coniugale, su quello genitoriale e su quello riguardante l’ambiente esterno.

Per poter gestire il conflitto emergente dalla separazione, a livello coniugale la coppia deve elaborare il fallimento del proprio legame, il “divorzio psichico”.

Molto spesso , però, questo non accade e la battaglia esce e si protrae fuori dalle porte del Tribunale.

In tale contesto , si pone la problematica dell’esecuzione dei provvedimenti in materia di famiglia, che si possono differenziare tra quelli a contenuto patrimoniale e quelli volti a disciplinare i rapporti tra genitori e figli. Questi ultimi, includono non solo l’affidamento in senso stretto , ma anche il diritto di visita e tutte le disposizioni date per assicurare i rapporti tra il genitore non affidatario e/o **collocatario** e il minore¹.

Diversi sono i problemi che possono sorgere dalla mancata esecuzione dei provvedimenti che coinvolgono dei soggetti minori, trattandosi di pronunce giudiziali che, a differenza di quanto avviene in ordine alla corresponsione dell’assegno di mantenimento, hanno ad oggetto delle prestazioni non suscettibili di valutazione monetaria.

In altri termini, si tratta di diritti “sensibili”, richiedenti una tutela privilegiata.

Una delle più grosse lacune del nostro processo civile esecutivo è costituita proprio dalla inadeguatezza di tutela degli obblighi c.d. infungibili, per i quali l’esecuzione in forma specifica è logicamente non esperibile e la tutela risarcitoria risulta insufficiente.

Finora, soprattutto prima dell’introduzione dell’art. 709-ter c.p.c., uno dei modi più efficaci di attuazione dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio a carattere non patrimoniale, è stato quello di ricorrere alla tutela penalistica con l’art. 388 co. 2 c.p.

Integra il reato di cui all’art. 388 co. 2 c.p., il comportamento del coniuge che non osservi i provvedimenti dati dal giudice in tema di affidamento di minori .

Comunque, il diritto del genitore non affidatario di mantenere vivo il rapporto affettivo con i figli, interessandosi anche della loro educazione e istruzione , essendo sempre finalizzato e subordinato al perseguimento dell’interesse dei minori, può essere legittimamente disciplinato dal giudice della separazione , in modo tale da non recare pregiudizio alla salute psico-fisica dei minori stessi. Si possono prevedere particolari cautele e restrizioni agli incontri , ovvero arrivare perfino a sospenderli del tutto se necessario.

La Corte di Strasburgo, ha più volte preso in considerazione la tutela del diritto di visita alla luce dei principi internazionali, tra cui quello stabilito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo , secondo cui il bambino separato dai genitori o da uno di essi, ha diritto di intrattenere regolarmente

¹ Il concetto di affidamento, include sia la relazione di fatto con la persona , sia il complesso dei rapporti morali e giuridici di protezione relativi alla persona. Padovani , Codice penale , 2005 , 1885

rapporti personali e contatti diretti con entrambi, a meno che ciò non sia contrario al suo interesse preminente (art. 9 co. 3).

Il principio dell'interesse del minore, inoltre, è di fondamentale importanza per tracciare il *limen* tra condotte lecite e illecite e ai fini dell'applicazione di eventuali scriminanti.

Le ipotesi in cui ricorre maggiormente il reato di cui all'art. 388 co.2 c.p., sono quelle di ostacolamento o impedimento del diritto di visita del genitore non affidatario o, in caso di affidamento condiviso, del genitore coaffidatario ma non collocatario della prole.

Con l'espressione "diritto di visita", ci si riferisce a quell'insieme di prescrizioni volte a garantire la continuità dei rapporti tra il figlio e il genitore non affidatario e/o collocatario. Esso, deve essere effettivo, ossia deve essere regolamentato in modo tale da permetterne il concreto esercizio².

Considerata l'importanza del diritto di visita, ne deriva che è rilevante, il comportamento del genitore affidatario e/o collocatario che è obbligato ad agevolare il rapporto tra il figlio e il genitore con lui non convivente³. In mancanza, sul versante della disciplina civilistica, potranno essere applicate le misure previste dall'art. 709-ter c.p.c⁴ o potrà essere stabilita la decadenza dalla potestà genitoriale⁵.

In ambito penale, integrerà il delitto di cui all'art. 388, co. 2 c.p., sia il comportamento del coniuge affidatario che ostacoli l'altro coniuge nell'esercizio del diritto di visita, sia addirittura la condotta dell'affidatario che non impedisce, come suo dovere, che i propri congiunti esercitino un'influenza negativa sulla psicologia dei minori affidategli, così da non sensibilizzarli ed educarli al rapporto con l'altro genitore⁶.

Diversamente sarà, come vedremo, se è il figlio a non volere avere alcun rapporto con uno dei genitori.

La prevalente dottrina ritiene che, presupposto dell'ipotesi delittuosa di cui al co. 2 dell'art. 388 c.p., è l'emanazione da parte del giudice civile, nelle materie indicate dalla norma, di un qualsiasi tipo di provvedimento, sia esso sentenza, ordinanza o decreto.

Indispensabile è che tale provvedimento, sia portato a conoscenza del destinatario secondo le regole proprie del processo civile, a prescindere che questi ne abbia avuto altrimenti cognizione⁷. Non è richiesto che l'interessato abbia previamente promosso l'esecuzione forzata del diritto riconosciutogli dal giudice, essendo sufficiente che ci sia stata l'intimazione, pur se informale di adempiere.⁸

Non si avrà la concretizzazione del reato, nell'ipotesi di tutti i provvedimenti di carattere patrimoniale consequenziali all'affidamento.

Riguardo al soggetto attivo, le fattispecie incriminatrici di cui all'art. 388 c.p. configurano reati propri in quanto la condotta delittuosa può essere commessa solo da chi rivesta una specifica qualifica soggettiva o si trovi in determinate situazioni giuridico-sociali.

² Trib. Modica 13 marzo 2003: "il diritto di visita deve essere regolato in modo tale da consentire al genitore non affidatario di mantenere adeguati rapporti con il figlio minore".

³ Cass. 4 ottobre 2003 n. 37814

⁴ Il Tribunale di Catania, con ordinanza dell'11.07.06, ha affermato che "quando sussistono comportamenti posti in essere dalla madre volti a impedire al padre di tenere con sé la prole, il giudice deve invitare il genitore inadempiente ad astenersi da tale condotta altamente pregiudizievole per il corretto sviluppo dei rapporti fra il padre e i minori, la quale potrà in prosieguo, ove perdurante, comportare l'adozione delle misure previste dall'art. 709-ter c.p.c.

⁵ In un caso di affidamento esclusivo, il Tribunale per i minorenni di Catanzaro (decreto 28 novembre 2006) ha ribadito che "il genitore affidatario ha l'obbligo di cooperare al fine della realizzazione del diritto di visita del coniuge non affidatario assumendo iniziative necessarie ed opportune affinché venga recuperata la figura dell'altro genitore. Entrambi i coniugi devono adoperarsi, pena la decadenza dalla potestà genitoriale, per consentire e facilitare al minore il recupero del rapporto con il padre".

⁶ Cass. 9 marzo 2000 n. 2925. Si dica pure che sul versante civilistico tali comportamenti fanno scattare il diritto al risarcimento del danno nei confronti del figlio, infatti, secondo la Corte d'Appello di Firenze- Sezione feriale- Decreto 22- 29 Agosto 2007: "la condotta del genitore abitualmente convivente con la prole (nella specie la madre) volta a ostacolare i rapporti del figlio con l'altro genitore arreca nocumento alla corretta crescita della personalità del minore. In questi casi, il danno subito dal minore per la privazione della frequentazione con uno dei genitori non necessita di specifica istruttoria sull'an e sul quantum debeat, trattandosi di danno non patrimoniale in re ipsa soggetto a valutazione equitativa". Conforme, Trib. Messina 5 Aprile 2007 che ha condannato la madre- responsabile di avere nel tempo sviluppato nel figlio un'avversione nei confronti del padre e una personalità nevrotica- a corrispondere nei confronti del minore la somma di euro diecimila.

⁷ Cass. Pen. sez. VI sentenza n. 314 del 9 gennaio 2004

⁸ Cass. Pen. sez. VI n. 209278/97; conforme Cass. Pen. sez. VI n.186411/91

L'elemento psicologico del reato rimane integrato dalla cosciente volontà di eludere il provvedimento senza che sia richiesto alcun fine specifico".⁹

Incide sul dolo e può escluderlo, una non corretta interpretazione degli accordi pattizi intercorsi tra i coniugi o delle statuizioni del provvedimento del giudice civile, da parte di uno di essi: *"In tema di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento del figlio, non può configurarsi il dolo in capo alla madre che tenga con sé il figlio per una settimana ad agosto in virtù di una non corretta interpretazione degli accordi pattizi intercorsi tra i coniugi. (Nella specie, la determinazione della settimana di agosto in cui ciascuno dei due genitori avrebbe potuto tenere con sé il minore era rimessa a un comune accordo che era mancato per la coincidenza della settimana di libertà dal lavoro e non a causa del dolo dell'imputata)"¹⁰.*

CONDOTTA MATERIALE: CONCEPTO DI "ELUSIONE".

Le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, con la sent. 36692 del 5 ottobre 2007, hanno posto fine all'acceso dibattito concernente i limiti della condotta elusiva, sancendo il principio secondo il quale: *"il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziari previsti dal co. 2 dell'art. 388 c.p., non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte, ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento esigano per l'esecuzione il contributo dell'obbligato".*

Viene, in tal modo, definitivamente respinta la tesi che abbraccia una nozione ampia di "elusione", rinunciando a meccanismi selettivi delle condotte penalmente rilevanti, per porre l'accento sulla necessità di una distinzione della natura degli obblighi derivanti dai provvedimenti tutelati dal secondo comma dell'art. 388 c.p.

In particolare, quando si tratti di obblighi la cui esecuzione coattiva non richieda necessariamente un intervento agevolatore del soggetto obbligato, assumono rilevanza penale solo i comportamenti che ostacolano dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri.

Ad una soluzione opposta si perviene per quei casi in cui l'esecuzione non può prescindere dal contributo dell'obbligato o per la natura personale delle prestazioni imposte o per la natura interdittiva dello stesso provvedimento giudiziale. In questi casi, l'inadempimento dell'obbligato contraddice di per sé la decisione giudiziale e ne pregiudica l'eseguibilità.

Chiarito cosa si intende per elusione si dica che, se pur essa sussiste, non in tutti i casi ricorre il delitto ex art. 388 co. 2 c.p.

Il rifiuto di dare esecuzione al provvedimento giudiziale inerente l'affidamento dei figli può dipendere anche da circostanze sopravvenute alla separazione.

Il nostro ordinamento, all'uopo, prevede il ricorso alle procedure di cui agli artt. 709-ter e 710 c.p.c., per richiedere al giudice la modifica dei provvedimenti emessi.

Il coniuge affidatario, però, potrebbe trovarsi a fronteggiare nuove situazioni relativamente alle quali, i tempi tecnici occorrenti per adire le vie giudiziarie al fine di ottenere una modifica del regime delle visite, potrebbero risultare incompatibili con l'urgenza di proteggere il minore stesso.

In tali casi, si realizza la fattispecie penale prevista e punita dall'art. 388. co. 2 c.p.? Può il genitore, per proteggere il figlio, eludere il provvedimento del giudice civile?

Sia le norme civili che penali, ritengono preminente l'interesse morale e materiale della prole, considerato come principio ispiratore di ogni provvedimento giudiziale riguardante i minori.

Sul punto, la giurisprudenza penale ha elaborato il concetto del "plausibile e giustificato motivo", disponendo che: *"in tema di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile*

⁹ Cass. Pen. sez. VI 98/211739

¹⁰ Cass. Pen., sez. VI, sent. 30 luglio 2008 n. 31888.

concernente l'affidamento di un figlio minore, il motivo plausibile e giustificato¹¹, che può costituire valida causa di esclusione della colpevolezza, anche se non deve configurarsi l'esimente dello stato di necessità, deve comunque essere stato determinato dalla volontà di esercitare il diritto-dovere di tutela dell'interesse del minore, in situazione che non può essere devoluta al giudice per l'eventuale modifica del provvedimento".¹²

Parte della dottrina ha criticato tale orientamento, in quanto per porre in essere il reato è necessaria solo la consapevolezza e volontà di eludere il provvedimento giudiziale a prescindere dai motivi¹³. E' palese come, uno degli elementi indispensabili per scriminare la condotta del coniuge è una situazione sopravvenuta che, per il momento del suo avverarsi e per il suo carattere meramente transitorio, non abbia potuto essere devoluta al giudice per l'opportuna eventuale modifica del provvedimento.

Altre ipotesi in cui viene scriminata la condotta del genitore affidatario e /o collocatario, ricorrono quando il genitore stesso viene a trovarsi in una concreta difficoltà determinata dalla resistenza del minore.

Ovviamente, non sarà possibile imputare al genitore non affidatario e/o collocatario, nessuna responsabilità qualora esista un rifiuto insuperabile da parte del figlio, ad intraprendere rapporti con l'altro genitore.

Il problema è in quali casi riconoscere rilevanza al rifiuto opposto dal minore ad avere rapporti con uno dei genitori.

La Cassazione penale ha, recentemente, stabilito che: "i conflitti fra l'adolescente e il padre separato non possono ricadere sulla madre (affidataria o convivente) che, infatti, non risponde del reato di mancata esecuzione dolosa dell'ordine del giudice se il figlio si rifiuta di rispettare gli incontri".¹⁴

RAPPORTI TRA L'ART. 388 CO. 2 C.P. E I DELITTI DI CUI AGLI ARTT. 573 E 574 C.P.

Complessi sono i rapporti fra le ipotesi previste dagli artt. 573 e 574 c.p. e il reato di mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice concernente l'affidamento di minori.

Il problema è se si configuri un concorso apparente di norme oppure un concorso formale di reati.

In un primo tempo, la giurisprudenza propendeva per l'applicabilità dell'art. 15 c.p. e quindi del principio di specialità, affermando la coincidenza dei beni lesi dalle fattispecie criminose in esame, in quanto: "l'art. 388 c.p., in questa sua specifica conformazione (esso avrebbe, infatti natura di disposizione "in bianco", da integrarsi con il provvedimento giurisdizionale) è diretto a tutelare e l'interesse dell'amministrazione della giustizia, e l'interesse dell'altro genitore all'esercizio della potestà attribuitagli. Ne consegue che nella specie il delitto di cui all'art. 574 c.p. deve ritenersi assorbito in quello di cui all'art. 388 c.p.".¹⁵

Altra giurisprudenza afferma che è configurabile il concorso formale tra il reato di sottrazione di minori previsto dall'art. 574 c.p. e quello di elusione dei provvedimenti del giudice concernenti l'affidamento di minori. Tale tesi, parte dalla differenza dei rispettivi elementi strutturali che escluderebbe il rapporto di specialità, "dal momento che la prima delle suindicate fattispecie,

¹¹ Cass. Pen. sez. VI, sent. 26 Agosto 2008 n. 34172- Pres. Lattanzi; Rel. Carcano; Pm. (diff.)Febbraro: Nella specie la S.C. ha ritenuto plausibile la giustificazione della madre di non aver fatto vedere i figli al padre, in uno dei giorni prestabiliti per l'esercizio del suo diritto di visita, tenuto conto che i bambini erano ammalati e la situazione conflittuale dei genitori era tale da non consentire l'incontro nell'abitazione materna.

¹² Cass. Pen. 30150/07. Con tale sentenza la S.C. annulla la sentenza della Corte d'Appello di Venezia che aveva assolto l'imputato per difetto della prova che avesse con coscienza e volontà disatteso l'ordinanza del giudice civile regolante il diritto di visita della figlia da parte della madre, perché non avrebbe inteso forzare il desiderio della bambina di non incontrare la madre. Dalla lettura della sentenza di primo grado si evince che tale stato di cose si è protratto per un periodo certamente non breve, di guisa che l'imputato - come osservava il giudice di primo grado - ben aveva la possibilità di rappresentare la predetta asserita volontà della bambina al giudice civile per la modifica del provvedimento autorizzativo degli incontri tra madre e figlia.

¹³ F. Scioli, in Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia, a cura di P. Cendon, Padova, 2004, III pag. 2399

¹⁴ Corte di Cassazione, sentenza n. 4946 del 4 febbraio 2009.

¹⁵ Cass. Pen, sez VI, 9 dicembre 2003 Contra Cass. Pen., sez. V, 2 ottobre 1992

mirando a tutelare il legame fra minore e genitore, si incentra sulla cesura di tale legame che si realizza mediante la sottrazione, mentre l'altra pone il suo accento sulla elusione del provvedimento del giudice"¹⁶.

Successivamente, si è posto l'accento sui diversi contenuti precettivi delle disposizioni in esame affermando che : "...se l'agente non ottempera a particolari disposizioni del giudice civile- sulla quantità e durata delle visite consentite al genitore non affidatario, sulle modalità e condizioni in genere fissate nel provvedimento- deve configurarsi il delitto di mancata esecuzione dolosa del provvedimento del giudice; se invece la condotta di uno dei coniugi porta ad una globale sottrazione del minore alla vigilanza del coniuge affidatario, così da impedirgli non solo la funzione educativa ed i poteri insiti nell'affidamento, ma da rendergli impossibile quell'ufficio che gli è stato conferito dall'ordinamento nell'interesse del minore e della società, in tal caso ricorre il reato di cui all'art. 574 c.p."¹⁷.

Sarà escluso ogni reato, laddove il prelievo del minore abbia durata limitata e non pregiudichi in alcun modo l'esercizio delle facoltà genitoriali .¹⁸

TRASFERIMENTO DELLA RESIDENZA DEL MINORE, SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORENNE E DELITTO DI CUI ALL'ART. 388 CO. 2 C.P.

Il diritto soggettivo alla residenza, quale espressione della libertà di circolazione e di soggiorno, è tutelato a livello costituzionale dall'art. 16. Tale diritto incontra, tuttavia, dei limiti là dove sia esercitato all'interno di un contesto familiare , nel quale esistono interessi ritenuti superiori dall'ordinamento.

Il criterio principe da seguire in occasione di decisioni che coinvolgono l'educazione, l'istruzione e la salute del figlio non può che essere il best interest of the child.

Quando l'allontanamento dalla residenza abituale del minore si traduce in un vero e proprio abbandono della stessa, con violazione del diritto-dovere di affidamento o di visita dell'altro genitore, in sede civile si può perpretare una grave inadempienza, ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c. rispetto alle modalità e al regime di affidamento in atto¹⁹.

In sede penale la fattispecie può integrare il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice concernente l'affidamento di minori ex art. 388 co. 2 c.p. o rispettivamente quelli di cui agli artt. 573 o 574 c.p.²⁰.

Diversamente avviene in presenza di affidamento monogenitoriale.

Significativa a riguardo è una recente sentenza della Corte di Cassazione Penale la quale ha stabilito che :“ non può ritenersi responsabile del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice e di cui all'art. 388 co.2 c.p., il genitore affidatario in via esclusiva del minore che, con decisione unilaterale e a fronte degli accordi intervenuti in sede di separazione, trasferisca all'estero in via definitiva la residenza abituale del figlio”.²¹

Ne deriva che spetterebbe al genitore unico affidatario del minore decidere il luogo di residenza del medesimo.

¹⁶ Cass. Pen. sez. VI, 7 febbraio 2006, n. 8577

¹⁷ Cass. Pen. sez. VI, 25 giugno 1986

¹⁸ Corte appello Roma, 13 maggio 1996 in Riv. Pen. 1996, 991. Conforme, Cass. Pen. , sez., VI, 4 giugno 2003 n. 34862

¹⁹ Trib. Di Pisa , decreto 24 gennaio 2008:“la condotta della madre, che unilateralmente e arbitrariamente ha deciso di condurre la minore in altra città , senza previamente domandare una modifica delle condizioni di separazione, costituisce, a prescindere dalle motivazioni di tale scelta, una grave inadempienza, ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c. rispetto alle modalità e al regime di affidamento in atto”.

²⁰ Cassazione penale, Sez. VI, 19 marzo 2003, n. 19520. In “Cass. pen.”, 2004, p. 1647;

²¹ Cass. pen. sez. VI, sent. 6 giugno- 29 luglio 2008 n. 31717

Nel caso in cui uno dei genitori, contro la volontà dell'altro, trasferisca la residenza del minore non nell'ambito dello Stato italiano ma all'estero, si potrà realizzare una sottrazione internazionale di minore.

In tal caso è vero sì che versiamo nel campo della lesione di diritti primari di ordine pubblico e quindi in materia penale, con la realizzazione del delitto di cui all'art. 574 c.p. o di quello ex art. 388 co. 2 c.p., ma le disposizioni di diritto interno risultano poco applicabili ed inefficaci.

Tra gli strumenti internazionali multilaterali che subentrano al diritto interno al fine di ripristinare la situazione antecedente, quello sino ad oggi più utilizzato è la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, firmata all'Aja il 25 ottobre 1980, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 15 gennaio 1994, n. 64.

Essa ha tracciato percorsi assai differenti in ragione della diversa natura del diritto del genitore che si assume lesa.

In particolare, in caso di violazione del diritto di custodia attribuito al medesimo genitore in via esclusiva o congiunta, obiettivo della Convenzione è quello di ripristinare la situazione preesistente alla sottrazione, consentendo al minore stesso di tornare prima che sia possibile, a vivere con il genitore al quale è stato illecitamente sottratto.

Diversamente, nel caso in cui sia compromesso il diritto di visita del genitore non affidatario, l'obiettivo della Convenzione, difettando il presupposto della illiceità del trasferimento, è garantire a quest'ultimo, con l'ausilio dell'autorità centrale, l'effettività dell'esercizio del suo diritto²².

Una volta accertato l'illecito, il giudice stabilisce il rientro del minore, quindi il ripristino dello status quo ante, a meno che sussista un rischio grave di danno fisico o psichico che deve essere rigorosamente provato, sia pur senza alcuna limitazione formale, il cui onere spetta evidentemente al genitore che si oppone al rimpatrio.

L'applicazione della Convenzione, prescinde totalmente dall'esistenza di un titolo giuridico di affidamento, avendo lo scopo esclusivo di tutelare l'affidamento quale situazione di mero fatto, da reintegrare con l'immediato rientro del minore nel proprio stato di residenza abituale; sicché il trasferimento è considerato illecito quando avviene in violazione del diritto di custodia, derivi esso dalla legge, da una decisione giudiziaria o da un accordo, purchè sia effettivamente esercitato.

La materia è stata innovata e integrata dalla disciplina contenuta nel regolamento del Consiglio europeo n. 2001/2003 (noto come Bruxelles II *bis*, firmato il 20 ottobre 2003 ed applicato dal 1° marzo 2005) relativo alle competenze, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Il fenomeno della sottrazione internazionale dei minori è in crescente aumento²³, anche perché sono più numerose le coppie composte da soggetti di diversa nazionalità

ART. 388 CO.2 C.P. E DELITTO DI OMESSA PRESTAZIONE DEI MEZZI DI SUSSISTENZA (ART. 570 CO.2, N. 2 C.P.)

Nella famiglia in crisi, l'elusione degli obblighi di assistenza familiare è piuttosto frequente. Con la previsione normativa di cui all'art. 570 co. 2 c.p. il legislatore ha voluto punire "chiunque fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa".

Tale previsione criminosa è posta proprio a tutela del diritto all'assistenza materiale e economica discendente da rapporti familiari di coniugio o parentela, ma nei soli limiti della corresponsione dei mezzi di sussistenza necessari a far fronte ai bisogni vitali dell'individuo.

²² Conforme, Cass. Civ., sez., I, 4 Aprile 2007 n.8481

²³ Secondo il rapporto del dipartimento di Giustizia minorile, sono 151 le istanze relative alla sottrazione di minori presentate all'ufficio dell'autorità centrale italiana nel solo 2006, in crescita rispetto agli anni precedenti. Molto evidente, risulta la differenza tra le richieste di rimpatrio e quelle di visita o alloggio: il 79% delle richieste pervenute appartengono alla prima categoria. Dal 2000- si legge nel rapporto - sono aumentate del 24% le richieste di rimpatrio dopo un periodo di flessione tra il 2001 e il 2004.

Importante è individuare i rapporti tra la fattispecie di cui all'art. 570 co. 2 c.p. è il delitto previsto e punito dall'art. 388 co. 2 c.p.

L'ambito di tutela descritto nelle due fattispecie è diverso, come diversi ne sono i presupposti applicativi.

Il mancato versamento del contributo dovuto al coniuge separato per il mantenimento dei figli rientra nell'ipotesi prevista e punita dall'art. 570 co. 2 c.p. , ove da essa derivi la mancanza dei mezzi di sussistenza per i beneficiari. Mentre l'elusione dei provvedimenti del giudice civile concernente l'affidamento di minori, di cui all'art. 388 co. 2 c.p. attiene esclusivamente alla relazione di fatto con la persona o al complesso di rapporti morali o giuridici di protezione relativi alla persona stessa. Si tratta di vicende, pertanto, inquadrabili tra i comportamenti contrari agli interessi dei minori sotto il profilo educativo ed affettivo e formalmente commessi in violazione di provvedimenti del giudice civile²⁴.

La norma, nell'incriminare l'omessa prestazione dei mezzi di sussistenza, non intende affatto essere puramente sanzionatoria delle norme civili che prevedono obbligazioni di natura alimentare , alla cui esistenza non è condizionato il delitto.

A differenza che nell'art. 388, co.2, pertanto, si prescinde dall'inadempimento di un provvedimento di natura civilistica.

Una recente sentenza del Tribunale di Nola ²⁵, molto esplicativa in proposito stabilisce che :” L'inosservanza dell'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento ai figli minori integra eventualmente il delitto di cui all'art. 570, co. 2 c.p. in presenza dello stato di bisogno e laddove l'inadempimento si risolva in una mancanza di mezzi di sussistenza per il beneficiario, mentre , non si configura il delitto di cui all'art. 388 co. 2 c.p., in quanto in detta previsione, concernendo la mancata esecuzione dei provvedimenti del giudice in materia di affidamento dei minori o di persone incapaci, attiene ai rapporti personali e non a quelli economici del provvedimento”.

Il maggior rigore che permea l'art. 388 c.p. rispetto alla previsione dell'art. 570 co. 2 c.p. emerge ictu oculi dal confronto tra le due norme e si riflette poi a livello sanzionatorio²⁶.

Inoltre, il delitto contemplato dall'art. 570 c.p. ha carattere sussidiario. L'ultimo capoverso dichiara espressamente che le disposizioni dell'articolo non si applicano “se il fatto è preveduto come più grave reato da un'altra disposizione di legge” del codice penale o di altra legge speciale.

²⁴ Conforme, Trib. Bari , sez. I 7 novembre 2006. .

²⁵ Trib. Nola Febbraio 2008 n. 362

²⁶ Come pena è prevista per l'ipotesi di cui all'art. 570 co. 2 c.p. la reclusione fino a un anno e la multa da 103 a 1.032 ,00 euro, mentre per l'art. 388 co. 2 c.p. è prevista la pena della reclusione fino a tre anni o la multa da 103 a 1.032 ,00 euro