

## **DELITTI CONTRO LA FAMIGLIA**

**Di Massimiliano Parla**

### **RILEVANZA DEI DOVERI CONIUGALI: QUALI LE CONSEGUENZE PENALI DELLA VIOLAZIONE DEI PROVVEDIMENTI IN FAVORE DEL CONIUGE E DELLA PROLE?**

Le questioni inerenti l'assetto familiare non si sottraggono all'intervento regolatore dell'autorità giudiziaria.

Ciò accade, ad esempio, in costanza di matrimonio, quando è necessario disciplinare rapporti di varia natura, soprattutto, ma non esclusivamente, patrimoniali.

Tuttavia, è fuori di dubbio che l'intervento del giudice, nella materia in esame, assuma particolare pregnanza e rilevanza soprattutto a seguito dell'avvenuta separazione dei coniugi e fin dopo lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

In tali circostanze è evidente, infatti, come il ricorso all'autorità giudiziaria vada ad incidere su situazioni e rapporti estremamente delicati, fra cui gli affetti più cari.

Per tale ragione, in considerazione della disposizione d'animo con la quale i coniugi si affrontano in occasione di eventi quali la separazione e lo scioglimento del matrimonio, gli interventi e le statuizioni dell'autorità giudiziaria, riferite all'assetto dei rapporti patrimoniali e personali dei soggetti costituenti il nucleo familiare, all'assegnazione di beni e di posizioni giuridiche soggettive di favore, incidenti anche sul destino dei figli minori della coppia, ove presenti, vengono quasi sempre vissuti, dalla parte che le subisce o che ritiene di doverne sopportare le conseguenze sfavorevoli, con profonda sofferenza ed avversione.

Nel quadro appena delineato si collocano, spesso, condotte di violazione o di elusione dei provvedimenti assunti dall'autorità giudiziaria, poste in essere dal coniuge che si ritiene sfavorito dalle disposizioni del giudice.

Risulta, dunque, di fondamentale importanza precisare, a quali condizioni, le violazioni o condotte elusive cui si fa riferimento possano assumere rilievo penale.

Si osserverà come i reati principalmente configurabili, in tali occasioni, sono, innanzitutto, la condotta prevista e punita dall'art. 388 relativo alla mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, anche in considerazione alle modifiche legislative recentemente intervenute sul dettato della norma; e, sussistendo determinati requisiti, che verranno analiticamente analizzati, il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all'art. 570 c.p.

Con particolare riferimento al delitto di cui all'art. 388 c.p., di cui occorrerà, ai nostri fini, analizzare le ipotesi di reato previste e punite dai primi due commi della disposizione, analizzato il concetto di "provvedimento" emesso dall'autorità giudiziaria e chiarita la natura del bene giuridico che la norma intende tutelare, si passerà alla disamina degli elementi costitutivi della fattispecie, ovvero alla qualificazione dell'elemento soggettivo e dell'elemento oggettivo del reato ed all'individuazione del momento consumativo dello stesso.

L'analisi delle ipotesi di configurabilità della fattispecie richiederà, inoltre, chiarimenti di sorta in merito ai concetti di "atto simulato", "atto fraudolento", "fatto fraudolento" ed alla nozione di elusione; potendosi, ancora, ove la discussione lo consenta, introdurre l'esame di elementi di procedura utili all'attività del professionista ed il dibattito sulla possibile configurazione di un concorso di tale fattispecie con altri reati.

Si seguirà lo stesso metodo di analisi anche in relazione al delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all'art. 570 c.p., che, a determinate condizioni, può essere integrato dalla

violazione di provvedimenti emessi dal giudice a tutela del coniuge o dei minori, provvedendo, dunque, allo studio della natura e degli elementi costitutivi del reato.

Lasciando, anche in questo caso, spazio al dibattito su questioni procedurali, al fine di offrire utili chiarimenti in merito alla possibile configurazione di tale reato, ci si dovrà soffermare sulla disamina di concetti quali quello di “mezzi di sussistenza”, “capacità economica” e “stato di bisogno”, richiamati dalla norma, nonché al vaglio di alcuni recenti arresti della giurisprudenza in materia.

La casistica giudiziaria riguardante il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare continua, infatti, a registrare una significativa frequenza a riprova, specie quando sono i minori a risultarne soggetti passivi, di un aumento del fenomeno del c.d. *deparenting* evidenziato dagli esperti di sociologia della famiglia, i quali vi ricomprendono quelle manifestazioni di disinteresse nei confronti dei figli anche dal punto di vista affettivo che non di rado si spingono fino a privarli del necessario per le primarie esigenze di vita.

Si conferma, dunque, di grande attualità l'analisi di fattispecie codicistiche che, peraltro, più di altre, risultano datate e, in assenza di una loro revisione di fronte al nuovo volto da tempo assunto dall'istituto della famiglia, sono state sottoposte per questo ad una interpretazione adeguatrice, le cui linee di sviluppo vanno colte soprattutto nel c.d. diritto giurisprudenziale.

Privilegiando questo taglio di indagine e ripercorrendo i passaggi che, insieme alla evoluzione socio-culturale e normativa della materia, l'hanno segnata anche nel versante penalistico, si potrà fare il punto sull'esperienza applicativa, soprattutto posteriore alla riforma del diritto di famiglia.

I risultati di questo modo di procedere potrebbero essere utili anche per verificare se, agli effetti della tutela apprestata dalle norme incriminatrici, esse risultino soddisfacenti o mostrino delle lacune e per trarne indicazioni circa il destino da riservare, in futuro, alle incriminazioni segnalate anche nel quadro delle ulteriori trasformazioni in corso nella realtà sociale; quali, ad esempio, la diffusione della famiglia di fatto, anche fra persone dello stesso sesso, su cui sono tuttora incerte le prospettive di regolamentazione.

Si farà, per completezza nella trattazione, altresì, un breve cenno alle ulteriori ipotesi di reato configurabili in relazione alle condotte che disattendono le prescrizioni dell'organo giudicante in *subiecta materia*, nonché, per motivi di opportunità, alle violazioni di provvedimenti del giudice di natura processuale penale, in specie cautelare, giustificate dalla necessità di prevenire la reiterazione di reati in danno del coniuge e/o dei figli minori: violazioni che, a talune condizioni, possono integrare autonome fattispecie di reato.

#### La fattispecie di cui all'art. 388 c.p.

La prima fattispecie che si ritiene opportuno esaminare è il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice di cui all'art. 388 c.p.

Tale disposizione comprende, in realtà, sei distinte ipotesi di reato, contemplate dai commi da 1 a 5 del medesimo articolo.

La nostra disamina si concentrerà sulle condotte previste e punite dal primo e dal secondo comma, secondo i quali: “1. *Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire il provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.*

2. *La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito”.*

Il contenuto del comma 6 ci rende noto che si tratta, in ogni caso, di delitti perseguibili a querela della persona offesa.

Nonostante la totale riscrittura della norma in esame ad opera della l. n. 94/2009 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), gli unici elementi di novità introdotti nella struttura precettiva della fattispecie sono riscontrabili nel fatto che il riferimento, di cui al comma 1, agli “obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna” è stato sostituito da un più generico riferimento agli “obblighi nascenti da un provvedimento dell’ autorità giudiziaria”, e nel fatto che, ai sensi del comma 2, rileva penalmente, accanto all’ elusione del provvedimento civile, anche quello amministrativo o contabile.

Peraltro, già in sede interpretativa, la dottrina aveva esteso la portata della previsione fino a ricomprendervi qualsiasi provvedimento avente natura di decisione giudiziaria che importasse l’ imposizione di obblighi civili, emesso in sede giurisdizionale.

In senso analogo si era, in più occasioni, espressa anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr., *ex multis*, Cass. Pen. III sez. 12.11.1993, Cass. Pen. VI sez. n. 2559/1993) che, operando un’ interpretazione estensiva dell’ espressione “sentenza di condanna”, aveva affermato che con la stessa il legislatore aveva inteso comprendere tutti i provvedimenti che, a prescindere dalla loro forma o denominazione, rivestissero la natura di decisioni giudiziarie con imposizione di obblighi di carattere civilistico, anche se, in talune occasioni, aveva tenuto a puntualizzare che, anche volendo interpretare l’ espressione nella generale accezione di qualunque provvedimento emesso in sede giurisdizionale, la medesima dovesse intendersi quale decisione di merito pronunciata in base ad una *plena cognitio* (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 4298/1997).

Il bene giuridico tutelato dalla norma in esame è assai controverso in dottrina, mentre in giurisprudenza si tende ad individuarlo nell’ autorità delle decisioni giudiziarie (cfr. Cass. Pen. 27.02.1986) oppure nell’ esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione (cfr. Cass. S.U. n. 36692/2007, Cass. Pen. VI sez. n. 6863/2009).

Come anticipato, in relazione al tema che qui si intende trattare, assumono rilievo unicamente le prime due ipotesi di reato, ossia quelle contemplate dai commi 1 e 2 della detta norma.

Il primo comma dell’ art. 388 c.p. si applica nei confronti di colui che compie, sui beni propri o altrui, atti simulati o fraudolenti, o commette altri fatti fraudolenti, per sottrarsi all’ adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell’ autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l’ accertamento dinanzi all’ autorità giudiziaria; sempreché non ottemperi all’ ingiunzione di eseguire il provvedimento.

Com’ è agevole vedere, le nozioni evocate dal paradigma normativo sono estremamente ampie, ed abbracciano una larga parte degli obblighi civili, anche se, secondo la dottrina dominante, ne resterebbero esclusi gli obblighi civili insuscettibili di esecuzione forzata, come quelli di *facere* infungibile, di *non facere* o di *pati*.

L’ ipotesi delittuosa presa in esame dal primo comma dell’ art. 388 è configurabile allorché:

1. il soggetto attivo ponga in essere atti simulati, ossia atti in cui vi è una preordinata divergenza fra volontà dichiarata e volontà reale (costituisce esempio di atto simulato, ai nostri fini, la condotta di colui che simula la vendita di un bene immobile al fine di sottrarsi agli obblighi di mantenimento nascenti dalla separazione, e non al fine di prevenire pretese rivendicatorie da parte del coniuge separato sul bene, cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 32342/2003), oppure atti fraudolenti, ossia atti aventi valore negoziale posti in essere per conseguire un ingiusto profitto ai danni del soggetto che avrebbe interesse a far valere il provvedimento del giudice (costituisce esempio di atto fraudolento l’ atto compiuto in frode ai creditori *ex art. 2901 c.c.*); o comunque ponga in essere fatti fraudolenti, comportamenti non negoziali a loro volta finalizzati ad ottenere un profitto ingiusto in danno del soggetto che avrebbe interesse a far valere la pronunzia del giudice a lui favorevole (costituisce un esempio di fatto fraudolento il comportamento dell’ agente che nella procedura di conversione del pignoramento, ottenuto il provvedimento di conversione con l’ obbligo di versare la somma residua fissata dal giudice, paghi un importo inferiore a quello determinato e depositi in cancelleria la

ricevuta falsificata, dalla quale figurì il pagamento della intera somma prestabilita, così cercando di svincolare i beni pignorati, cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 2266/2000);

2. il soggetto attivo ponga in essere tali condotte con dolo specifico, ossia allo scopo di sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili derivanti da provvedimenti dell'autorità. Dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi, soprattutto a seguito dell'intervenuta riforma, nel comprendere in tale locuzione anche provvedimenti non aventi natura di sentenze, purché pronunciati in sede giurisdizionale e tali da comportare l'imposizione di un obbligo civile (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 4298/1997): fra questi, di assoluto rilievo, per quanto qui interessa, vi è anche il provvedimento del presidente del tribunale relativo all'assegno alimentare, es. in favore del coniuge o dei figli dell'obbligato (cfr. Cass. Pen. III n. 2559/1973), o, secondo parte della giurisprudenza, all'affidamento dei minori (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 6042/1996, *contra* cfr. Cass. S.U. n. 36692/2007), o all'assegnazione della casa coniugale (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 14367/1999);

3. il soggetto attivo non ottemperi all'ingiunzione di eseguire la sentenza (o comunque il provvedimento impositivo di obblighi civili). Quanto alla natura dell'ingiunzione, si è molto discusso, sia in dottrina che in giurisprudenza, su come essa debba manifestarsi. In dottrina si è ipotizzato che sia, quanto meno, necessario un atto di precetto; tuttavia, discutendosi se sia sufficiente la mera notifica del provvedimento (Antolisei).

Secondo altra parte della dottrina sarebbe, comunque, sufficiente un qualsiasi atto idoneo a costituire in mora il debitore (Ronco).

In giurisprudenza, si riteneva, in passato, necessario dare corso ad atti esecutivi, addirittura all'attivazione del pignoramento; poi si ritenne sufficiente la notifica della sentenza costitutiva dell'obbligo, con relativo atto di precetto; indi si indicò come bastevole la messa in mora, anche in modo informale (cfr. Cass. Pen. 24.09.1993); infine, si è ritenuta sufficiente una richiesta di adempimento informale, purché precisa e non equivoca (cfr. Cass. Pen. 11.03.1999).

La condotta materiale del reato si basa, dunque, sulla realizzazione di atti simulati o fraudolenti e di altri fatti fraudolenti, posti in essere per non ottemperare all'ingiunzione di eseguire gli obblighi derivanti dalla sentenza di condanna. È del tutto indifferente che il provvedimento giurisdizionale consegua ad un procedimento penale, civile o amministrativo o in corso di accertamento. Già nel 2004 la VI sezione della Cassazione, nella sentenza 230606/04, ha ritenuto configurabile il reato di cui all'art. 388, primo comma, c.p. anche in relazione alla mancata esecuzione dolosa di un lodo arbitrale.

La perseguibilità, come anticipato, è a querela della persona offesa (nella specie, del titolare della situazione giuridica pregiudicata dalla condotta), come in tutte le diverse ipotesi di reato di cui all'art. 388 c.p.

Il tentativo è ipotizzabile, essendo la condotta frazionabile; è parimenti ipotizzabile il concorso di persone allorché la condotta del concorrente sia coeva al compimento della condotta simulata o fraudolenta.

Si è detto che fra i provvedimenti giurisdizionali impositivi di obblighi vi è il provvedimento presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c.; ed al pari di esso, debbono ritenersi idonei a imporre obblighi civili suscettibili di violazione nei termini di cui all'art. 388, comma 1, c.p. anche gli altri provvedimenti giurisdizionali, interinali (es. in caso di modifica dei precedenti provvedimenti: art. 710 c.p.c.) o definitivi, sia in tema di separazione (ad es. le statuizioni inerenti alla prole ed ai coniugi di cui agli artt. 155 e 156 c.c.) che di scioglimento del matrimonio (salvo quanto si accennerà in ordine all'art. 12 *sexies* l. n. 898/70).

Anche la sentenza di omologazione della separazione consensuale fra coniugi è provvedimento suscettibile di violazione nei termini di cui all'art. 388, comma 1, c.p., poiché il codice non distingue fra provvedimenti emessi in sede contenziosa o di volontaria giurisdizione.

Quanto ai provvedimenti emessi dal giudice tutelare, si tende a ricondurne la tutela penale all'interno del secondo comma dell'art. 388 c.p., sebbene appaia astrattamente ipotizzabile che,

anche al di fuori delle condotte elusive dei provvedimenti in tema di affidamento di minori, di cui al capoverso dell'articolo in esame, possa darsi il caso di provvedimenti del giudice tutelare costitutivi di obblighi civili (es. *ex art. 320 c.c.*) che il soggetto attivo violi con condotte fraudolente inquadrabili nel primo comma dell'art. 388 c.p.

Ciò posto, in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 388 c. 1 c.p. nella materia che ci interessa, va detto che i provvedimenti che incidono sull'assetto familiare a seguito di separazione o divorzio regolano tanto aspetti *lato sensu* patrimoniali (l'assegno di mantenimento per il coniuge e/o per i figli, gli alimenti, l'assegno divorzile, l'assegnazione della casa coniugale, i provvedimenti circa l'amministrazione dei beni ecc.) quanto aspetti più strettamente personali (l'assegnazione della prole, il diritto di visita del genitore non affidatario, le modalità di esercizio della potestà genitoriale ecc.). Alla decisione in ordine a tali aspetti conseguono, di regola, posizioni giuridiche soggettive favorevoli e sfavorevoli, tendenzialmente con finalità di tutela dei soggetti "deboli": in primo luogo i figli, in particolare se minorenni; ed inoltre il coniuge economicamente più debole (o perché privo di mezzi sufficienti, o perché impossibilitato a trovare un adeguato lavoro).

La violazione di questi provvedimenti può determinare la configurabilità del primo comma dell'art. 388 c.p., laddove il coniuge obbligato non ottemperi agli obblighi statuiti dal giudice, e continui in tale condotta omissiva pur dopo essere stato intimato ad ottemperare.

Sotto il profilo delle violazioni di carattere patrimoniale, commette, ad esempio, il reato in esame il coniuge che, attraverso la sostituzione della serratura della casa coniugale, si sottrae al provvedimento con il quale il presidente del tribunale, nel corso della causa di separazione, assegnava la casa in uso esclusivo all'altro coniuge: si è qui al cospetto non già di "atti", ma di "fatti fraudolenti", comunque anch'essi rientranti nel paradigma della disposizione sanzionatoria in esame.

Può costituire violazione del primo comma dell'art. 388 c.p., sempre sotto il profilo patrimoniale, come detto, anche la condotta di colui che simula la vendita di un bene immobile; ma in questo caso è necessario che la finalità della vendita sia quella di sottrarsi agli obblighi di mantenimento nascenti dalla separazione, e non invece quella di prevenire pretese rivendicatorie da parte del coniuge separato sul bene (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 32342/2003). L'ipotesi è, in questo caso, quella degli "atti simulati" in danno dell'altro coniuge.

Sotto il profilo delle violazioni non a carattere patrimoniale (ma che, si noti, possono dar luogo a danno risarcibile), la Cassazione ha compreso fra le ipotesi penalmente rilevanti, ai sensi del comma primo dell'art. 388 c.p., quella in cui il coniuge non affidatario del figlio è pregiudicato od ostacolato nel diritto ai rapporti con il figlio, garantitigli dal provvedimento giurisdizionale (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 9441/1997).

Quanto agli ulteriori provvedimenti in *subiecta materia*, occorre dire fin d'ora che quelli inerenti all'affidamento di minori, ed alla relativa elusione, sono inquadrabili nell'ipotesi di cui al capoverso dell'art. 388 c.p.; quelli inerenti alle omissioni nel versamento degli assegni di mantenimento e degli alimenti al coniuge ed ai figli minori sono inquadrati, al ricorrere delle condizioni che vedremo, nell'art. 570 c.p.; quelli inerenti all'assegno divorzile sono inquadrati nell'art. 12 *sexies* l. n. 898/70.

Il comma secondo dell'art. 388 c.p. contempla, per quanto d'interesse in questa sede, l'elusione dell'esecuzione di provvedimenti del giudice civile concernenti l'affidamento di minori.

Per quel che concerne l'elemento psicologico di tale reato si può affermare che sia sufficiente il semplice dolo generico e, cioè, la coscienza e la volontà di disobbedire al provvedimento del giudice.

Il reato di cui al secondo comma dell'art. 388 c.p. è istantaneo e si consuma, pertanto, nel momento in cui lo stesso agente, dolosamente, non ottemperi ad un provvedimento del giudice civile emesso per la finalità in tale norma indicata, sia tenendo un comportamento positivo consistente nel compiere atti che gli siano vietati, sia tenendo un comportamento omissivo con l'astenersi dal

compiere atti che gli siano imposti. Infatti, proprio in quest'ultimo caso la Cassazione penale, sezione VI, nella sentenza n. 2925 del 9 marzo 2000, ha ritenuto che sia perseguibile penalmente chi elude il provvedimento del giudice che attribuisce all'ex coniuge il potere di esercitare il diritto di visita nei confronti delle figlie. Nel caso *de quo*, il comportamento "omissivo" posto in essere dall'ex coniuge affidatario dei figli minori che non li educa e non li sensibilizza ad avere un rapporto con l'altro genitore può costituire l' "elusione" dolosa di un provvedimento del giudice. Pertanto, la VI Sezione Penale della Corte di Cassazione fornisce una interpretazione estensiva dell'art. 388 del codice penale che disciplina il reato di "mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice" ricomprendendovi anche il comportamento del genitore separato che, non attivandosi per far sì che i figli minori vedano l'altro coniuge secondo quanto stabilito dal giudice, si riflette negativamente sulla psicologia degli stessi minori.

Dottrina e giurisprudenza hanno ricompreso una gamma di concetti decisamente ampi nel contenitore di cui all'art. 388, secondo comma, c.p.

Prendiamo in considerazione la nozione di "elusione".

Le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 36692/07 hanno posto fine all'acceso dibattito concernente i limiti della condotta elusiva rilevante ai fini della sussistenza del reato di elusione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388, II comma, c.p.).

Con la detta sentenza il Supremo Collegio ha infatti sancito il principio secondo il quale: *"Il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali previsti dall'art. 388 c.p., comma II, 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"*.

La Corte ha così risposto ai molteplici dubbi ed ai contrasti giurisprudenziali puntualmente denunciati non solo dalla dottrina ma anche dalle diverse Sezioni della Corte di Cassazione.

Prima, infatti, si registravano in giurisprudenza sostanzialmente tre diversi orientamenti sul concetto di "elusione" del provvedimento emesso dall'Autorità giudiziaria.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità più risalente riteneva che, con il termine elusione, dovesse *"identificarsi qualunque mero comportamento attivo o negativo – anche privo di scaltrezza – diretto semplicemente ad ostacolare l'esecuzione del provvedimento del Giudice"*. (cfr. Cass. Pen., 04.06.90).

Secondo invece un altro orientamento di tipo più "restrittivo" rispetto al precedente *"ai fini della sussistenza del reato di elusione di un provvedimento del giudice non sarebbe sufficiente un mero comportamento omissivo, essendo necessario un comportamento attivo ovvero commissivo del soggetto, diretto a frustrare o quanto meno a rendere difficile l'esecuzione del provvedimento giudiziale, ciò perchè la semplice inattività viene perseguita dalla legge con sanzioni di carattere civilistico appositamente predisposte"* (cfr. Cass. Pen., 19.3.91).

Di recente, altra giurisprudenza "intermedia", seguita peraltro anche dalle Sezioni Unite, aveva individuato i limiti del concetto di elusione sulla base della natura dell'obbligo imposto con il provvedimento giudiziale cui non si è ottemperato. Per cui, a detta dei fautori di tale posizione, in presenza di un obbligo di non fare, risulterebbe elusiva la semplice violazione; mentre, nell'ipotesi di un obbligo di fare, sarebbe rilevante solo il comportamento volto a impedire il risultato concreto cui tende il comando giudiziale (Cass., Pen. 09.06.01).

Ed invero, secondo le valutazioni sviluppate in punto di diritto delle S.U., alla base del summenzionato contrasto giurisprudenziale vi sarebbe la *"risalente disputa"* concernente l'esatta individuazione dell'oggetto giuridico del reato di cui all'art. 388 c.p. .

Difatti, se si presuppone che la norma in esame sia diretta a tutelare l'autorità del provvedimento in sé, allora, qualunque comportamento, anche di mero rifiuto, è da ritenersi penalmente rilevante.

Al contrario, se si parte dal più corretto assunto secondo il quale l'art. 388 c.p. mira a preservare non l'autorità del provvedimento in sé bensì la possibilità di una sua effettiva esecuzione, l'ambito

di applicazione dell'art. 388 c.p. dovrà ritenersi più ristretto, assumendo rilevanza solo quei comportamenti che, *“tenuto conto anche della natura degli obblighi imposti”*, rappresentino un ostacolo all'effettività della tutela giurisdizionale.

A favore di quest'ultimo orientamento militano due dirimenti argomenti. Il primo, di ordine giurisprudenziale, è rappresentato dall'interpretazione data all'art. 388 c.p. dalla Corte Costituzionale secondo la quale *“entrambe le fattispecie previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p. hanno per oggetto giuridico l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale garantito dalla Costituzione”* (C. cost., n. 77/07, C. cost., n. 24/2003).

Il secondo, di ordine letterale, trae invece origine dal fatto che il Legislatore, all'art. 388 c.p., non parla di elusione del provvedimento ma di elusione della sua esecuzione. *Sicché – aggiungono le S.U. - è ragionevole ritenere che si richieda una condotta ben più trasgressiva della mera inottemperanza, altrimenti sarebbe stato sufficiente definire la condotta in termini di inosservanza”*, come negli artt. 389, 509 e 650 c.p., che sanzionano rispettivamente l'inosservanza delle pene accessorie, delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro, e dei provvedimenti dell'autorità.

Ne deriva quindi che, salvo il caso in cui la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva del provvedimento esigano per l'esecuzione il contributo dell'obbligato, il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali previsti dall'art. 388 c.p., Il comma, di norma, non può costituire un comportamento elusivo penalmente rilevante.

In forza di da tali premesse, le Sezioni Unite hanno pertanto annullato senza rinvio la sentenza dei giudici di merito, i quali, ritenendo erroneamente che l'art. 388 c.p. tutelasse esclusivamente *“l'autorità della decisione giudiziaria in sé e per sé”*, avevano ricondotto al paradigma della norma in esame il comportamento di mera inottemperanza agli obblighi derivanti da un provvedimento giurisdizionale in materia possessoria.

Nell'ambito dei provvedimenti concernenti l'affidamento di minori vi è, tuttavia, pressoché, uniforme adesione ai primi orientamenti; si è, infatti, affermato che l'elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerna l'affidamento di minori può connettersi ad un qualunque comportamento da cui derivi la frustrazione delle legittime pretese altrui, compresi gli atteggiamenti di mero carattere omissivo.

Ne consegue la rilevanza penale della condotta del genitore affidatario il quale, esternando il figlio un atteggiamento di rifiuto a proposito degli incontri con il genitore separato, non si attivi affinché il minore maturi un atteggiamento psicologico favorevole allo sviluppo di un equilibrato rapporto con l'altro genitore (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 37118/2004).

Quanto ai provvedimenti concernenti l'affidamento di minori, la categoria è, in realtà, assai ampia e comprende i provvedimenti anche interinali (708 c.p.c.) in tema di separazione, la sentenza di omologazione della separazione contestuale (711 c.p.c.) i provvedimenti del Tribunale per i minorenni *ex artt. 333 e 260 u.c., c.c.*

In generale deve ritenersi che il concetto di “affidamento”, di cui all'art 388 c.p., includa sia la relazione di fatto con la persona, tenendola presso di sé, sia il complesso dei rapporti morali o giuridici di protezione relativa alla persona.

Nell'ampio concetto così delineato rientra anche il provvedimento che dia diritto ad un determinato soggetto di visitare il minore, diritto cui è ovviamente correlativo il diritto del minore di ricevere la visita, in quanto questa è disposta nel preminente interesse dello stesso minore per motivi che attengono alla sua educazione.

Si è invece escluso che tra i provvedimenti in esame rientri quello di conferimento dell'ufficio di tutore di un minore, e che quindi il relativo rifiuto integri il delitto p. e p. dall'art. 388, comma 2, c.p., poiché questi non riceve in affidamento il soggetto sul quale si esercita la tutela.

La casistica dei provvedimenti esaminati ai fini di cui all'art. 388, comma 2, c.p. comprende, dunque:

i provvedimenti di modifica o revoca delle statuizioni presidenziali in tema di affidamento dei figli; le statuizioni in tema di consegna all'altro coniuge dei figli minori: al riguardo si è pure stabilito che il giudice non ha, in questo caso, poteri coercitivi, non potendo provvedere d'imperio alla riconsegna del minore; i provvedimenti in tema di rapporti che il minore deve intrattenere con i genitori od altri soggetti; i provvedimenti di affidamento del minore ad un coniuge, laddove l'altro vi si opponga senza un plausibile motivo: nella specie si è ritenuto che non integri il reato il genitore che opponga tale rifiuto per motivi sopravvenuti che non si sono potuti sottoporre al giudice; in altre massime si è richiesto che, perché il rifiuto non assuma rilievo penale, esso deve essere espressione della volontà del coniuge di esercitare il diritto-dovere di tutela nell'interesse del minore, in situazione che non si sia potuta devolvere al giudice per la modifica del provvedimento; i provvedimenti che obblighino il padre affidatario a far vedere periodicamente il minore alla madre; i provvedimenti che impongono al genitore di accordarsi con l'altro coniuge circa le modalità specifiche dell'adempimento: in tal senso si è ritenuto esente da responsabilità il coniuge che, nel riconsegnare la figlia alla madre e non avendo trovato quest'ultima all'orario stabilito, si sia rifiutato di lasciare la minore a terzi estranei in pretesa violazione di quanto al riguardo stabilito dal giudice; le statuizioni che disciplinino gli interessi relativi all'educazione, alla cura ed alla custodia dei minori, con esclusione quindi dei provvedimenti in materia patrimoniale, pur se consequenziali all'affidamento.

#### Elementi di procedura: la querela:

Qualora in sede di separazione fra i coniugi il giudice civile abbia disposto l'affidamento dei figli minori ad un coniuge con l'obbligo di farli vedere all'altro periodicamente, l'inosservanza di tale obbligo integra il reato in esame senza che a tale scopo abbia rilevanza che fino ad una certa data l'interessato alla sua puntuale esecuzione ed al suo rispetto non abbia ritenuto di richiedere, con la proposizione della querela, l'intervento del magistrato penale. Infatti, posto che alle scadenze previste, è imposta l'osservanza del precetto, ogni violazione di questo costituisce, di per sé, fonte di illecito e, come tale, può essere autonomamente perseguito salvo, in caso di pluralità di violazioni, l'ipotizzabilità della continuazione (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 207/1985).

#### Rapporti con altri reati:

E' configurabile il concorso formale tra il reato di sottrazione di minori, previsto dall'art. 574 c.p. e quello di elusione di provvedimenti del giudice concernenti l'affidamento di minori, attesa la differenza dei rispettivi elementi strutturali che esclude il rapporto di specialità, dal momento che la prima delle suindicate fattispecie, mirando a tutelare il legame fra minore e genitore, si incentra sulla censura di tale legame che si realizza mediante la sottrazione, mentre l'altra ha il suo accento sulla elusione del provvedimento del giudice (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 8577/2006).

Non vi è, invece, concorso tra i due reati indicati quando l'agente disattenda un ordine del giudice avente ad oggetto esclusivo la consegna di un minore a persona che su di lui eserciti la potestà di genitore, poiché il reato di sottrazione è assorbito, in tal caso, da quello di mancata esecuzione del provvedimento giudiziale (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 1275/2004).

L'inosservanza dell'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento ai figli minori, statuito dal giudice nel corso del procedimento di separazione personale dei coniugi, non integra gli estremi di cui all'art. 388, comma 2, c.p., in quanto detta previsione, concernendo la mancata esecuzione dei provvedimenti del giudice in materia di affidamento di minori o di altre persone incapaci, attiene ai rapporti personali e non a quelli economici del provvedimento emesso in sede di separazione; ne consegue che solo gli obblighi relativi ai primi assumono rilevanza penale ove vincolati.

Nell'affermare tale principio la Corte di Cassazione ha, altresì, precisato che la mancata corresponsione dell'assegno da parte dell'obligato può integrare il diverso delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare, di cui all'art. 570 c.p. che prenderemo adesso in esame, ove

l'inadempimento si risolva in una mancanza di mezzi di sussistenza per il beneficiario (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 9414/2000).

La fattispecie di cui all'art. 570 c.p.

A determinate condizioni, anche l'art. 570 c.p. può essere integrato dalla violazione di provvedimenti emessi dal giudice a tutela del coniuge o dei minori.

In particolare, a tale proposito occorre prescindere dalle autonome fattispecie criminose comprese nello stesso articolo e non connesse alla violazione di statuizioni del giudice, soprattutto perché aventi quale presupposto la costanza di matrimonio (sottrazione agli obblighi di assistenza; malversazione o dilapidazione dei beni del figlio minore o del coniuge) e va invece esaminata, ai nostri fini, l'ipotesi, largamente prevalente nella prassi giudiziaria, della violazione consistente nel far mancare i mezzi di sussistenza al coniuge, al figlio minore ecc., laddove essa coincida con il mancato soddisfacimento degli obblighi economici posti a carico del coniuge rispetto all'altro coniuge e/o ai figli minori e derivanti, di regola, da una statuizione dell'autorità giudiziaria (es. in caso di separazione).

Di solito, la parte lesa, che si determina a querelare o a denunciare il coniuge inadempiente, si duole o dell'omesso, o del parziale, o dell'irregolare versamento degli assegni dovuti (a titolo di mantenimento o di assegni alimentari), assumendo che ciò determini la mancanza di mezzi di sussistenza per gli aventi diritto.

Prima di addentrarci nella questione fondamentale che, come si vedrà, concerne le condizioni in base alle quali possa affermarsi la sussistenza dell'inadempimento del coniuge agli obblighi economici nei confronti dell'altro coniuge o dei figli, è appena il caso di ricordare brevemente gli elementi fondamentali della fattispecie.

La norma in esame è volta a sanzionare le condotte lesive degli obblighi di assistenza familiare (cfr., da ultimo, Cass. Pen. VI sez. n. 30151/2007).

È discusso se le ipotesi in essa considerate diano vita a tre distinte figure di reato o ad un solo reato.

La prevalente giurisprudenza è dell'opinione che la violazione degli obblighi di assistenza morale, comma 1, e quella degli obblighi di assistenza materiale, comma 2, si riferiscano ad un unico titolo di reato avente come contenuto tipico l'inosservanza cosciente e volontaria dei vari obblighi di assistenza familiare scaturenti dal vincolo matrimoniale e dal rapporto di parentela; sicché quando l'agente commette sia i fatti previsti nel comma 1 che quelli previsti nel comma 2 della norma, commette un solo reato ed è punibile con la sanzione prevista per la forma più grave (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 612/1973, Cass. Pen. VI sez. n. 479/1992).

La prevalente dottrina, ritiene, invece, che le ipotesi previste dalla norma costituiscano tre distinti reati in quanto si riferiscono a soggetti diversi; sicché la seconda e la terza ipotesi possono concorrere tra loro.

L'elemento soggettivo, rinvenibile nel dolo, consiste nella coscienza e volontà di sottrarsi agli obblighi di assistenza familiare con il compimento di uno dei fatti indicati dalla norma.

Il delitto in esame è reato permanente in quanto lo stato di consumazione perdura per tutto il tempo in cui si manifesta la condotta omissiva, e viene a cessare solo per effetto di una contraria iniziativa dell'agente.

È configurabile concorso tra l'art. 570 e l'art. 572 c.p. allorché l'agente renda intollerabile la vita al punto da costringere le vittime ad interrompere la convivenza e stabilirsi al di fuori della residenza familiare, e faccia mancare agli stessi i mezzi di sussistenza, riducendoli in stato di completa povertà, per averli abbandonati.

Per "mezzi di sussistenza", pacificamente, la Cassazione intende quanto è necessario per la sopravvivenza dei familiari dell'obbligato nel momento storico in cui il fatto avviene (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 1172/1999, Cass. Pen. VI sez. n. 3450/1998).

Perché possa parlarsi di inottemperanza al dovere di non far mancare i mezzi di sussistenza, occorre poi che, da un lato, sussista lo “stato di bisogno” dell’avente diritto; e, dall’altro, la “concreta capacità economica” del soggetto obbligato.

Per “stato di bisogno” deve intendersi la mancanza di risorse economiche proprie da parte del soggetto avente diritto; ma tale condizione non è esclusa dal fatto che quest’ultimo esegua lavori retribuiti in modo modesto, saltuariamente, e neppure dal fatto che egli si sia poi determinato a trovare un lavoro per sopperire alla propria condizione di indigenza, né che altri soggetti contribuiscano finanziariamente in suo favore: anzi, tali circostanze possono offrire un elemento di valutazione deponente per l’effettività dello stato di bisogno indotto dall’inadempienza dell’altro coniuge.

Quanto alla “capacità economica” dell’obbligato, essa può definirsi come la disponibilità di introiti sufficienti a soddisfare le esigenze minime di vita degli aventi diritto; la loro mancanza, perché possa escludersi la responsabilità del soggetto tenuto alla prestazione, deve essere incolpevole e deve, altresì, estendersi all’intero periodo in cui si sono verificate le inadempienze (cfr. Cass. Pen. n. 7806/1998). Né il delitto è escluso dalla circostanza che il reo sia disoccupato, a meno che la disoccupazione sia incolpevole (cfr. Cass. Pen. n. 27245/2002).

Particolarmente esigente è la posizione della giurisprudenza quando il soggetto avente diritto è il figlio minore: infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità e con riferimento alla capacità economica dell’obbligato, l’impossibilità assoluta della somministrazione dei mezzi di sussistenza esclude il reato di cui all’art. 570, comma secondo, n. 2, c. p. solo quando sia incolpevole, giacché l’obbligato è tenuto ad adoperarsi per adempiere la sua prestazione.

Quanto invece allo stato di bisogno del minore avente diritto, la giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito che la mancata corresponsione dell’assegno per il mantenimento del figlio minore stabilito in sede di separazione dei coniugi integra la fattispecie di cui all’art. 570 c.p., in base alla presunzione semplice che il minore sia incapace di produrre reddito proprio, presunzione suscettibile di essere superata laddove il minore disponga di redditi patrimoniali sempre che non si tratti di retribuzione per attività lavorativa, la quale, anzi, costituisce prova dello stato di bisogno (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 26725/2003).

E’ poi noto che, quando la condotta violatrice dell’art. 570 c.p. si espliciti nell’omissione da parte del genitore non affidatario dei mezzi di sussistenza ai figli minori o inabili al lavoro, il reato sussiste anche se l’altro genitore provvede in via sussidiaria a corrispondere ai bisogni della prole.

Infatti l’eventuale convincimento del genitore inadempiente di non essere tenuto, in una tale situazione, all’assolvimento del suo primario dovere, non integra un’ipotesi di ignoranza scusabile di una norma, la quale inoltre corrisponde ad un’esigenza morale universalmente avvertita (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 17692/2004).

Va aggiunto che il delitto in esame, perseguibile normalmente a querela della persona offesa, è invece perseguibile d’ufficio quando la condotta costituita dal far mancare i mezzi di sussistenza è posta in essere in danno dei figli minori.

Ma quando, ed a quali condizioni, il reato di cui trattasi coincide con l’omesso o parziale versamento degli assegni di mantenimento o di quelli alimentari?

Sul punto la Cassazione è pacifica, poiché, con riferimento ad ambedue gli obblighi gravanti sul coniuge, si afferma costantemente che l’omesso o parziale versamento degli assegni stabiliti dal giudice (o, in via interinale, dal Presidente nell’apposita udienza) va tenuto distinto dal reato di cui all’art. 570 c.p., che sarà configurabile solo allorché la condotta totalmente o parzialmente insolvente del soggetto obbligato implichi il venir meno dei mezzi di sussistenza per l’altro coniuge e/o per i figli minori (cfr. Cass. Pen. VI sez. n. 2736/2009).

Può, peraltro, discutersi in ordine alla coincidenza fra le due condotte (quella di inadempimento dell’obbligo civilistico di versare gli assegni di mantenimento o gli alimenti, e quella penalmente sanzionata di violazione dell’obbligo di fornire i mezzi di sussistenza) allorché il soggetto avente

diritto è il figlio minore: posto, infatti, che questi si presume incapace di provvedere, autonomamente, alla predisposizione di propri mezzi di sostentamento, e che a nulla rileva che altri (ad es. l'altro coniuge) provveda in tal senso in suo favore, dovendosi, dunque ritenere che l'inadempimento totale o l'adempimento solo simbolico agli obblighi economici verso il figlio minore, derivanti dalla separazione, determinino, per ciò stesso, la configurabilità di una condotta penalmente sanzionabile *ex art. 570 c.p.*

Al riguardo, comunque, occorre procedere in linea di massima ad una valutazione caso per caso, ossia tenendo presente che l'ipotesi delittuosa in esame coincide con la violazione dei provvedimenti del giudice civile in materia di regolamento economico degli obblighi dei coniugi separati solo a condizione che tale violazione determini, in concreto, il venir meno dei mezzi necessari alla sussistenza per l'avente diritto: il che, sul piano statistico, succederà alquanto di frequente allorché l'inadempimento al versamento degli assegni sarà totale o puramente simbolico, o del tutto episodico; mentre un adempimento parziale ma non minimale, o caratterizzato da soluzioni di continuità tali da non incidere sulle necessità primarie degli aventi diritto, potrà, al più, trovare risposta in ambito civilistico, ma non potrà determinare che la condotta corrispondente possa qualificarsi come penalmente rilevante.

Si comprende, a questo punto, che l'analisi andrà compiuta in relazione al caso concreto, potendo ipotizzarsi l'esistenza di zone grigie e, in qualche caso, la difficoltà di stabilire se un inadempimento parziale sia di entità tale da pregiudicare il diritto del coniuge o del minore ad ottenere dall'altro coniuge separato i mezzi di sussistenza.

Ovviamente, potrà farsi capo all'entità e periodicità dei versamenti, alla natura di eventuali spese e contributi versati dall'obbligato, e dovrà poi esaminarsi la concreta incidenza di tali elargizioni quale ristoro allo stato di bisogno degli aventi diritto.