

**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO**

**Settore Penale**

**RASSEGNA DELLE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN  
MATERIA PENALE**

**(Aprile 2024)**

**Rel. n. 18/2024**

**Sommario**

1) Mancata previsione per il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero della punibilità a querela, a differenza del reato di sottrazione di persone incapaci: non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art 3 Cost., dell'art. 574 bis cod. pen.

2) Incompatibilità del Giudice per le indagini preliminari a pronunciarsi su una nuova richiesta di emissione di decreto penale avanzata dal pubblico ministero in conformità ai rilievi precedentemente formulati per ritenuta illegalità della pena: non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. artt. 3, 24 e 111 Cost., dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen.

**1) Mancata previsione per il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero della punibilità a querela, a differenza del reato di sottrazione di persone incapaci: non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art 3 Cost., dell'art. 574 bis cod. pen.**

Con la sentenza n. 71 del 2024, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 574 bis, cod. pen., nella parte in cui non prevede la punibilità a querela del delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, per ingiustificata disparità di trattamento e irragionevolezza rispetto al reato di sottrazione di persone incapaci di cui all'art. 574 cod. pen.

Nell'affrontare la questione, i giudici della Consulta muovono dalla ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha riguardato l'interesse familiare connesso all'esercizio della responsabilità genitoriale, a partire dalla riforma del diritto di famiglia di cui alla legge 19 maggio 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia) che ha attribuito detta «potestà» ad entrambi i genitori (art. 316 del codice civile), così attuando la previsione costituzionale di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e, all'art. 147 cod. civ., ha stabilito che l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole deve essere adempiuto tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni e delle aspirazioni dei figli.

La successiva legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali) ha aggiunto, con l'art. 1, comma 8, l'art. 315-*bis* cod. civ. che stabilisce il diritto del figlio di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, secondo le sue capacità e inclinazioni, e ciò anche in attuazione degli artt. 2 e 30 Cost.

La necessità di rendere il minore attore protagonista ha ricevuto una spinta decisiva con l'art. 39 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), che, nel modificare l'art. 316 cod. civ., ha sostituito alla «potestà» genitoriale la «responsabilità» genitoriale sui figli, facendo riferimento ad un concetto che non coincide più con l'esercizio di un potere, di cui il minore costituiva l'oggetto, ma rimanda all'assunzione di un ruolo che il genitore svolge nell'interesse di un altro (il minore) e per il quale è chiamato a rispondere.

La necessità del mantenimento da parte del figlio un rapporto equilibrato e continuativo con il padre e con la madre e a ricevere da loro cura, educazione, istruzione e assistenza morale trova conferma nell'art. 55 del citato d.lgs. n. 154 del 2013 che ha aggiunto, inoltre, l'art. 337-*ter* cod. civ. che prevede che entrambi i genitori, ancorché separati, restano titolari della responsabilità genitoriale, così ulteriormente valorizzando l'interesse del figlio a mantenere.

La previsione del minore quale soggetto titolare di diritti e portatore di interessi giuridicamente rilevanti trova impulso anche nelle fonti di livello internazionale e, infatti, la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, sancisce espressamente il diritto del fanciullo ad essere allevato dai propri genitori in modo da assicurarne lo sviluppo nel pieno rispetto delle sue capacità; la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, mira a promuovere, nell'interesse superiore dei fanciulli, i loro diritti (art. 1) e stabilisce che le decisioni dell'autorità giudiziaria, nelle procedure che interessano i minori, devono essere guidate dagli interessi di questi ultimi (art. 6).

In tale contesto normativo nazionale ed internazionale, si devono ricordare le sentenze della Corte Costituzionale n. 7 del 2013 e n. 31 del 2012 che hanno dichiarato la illegittimità costituzionale dell'automatismo della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale eliminandolo, proprio in considerazione della necessità di valutare in concreto, caso per caso, quale sia l'effettivo interesse del minore.

Significativa è la pronuncia n. 102 del 2020 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-*bis*, terzo comma, cod. pen. «nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale» (può richiamarsi Sez. 6, n. 29672 del 14/09/2020, Rv. 279950-02, ha evidenziato che in tema di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 574-bis, comma terzo, cod. pen. da parte della Corte costituzionale con sent. n. 102 del 2020, non consegue automaticamente alla condanna, ma postula la valutazione del giudice, che deve tenere conto, ai fini sia della irrogazione che della durata, dell'evoluzione successiva delle relazioni tra il minore e il genitore autore del reato e dei provvedimenti eventualmente adottati in sede civile, in funzione dell'esigenza di ricerca della soluzione ottimale per il minore).

In tale contesto si inserisce l'art. 574-*bis* (introdotto nel codice penale dalla legge n. 94 del 2009), ispirato alla necessità di offrire adeguate risposte sanzionatorie alle condotte criminose che coinvolgono i minori.

La condotta tipica del reato di sottrazione di minore all'estero al pari del reato di sottrazione di persona incapace di cui all'art. 574 cod. pen., consistente nel sottrarre un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o ritenerlo contro la volontà di quest'ultimo (cfr. Sez. 6, n. 17679 del 31/03/2016, Rv. 267315-01, ha osservato che: integrano il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, di cui all'art. 574 bis cod. pen., le condotte di "abductio" o di trattenimento del minore al di fuori del territorio dello Stato, cui consegue l'impedimento dell'esercizio della potestà genitoriale da parte del soggetto legittimato, atteso che detto reato si connota, rispetto al delitto di sottrazione di persone incapaci, dall'elemento specializzante del trasferimento o trattenimento all'estero), tuttavia presenta un elemento di specializzazione che si identifica con la conduzione o il trattenimento realizzati all'estero, lontano dal luogo di residenza o dimora abituale del minore.

Tale elemento differenzia le ipotesi criminose previste rispettivamente dagli art. 574 cod. pen., punito con la reclusione da uno a tre anni, e 574 bis cod. pen., punito da uno a quattro anni di reclusione.

L'interesse tutelato dai reati di sottrazione non è più correlato al mantenimento delle prerogative genitoriali, ma al rilevante allarme sociale determinato anche dalla difficoltà di ritrovare il minore all'estero e di ricondurlo in Italia.

Muovendo dalla constatazione che la condotta realizzata all'estero è diversa da quella di cui all'art. 574 cod. pen., non potendo essere comparate, giacché incide non solo sull'interesse del minore a non crescere lontano da uno dei genitori o da entrambi, ma anche su quello di non vedersi sradicato dal suo originario contesto (al riguardo può richiamarsi Sez. 6, n. 40429 del 11/07/2023, Rv. 285294 – 01, che rileva come il trattenimento all'estero contro la volontà del minore, impedisce al genitore l'esercizio delle prerogative genitoriali ed al minore di mantenere con lo stesso, consuetudini e comunanza di vita), la Corte Costituzionale osserva che la discrezionalità del legislatore nel prevedere un diverso regime di perseguibilità dei due reati non è irragionevole.

Tale reato è qualificato da un'incidenza su un rapporto di cui il minore è parte e che si collega alla potestà genitoriale o ad altre situazioni particolari.

Neppure, ha ritenuto la Consulta conferente il richiamo invocato dal giudice a quo all'eventuale ostacolo al ripristino dell'armonia familiare con l'altro genitore costituito dalla procedibilità d'ufficio, giacché non può obliterarsi l'effetto deterrente prodotto da tale procedibilità, al fine di evitare possibili condizionamenti psicologici che potrebbe subire il genitore denunciante in ordine alla rimessione della querela ove la norma lo consentisse, fermo restando che la pena minima prevista dall'art. 574-*bis* cod. pen. è sotto il limite della possibilità di fruire della sospensione condizionale della pena, fatto questo che consente al giudice di calibrare la pena anche in ragione di una ricomposizione familiare.

Inoltre, il ricomponimento dell'unità familiare, ben può farsi ricorso allo specifico strumento della giustizia riparativa, introdotta nell'ordinamento dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 (Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere

definizione dei procedimenti giudiziari), che, attraverso specifici programmi che coinvolgono la vittima del reato, la persona indicata come autore dell'offesa e altri soggetti appartenenti alla comunità, consente di responsabilizzare l'autore dell'offesa e recuperare le relazioni interpersonali danneggiate dal reato.

Da tali premesse, l'infondatezza delle censure mosse dal giudice a quo alla disposizione in esame.

**2) Incompatibilità del Giudice per le indagini preliminari a pronunciarsi su una nuova richiesta di emissione di decreto penale avanzata dal pubblico ministero in conformità ai rilievi precedentemente formulati per ritenuta illegalità della pena: non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen.**

Con la sentenza n. 74 del 2024, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. artt. 3, 24 e 111 Cost., dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del GIP che abbia rigettato la richiesta di emissione di decreto penale di condanna, per ritenuta illegalità della pena, a pronunciarsi su nuova richiesta di decreto penale avanzata dal pubblico ministero in conformità ai rilievi precedentemente formulati dal medesimo giudice.

Il giudice rimettente – dopo aver rigettato una richiesta di decreto penale di condanna per ritenuta illegalità della pena proposta, era nuovamente investito da una nuova richiesta di decreto penale di condanna nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto, in conformità ai rilievi precedentemente formulati - lamenta la violazione dei principi costituzionali, giacché, anche in caso di rigetto della richiesta di decreto penale di condanna per ritenuta illegalità della pena, con restituzione degli atti al pubblico ministero, si realizza la pregressa valutazione di merito sulla medesima *res iudicanda* (valutazione che sarebbe implicita nell'esclusione di una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.) e la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, con la conseguenza che la successiva proposizione di una ulteriore richiesta di decreto penale di condanna aprirebbe una nuova e distinta fase di giudizio, nell'ambito della quale le precedenti valutazioni esplicherebbero la propria efficacia pregiudicante.

Pertanto, la mancata previsione dell'incompatibilità nel caso considerato violerebbe i principi di terzietà ed imparzialità del giudice di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost., poiché la nuova decisione sul merito della causa potrebbe essere, o apparire, condizionata dalla «forza della prevenzione», ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto nella precedente valutazione sul merito dell'accusa.

La Corte richiama le sentenze n. 172 del 2023, n. 64, n. 16 e n. 7 del 2022 che muovono dalla constatazione che la disciplina dell'incompatibilità del giudice è funzionale alla salvaguardia dei principi di terzietà e imparzialità della giurisdizione, al fine di evitare che la decisione sul merito della causa possa essere – o apparire – condizionata dalla “forza della prevenzione”, ossia dalla naturale «tendenza a confermare una decisione o a mantenere un atteggiamento già assunto, derivante da valutazioni che sia stato precedentemente chiamato a svolgere in ordine alla medesima *res iudicanda*».

Occupandosi della c.d. incompatibilità "orizzontale", di cui al censurato comma 2 dell'art. 34 cod. proc. pen. – ossia dell'incompatibilità attinente alla relazione tra la fase del giudizio e quella che la precede –, la Consulta ha precisato che «l'incompatibilità presuppone una relazione tra due termini: una "fonte di pregiudizio" (ossia un'attività giurisdizionale atta a generare la forza della prevenzione) e una "sede pregiudicata" (vale a dire un compito decisorio, al quale il giudice, che abbia posto in essere l'attività pregiudicante, non risulta più idoneo)» (sentenza n. 16 del 2022).

Con riferimento alla decisione sulla richiesta di decreto penale di condanna, la Corte ha ritenuto che la stessa costituisca, di regola, una funzione di giudizio, in quanto il controllo demandato al GIP attiene non solo ai presupposti del rito, ma anche al merito dell'ipotesi accusatoria, postulando una verifica del fatto storico e della responsabilità dell'imputato (sentenze n. 16 del 2022 e n. 346 del 1997).

Il sindacato del giudice è molto ampio, potendo valutare la congruità della pena richiesta dal pubblico ministero, l'esattezza della qualificazione giuridica del fatto e la sufficienza degli elementi probatori (ipotesi tutte che, in caso di esito negativo della verifica, portano al rigetto della richiesta), potendo anche prosciogliere l'imputato ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. (art. 459, comma 3, cod. proc. pen.).

Lo stesso giudice delle leggi ha compiutamente individuato le condizioni che devono contestualmente sussistere affinché venga in rilievo la necessità costituzionale di prevedere un'ipotesi di incompatibilità endoprocessuale: --a) le preesistenti valutazioni devono cadere sulla medesima *res iudicanda*; --b) il giudice deve essere stato chiamato a effettuare una valutazione di atti anteriormente compiuti, in maniera strumentale all'assunzione di una decisione (e non semplicemente aver avuto conoscenza di essi); --c) tale valutazione deve attenere al merito dell'ipotesi accusatoria (e non già al mero svolgimento del processo); --d) infine, le precedenti valutazioni devono collocarsi in una diversa fase del procedimento.

La Corte, dopo aver riconosciuto la ricorrenza delle prime due ipotesi nel caso sottoposto al suo scrutinio, si interroga sulla ricorrenza delle ultime due.

Per rispondere al quesito, la Consulta osserva che nessuna «menomazione dell'imparzialità del giudice può essere configurata in relazione a valutazioni, anche di merito, compiute all'interno della medesima fase del procedimento» (ordinanza n. 76 del 2007; ordinanze n. 123 e n. 90 del 2004, n. 232 del 1999), giacché, diversamente opinando, sarebbe rimessa all'imputato la potestà di determinare l'incompatibilità del giudice correttamente investito del giudizio, in contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge, dando contestualmente luogo ad una irragionevole frammentazione della serie procedimentale.

Infatti, il processo è per sua natura costituito da una sequenza di atti, ciascuno dei quali può astrattamente implicare apprezzamenti su quanto risulti incidere sui suoi esiti, così che, se si dovesse isolare ogni atto che contenga una decisione idonea a manifestare un apprezzamento all'interno della medesima fase procedimentale, si pregiudicherebbe irrimediabilmente l'unitarietà del giudizio.

Tuttavia, per la Corte tale ipotesi non ricorre nella fattispecie esaminata, giacché il rigetto della richiesta di emissione di decreto penale di condanna comporta una regressione del processo alla diversa fase delle indagini preliminari (sentenza n. 16 del 2022) e una conseguente «piena riespansione dei poteri del pubblico ministero» quanto all'azione penale e alle sue modalità di esercizio (richiamando all'uopo quanto elaborato dalla giurisprudenza di legittimità: Sez. U, n. 20569 del 18/01/2018, Rv. 272715 – 01, PM in proc. Ksouri; Sez. 2, n. 28288 del 16/06/2021, Rv. 281797-01, PM C/ Fossemò; Sez. 2, n. 13680 del 20/03/2009, n. 13680, Rv. 244052 – 01, P.M. in proc. Siddi); riespansione che si è verificata anche nel procedimento *a quo*, nell'ambito del quale il pubblico ministero ha formulato una seconda – e diversa – richiesta di decreto penale di condanna.

Al contrario, la Corte ritiene insussistente la terza condizione per ritenere costituzionalmente imposta la previsione di un'ipotesi di incompatibilità.

Tale conclusione muove dalla constatazione che: --a) nel caso di richiesta di decreto penale con formulazione da parte del PM di pena illegale, il GIP, non è abilitato a modificare, con la conseguenza che l'errore del PM esclude *a priori* la possibilità di accoglimento della richiesta; -- b) la valutazione sulla l'illegalità della pena può essere, peraltro, compiuta sulla base della mera lettura della richiesta di decreto penale di condanna, senza che ciò sia preceduto dalla valutazione del merito della richiesta, anche sotto il profilo della fondatezza dell'ipotesi accusatoria.

Da ciò consegue che se il GIP rilevi la non rispondenza dal trattamento sanzionatorio proposta dal pubblico ministero ai criteri previsti dalla legge per la sua determinazione, posso restituire gli atti affinché il pubblico ministero riformuli la richiesta nell'osservanza delle previsioni di legge, senza essersi formato un convincimento in ordine alla sussistenza, o no, della responsabilità penale dell'imputato.

In altri termini, per il giudice delle leggi in tale tipo di attività processuale manca qualsivoglia connotazione decisoria implicante una valutazione deliberativa sulla fondatezza dell'accusa.

Neppure, ha ritenuto la Consulta conferente il richiamo invocato dal giudice a quo alla fattispecie oggetto della sentenza n. 16 del 2022, riferita al rigetto della richiesta di decreto penale per mancata contestazione di una circostanza aggravante.

Infatti, in tale evenienza il giudice, alla luce delle risultanze degli atti di indagine, non solo deve ritenere che il fatto per cui si procede sussiste ed è addebitabile all'imputato, ma che è altresì aggravato da una circostanza trascurata dal pubblico ministero.

Al contrario, nel caso in cui il GIP si pronunci su una nuova richiesta di emissione di decreto penale avanzata dal pubblico ministero in conformità ai rilievi precedentemente formulati per ritenuta illegalità della pena, si è in presenza di una mera valutazione *ab externo*, che non richiede al giudice di entrare nel merito dell'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato.

Dunque, non è configurabile la violazione della terzietà e dell'imparzialità del giudice chiamato a svolgere una funzione di giudizio nella "sede pregiudicata" (ossia, nel caso di specie, a pronunciarsi sulla nuova richiesta di emissione di decreto penale di condanna).

Ad ogni modo, conclude la Corte sussiste la possibilità per il giudice di allegare – ove ne ricorrano i presupposti concreti – la sussistenza delle «gravi ragioni di convenienza» che legittimerebbero la sua astensione a norma dell'art. 36, comma 1, lettera h), cod. proc. pen.

Roma, 8 maggio 2024

Il redattore: Francesco Agnino

Il Vice Direttore  
Angelo Caputo

Il Direttore  
Maria Acierno