

N° 5200/2017 RG.PM.
N° 429/2018 RG GIP
N° _____ SENTENZA



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Nocera Inferiore, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, nella persona del dott. Luigi Levita, ha pronunciato *ex art.* 129 c.p.p. la presente

SENTENZA CON MOTIVAZIONE CONTESTUALE

nel procedimento a carico di: (*omissis*)

IMPUTATO

In ordine al delitto previsto all'articolo 388 comma 2 c.p., perché eludeva l'esecuzione del provvedimento di separazione dei coniugi, emesso dal Tribunale di Salerno in data 06/07/2010 (nel quale si stabiliva che il predetto potesse tenere i figli, (omissis), con sé a settimane alterne, durante le vacanze estive per due settimane, nonché per le vacanze natalizie e pasquali); in particolare, non rispettando gli accordi, non rispettava gli incontri settimanali con il figlio minore.

In Mercato San Severino dal 01.01.2017.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In data 19.09.2017, A. F., ex moglie dell'imputato, presentava alla p.g. denuncia-querela illustrando i fatti oggetto dell'imputazione.

In particolare, il Sig. I. G., secondo la prospettazione accusatoria, avrebbe eluso il provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento dei figli minori della coppia, con il quale il Tribunale di Salerno, accogliendo il ricorso congiunto tendente alla separazione consensuale, aveva individuato quale genitore affidatario la A. F., odierna persona offesa, e concesso all'odierno imputato la facoltà di vedere i figli a determinate condizioni, puntualizzate nel ricorso agli atti.

Più precisamente, la condotta di I. G., così come descritta dalla persona offesa, sarebbe consistita nell'essersi completamente disinteressato del figlio minore (*omissis*), al quale avrebbe procurato uno stato di malessere non presentandosi agli incontri settimanali programmati.

Tanto premesso in fatto, l'art. 388 c.p. afferma al comma 1: *“Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'Autorità giudiziaria, 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 la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da centotré euro a milletrentadue euro”*.

Al comma 2, l'art. 388 c.p. prevede: *“La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito”*.

Per meglio comprendere se la condotta posta in essere dall'imputato sia sussumibile nella fattispecie di “elusione di un provvedimento del giudice” prevista dal comma 2 dell'art. 388 c.p., deve innanzitutto essere chiaro quale bene giuridico la norma penale in oggetto intende tutelare.

Ebbene, le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza n. 36692/2007, hanno chiaramente affermato che l'interesse tutelato dall'art. 388 c.p. non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l'esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione. Entrambe le fattispecie previste ai primi due commi dell'art. 388 c.p., in realtà, hanno per oggetto giuridico l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale, con la conseguenza che devono considerarsi reato solo quei comportamenti che frustrano l'attuazione del provvedimento.

Nel caso di specie, il provvedimento giudiziale di separazione dei coniugi ha avuto come funzione essenziale, tra le altre, quella di stabilire a quale dei due genitori fosse da attribuire l'affidamento dei figli minori, costituendo, in capo al genitore non affidatario, l'obbligo speculare di astenersi da condotte impeditive (anche sotto forma di condotta “elusiva”) di quel diritto.

Di riflesso, il provvedimento giudiziale ha costituito in favore del genitore non affidatario, ovverosia l'odierno imputato, la facoltà-diritto di vedere i propri figli previo avviso, nonché di tenerli con sé per determinati periodi, con conseguente obbligo per il genitore affidatario di astenersi dal tenere condotte impeditive (anche sotto forma “elusiva”) di quest'altro diritto.

A ben vedere, dunque, la condotta di I. G. non ha eluso alcun obbligo impostogli dal provvedimento del Giudice, sostanziosamente, viceversa, nel mancato esercizio di una facoltà; un inadempimento inidoneo, in ogni caso, a frustrare l'attuazione del provvedimento stesso.

Nel caso di specie non c'è “elusione”, poiché non sono frustrate le aspettative dell'altro genitore.

Per consolidata giurisprudenza di legittimità, infatti, il semplice mancato esercizio di un diritto non può configurare il predetto reato; ne consegue che la violazione del dovere di cura, in relazione all'obbligo di assicurare assistenza morale e materiale dei figli, non può correlarsi ad un provvedimento che disciplina le modalità dell'affidamento e del diritto di visita e che assume invece incisivo rilievo nel rapporto con l'altro soggetto, gravato da analogo diritto-dovere, perché l'effettività del provvedimento va valutata in relazione alla sfera di operatività sua propria e al tipo di conflitto che intende dirimere, non potendo invocarsi in relazione al mancato esercizio

di facoltà riconosciute, correlate a preesistenti obblighi primari, che prescindono da esso (Cass. Pen., Sez. IV, n. 47287/2015).

Dunque, alla luce della lettura dell'art. 388.2 c.p. operata dalle Sezioni Unite, per cui la violazione (*rectius*, "elusione") del provvedimento giudiziale non deve esaurirsi in una mera inottemperanza all'ordine del giudice, ma deve impedire o comunque ostacolare la sua esecuzione, incidendo così sull'interesse all'effettività della giurisdizione tutelato dalla norma incriminatrice; ed in considerazione del principio di frammentarietà del diritto penale, in base al quale sono oggetto di sanzione solo le condotte in grado di porre in pericolo o provocare un danno al bene giuridico penalmente tutelato, si deve dunque concludere che costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 388.2 c.p., soltanto quello che violi le parti del provvedimento che stabiliscano obblighi funzionali all'effettività dello stesso, e non anche il mancato esercizio di una facoltà prevista in capo al genitore non affidatario, inidonea ad ostacolare o a frustrare le aspettative del genitore affidatario protese all'osservanza e al rispetto del contenuto essenziale del provvedimento stesso.

E ciò anche laddove la condotta dell'imputato abbia prodotto effetti spiacevoli nell'animo del minore, il quale potrà in ogni caso vedere risarcito in altra sede il danno patito in conseguenza dell'inottemperanza del padre all'accordo di separazione.

Tra l'altro, la tutela penale del diritto del minore a vedersi assistito dal genitore durante il suo percorso di crescita risulta assicurato da diversa norma del codice penale, ovverosia dall'art. 570 c.p., il quale però, in questa sede, non costituisce oggetto di censura (vedasi ancora la citata sentenza n. 47287/2015, dove la Suprema Corte ha stabilito che la radicale inosservanza del genitore non affidatario del dovere di cura verso i figli dei quali risulta essersi sostanzialmente disinteressato non integra il reato di cui all'art. 388, commi 1 e 2, c.p., bensì quello di cui all'art. 570.1, c.p., nella parte in cui fa riferimento a comportamento contrario all'ordine delle famiglie con sottrazione agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale).

Ai fini della sussistenza del reato, non è sufficiente la realizzazione di un comportamento materiale corrispondente al fatto tipico della norma incriminatrice, ma è necessario che la condotta abbia arrecato offesa al bene giuridico tutelato. Infatti, il principio di offensività non si presenta solo come limite per il legislatore nella formulazione di nuove disposizioni incriminatrici, ma anche come limite per l'interprete ai fini dell'applicazione della legge al caso concreto.

L'essenzialità dell'offesa costituisce il contenuto del brocardo *nullum crimen sine iniuria* che, per un verso serve ad integrare il principio di legalità di cui l'art. 1 c.p., e dall'altro si affianca al principio di materialità, di cui l'art. 25 Cost., e ne contempla l'ambito di applicazione.

La totale mancanza di offensività, *ex art. 49*, secondo comma, c.p., rende dunque il fatto privo di un suo elemento costitutivo e lo qualifica come atipico e insussistente come reato (Cass. Pen., n. 5254/2016).

In conclusione, nel caso di specie, l'imputato ha posto in essere una condotta materiale che, inidonea ad offendere la stabilità e l'effettività del provvedimento giudiziale, non poteva determinare l'offesa richiesta dalla disposizione incriminatrice.

Di conseguenza, non si ravvisano gli elementi costitutivi del delitto *de quo*, il che importa l'esito assolutorio *ex art. 129 c.p.p.* perché il fatto non sussiste.

P. Q. M.

Visto l'art. 129 c.p.p.,

assolve

l'imputato I. G. dal reato ascritto, perché il fatto non sussiste.

Ai sensi dell'art. 52, comma 2, seconda parte, D. Lgs. n. 196/2003, ed in ottemperanza alla delibera del Garante per la protezione dei dati personali del 2.12.2010,

dispone

d'ufficio, a cura della Cancelleria, l'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione del presente provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi di tutti gli interessati ivi riportati.

Nocera Inferiore, 14.3.2018.

Il Giudice
Luigi Levita

Provvedimento redatto con la collaborazione dello stagista ex art. 73 dott. Salvatore Erich Atorino