

*Silvio Riondato*

### **Famiglia, unione civile e convivenza nel diritto penale italiano\***

L'attuale, acceso dibattito scaturito dall'impegno del Governo italiano di proporre un disegno di legge sui "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi", disegno poi approvato dal Consiglio dei Ministri l'8 febbraio 2007, potrebbe indurre a rinnovare molti degli ormai tradizionali interrogativi in cui ci si imbatte in materia di diritto penale della famiglia, e fors'anche ad acuirne l'intensità già dal momento in cui si costata che nel nuovo progetto è del tutto assente un'organica, esplicita considerazione di riflessi penalistici ascrivibili all'emananda disciplina nonché alle sue premesse di principio.

In questa materia, già connotata da alto tasso di problematicità per la ragione che essa coinvolge un intreccio complesso di beni giuridici avente importanza vitale e implicante relazioni umane essenziali, mentre la complessità stessa dell'intreccio si coniuga a fatica con quella propria del giure penale, è sempre mancata una rivisitazione legislativa organica delle figure "familiari" contenute nel codice penale, le quali ancora poggiano su un'impianto pre-repubblicano frammentariamente riveduto solo alla stregua delle note caducazioni operate dalla Corte costituzionale (adulterio etc.) e di qualche intervento legislativo di tipo emergenziale o comunque frammentario. Nemmeno la riforma civilistica del 1975 è stata accompagnata da una riforma penalistica adeguata.

L'adeguamento del profilo penale ha però potuto giovare di ampi spazi lasciati all'interpretazione, la quale ha assunto un ruolo relevantissimo e, come altrove ho tentato di illustrare, potrebbe ancora fornire decisivi contributi all'aggiornamento "pretorio" del diritto penale vivente in materia. Essa è stata favorita anzitutto da un'impianto originario codicistico che, non solo nei reati contro la famiglia, pur assumendo obiettivi di difesa radicale dell'istituzione matrimoniale (famiglia coniugal-legittima, quindi società naturale fondata sul matrimonio) – obiettivi che in seguito per le cennate caducazioni si sono molto affievoliti-, al contempo già nella difesa della famiglia parentale assumeva in modo spiccatamente autonomo perfino la filiazione (allora) illegittima (art. 540 c.p.), tendendo a prescindere da connotazioni in termini di disvalore o comunque di sfavore. Teneva conto altresì di una nutrita serie di concezioni (nozioni) della famiglia, con estensione del concetto perfino a dismisura – basti pensare alla considerazione dei rapporti di cura, vigilanza, custodia, autorità, disciplina (maltrattamenti in famiglia). Coinvolgeva il dato normativo extragiuridico riferendosi all'ordine e alla morale delle famiglie (violazione degli obblighi di

assistenza familiare). Si protendeva più oltre nella considerazione a favore del reo perfino di assetti normativi familiari riconducibili ad ordinamenti in conflitto con quello statale, come quelli fondati sull'*onore*, il che oggi, potrà non piacere, chiameremmo, quale precipitato di una considerazione del multiculturalismo, la difesa c.d. culturale della causa d'onore, abrogata però dalla l. n. 442/1981 (nei tribunali si ricomincia a sentir invocare la causa d'onore in relazione a reati commessi in contesti familiari da certi immigrati extracomunitari).

In questo quadro si è sviluppata una giurisprudenza che ha potuto considerare un quadro di sistema in cui entrano sia la famiglia-formazione sociale che la famiglia-società naturale fondata sul matrimonio, come pure la famiglia parentale, e di volta in volta ha spesso potuto individuare in via interpretativa, con un certo margine di discrezionalità, quale fosse il modello familiare considerato o se del caso privilegiato.

Ma si è andati molto più oltre. Vi è una norma che ha assunto le vesti di battistrada nell'affermazione di una concezione amplissima, tutt'affatto penalistica, di famiglia, per la quale come dirò si è totalmente perso ogni aggancio a qualsiasi significato comune del termine: la norma che incrimina i maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.). A dimostrazione basti un cenno a qualche applicazione giurisprudenziale, come il caso in cui si trattava di relazione sessuale abituale con concubina non convivente<sup>1</sup>, o quello in cui la zia conviveva con la nipote in virtù di un contratto di rendita vitalizia nella forma del c.d. vitalizio alimentare o contratto di mantenimento<sup>2</sup>. Quel che qui interessa soprattutto è che la giurisprudenza ha infine raggiunto la conclusione di individuare la "famiglia" in un regime di vita improntato a rapporti di umana solidarietà e a strette relazioni di vita, dovute a diversi motivi (anche assistenziali), pur senza la convivenza o coabitazione<sup>3</sup>, quindi anche a prescindere da rapporti affettivi. Questa è la famiglia di fatto penalmente rilevante nel contesto del reato di maltrattamenti in famiglia.

Ognun vede che qualsiasi famiglia, come perfino molte non-famiglie, riesce ad entrare in questa nozione penalistica: dalla "comune" intesa come familiare dai comunardi, all'unione omosessuale, alla famiglia poligamica o poliandrica, al rapporto di allevamento di fatto, e via dicendo. Parimenti dicasi dei rapporti di convivenza considerati nel disegno di legge menzionato in apertura.

---

\* Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano-Bicocca, V Convegno di Facoltà, "Dal diritto di famiglia alla famiglia dei diritti. Tutele civili, penali e processuali", 15-16 marzo 2007

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 1970, in Giust. Pen., 1971, II, 835.

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. VI, 3 luglio 1990, in Mass. Dec. Pen., 1991, 186276.

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. III, 3 luglio 1997, Miriani, in Cass. pen., 1998, 2614, n. 1440.

In tal modo peraltro sono superati i tentativi della dottrina penale, ma anche di altra giurisprudenza<sup>4</sup>, di individuare la nozione penalistica di famiglia ex art. 572 c.p. modellando la famiglia di fatto sulla famiglia di diritto; in buona sostanza è frustrata l'aspirazione a plasmare la famiglia-formazione sociale (art. 2 Cost.) soltanto sulla falsariga della famiglia-società naturale (art. 29 Cost.).

La giurisprudenza riesce invece, mossa da esigenze di prevenzione generale, ad avvicinarsi al fulcro su cui poggia la stessa esistenza nonché il particolare rigore della norma sui maltrattamenti in famiglia. Le situazioni di vita relazionale che per qualche aspetto risultino comunitarie sono per esperienza terreno di crescita di prevaricazioni favorite dalla vicinanza socio-ambientale. La formazione sociale, che dovrebbe porsi come strumento di promozione dello sviluppo della personalità umana, rischia di diventare strumento di degradazione. Si rende quindi opportuna una considerazione che, nel caso nostro, non è tanto della famiglia quanto e più ampiamente della *Vertrauensgemeinschaft*, la comunità di affidamento in cui gravitano persone in più o meno stretto rapporto materiale di vicinanza, le quali all'occorrenza devono essere investite da peculiari posizioni di garanzia sui beni altrui che per essere "vicini" risultano di fatto affidati, la vicinanza significando una particolare signoria sul bene altrui. Non è del tutto una novità. Peculiari rapporti del genere sono contemplati nel codice penale italiano nella circostanza aggravante comune dell'abuso di relazioni domestiche o di coabitazione o di ospitalità. Allo stesso modo si pone la più recente figura del "convivente" contemplata in tema di delitti contro la libertà sessuale.

Allo stato il diritto penale mostra di porsi in prospettiva spiccatamente autonoma rispetto alle nuove concezioni di famiglia che si affermano nella realtà sociale, manifestando perfino un' insofferenza rispetto al mantenimento dei modelli tradizionali, come dirò tra poco. Segnalo intanto un caso assai problematico, che porterei a simbolo sia di questa insofferenza, sia della forte accelerazione che la giurisprudenza penale sarebbe in grado di dare al crollo penalistico del modello matrimoniale tradizionale e alla sua sostituzione con altri. Stando a quanto riferisce Il Sole 24 ore del 25 agosto 2005 - per ora non sono riuscito a trovare più precise fonti e conferme - una sentenza della Cassazione, mutando giurisprudenza, ha negato la provocazione ad una moglie che aveva insultato la convivente del marito; a detta della Corte non sarebbe ingiusto, stando alle regole legali e a quelle della civile convivenza, il comportamento di una donna che dia vita a una relazione sentimentale con un uomo, ancorché quest'ultimo sia ancora unito in matrimonio con un'altra donna.

---

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. VI, 10 ottobre 2001, n. 36576.

Occorre tuttavia notare che l'evoluzione interpretativa non è ancora riuscita ad imporsi per l'intero sistema penale "familiare", e quindi produce anche gravi incoerenze. Il punto non è soltanto che tutte le menzionate ed altre aperture infondono alla nozione penalistica di famiglia una grande genericità (volendo: indeterminatezza), il che pone qualche serio problema di legalità. Quanto alla vaghezza del bene, è sufficiente spostare l'obiettivo di tutela sul singolo individuo per ridurla, come accade con riguardo alla norma sui maltrattamenti. Ciò pare conforme all'indicazione costituzionale per cui il primato spetta all'individuo umano, sicché una connotazione pubblicistica che pure si intendesse attribuire al bene giuridico famiglia dovrebbe ridursi ad un senso strumentale, di cui peraltro il diritto penale non ha bisogno, come già emerge dalla menzionata giurisprudenza che in fondo vede nella famiglia un peculiare contesto di delinquenza contro i singoli e non un bene da tutelare, e come meglio preciserò più avanti.

Il punto è invece che allo stato attuale delle norme penali codicistiche, che nascono e sono rubricate come concernenti reati *contro* la famiglia, e denotano una spiccata proiezione verso un contesto da inquadrare sotto il termine di "famiglia"- vuoi giuridico, vuoi fattuale, vuoi normativo extragiuridico – rimane aperta la possibilità di sfruttare il dato testuale "familiare" in senso restrittivo indirizzandolo verso una significatività concentrata a difesa esclusiva di prerogative delle famiglie di valenza istituzionale, quella coniugale-matrimoniale e quella parentale.

Lo si verifica agevolmente con riguardo alla tutela patrimoniale apprestata tramite il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.): il convivente, comunque sia, viene radicalmente escluso. I criteri di interpretazione estensiva che si adottano per il termine "famiglia" con riferimento al delitto di maltrattamenti risultano completamente abbandonati quando si tratta di apprezzare il significato del termine "coniuge" nel contesto dell'art. 570 c.p. Ciò avviene nonostante la descrizione tipica instauri una correlazione tra la sottrazione agli obblighi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge e la contrarietà della condotta all'ordine o alla morale delle famiglie - il che consentirebbe di recepire il precipitato di un costume coniugale non propriamente coincidente con quello matrimoniale tradizionale.

Su questa base, si impongono due rilievi correlati ad una futura disciplina della convivenza, in particolare quella del recente disegno di legge governativo.

Il primo rilievo è immediatamente legato all'individuato limite della norma che incrimina la violazione degli obblighi di assistenza familiare. In mancanza di adeguata

riforma è preclusa la possibilità di estendere il regime della violazione di obblighi di assistenza familiare a conviventi del tipo indicato nel ridetto disegno di legge.

Il secondo rilievo è sistematico e riprende quanto anticipato circa l'assetto incoerente che il diritto penale familiare vivente ha assunto da quando soltanto in parte si è piegato al riconoscimento delle istanze della "convivenza". Queste incoerenze sono aggravate dal fatto che tramite la riforma del codice di procedura penale e tramite interventi settoriali il legislatore penale ha partecipato al processo di valorizzazione di unioni non formalizzate, e lo ha fatto mi sembra in maggior misura rispetto ai legislatori di altri settori, ma solo frammentariamente. Esempi: nella riforma dei reati contro la libertà sessuale (art. 609 *bis* e ss. c.p.) sono considerati il convivente del genitore della vittima infrasedicenne, e la persona che con lo stesso minore abbia una relazione di convivenza; la misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare (282 bis c.p.p.) riguarda anche il convivente così come in genere le misure contro la violenza nelle relazioni familiari (l. n. 154/2001), le quali si badi si rivolgono a prevenire gravi pregiudizi all'"integrità morale" del convivente, sicché non è dubbio che non si possa più far questione giuridicamente rilevante sulla moralità della convivenza, unione omosessuale compresa (qui come nelle altre ipotesi che si vanno elencando); le misure di prevenzione contro la mafia si dirigono anche contro il convivente (...); l'art. 199 c.p.p. concede facoltà di astensione dal deporre anche al convivente *more uxorio* o *more maritali* (compresa l'ipotesi di convivenza attualmente cessata); l'art. 681 c.p.p. attribuisce al convivente il potere di proporre domanda di grazia; l'ordinamento penitenziario dedica numerose norme ai rapporti del detenuto con la sua famiglia compreso il convivente.

Ancora due esempi ma sul versante opposto: il primo attiene alla norma che definisce i prossimi congiunti agli effetti penali, la quale, rimasta invariata dall'origine, continua a fondarsi sulla famiglia coniugale-legittima e parentale (art. 307 c.p.); il secondo riguarda l'art. 384 c.p. (casi di non punibilità di delitti contro l'amministrazione della giustizia), che può ben rappresentare la punta dell'*iceberg* dell'incoerenza, poiché nel primo comma, immutato dall'origine per quanto qui interessa, ricorre la menzionata nozione di prossimi congiunti e quindi i conviventi sono esclusi, ma nel secondo comma, che ha subito modifiche recenti, la legge si riferisce anche ai conviventi tramite il richiamo alla sopra indicata ipotesi di coloro che hanno facoltà di astenersi dal deporre.

Questa panoramica esemplare per un verso indica che la legislazione penale dei nostri tempi ha ormai imboccato la via della valorizzazione della convivenza in modo tale che non pare seriamente proponibile un cambiamento di rotta nel senso contrario; e per l'altro verso

pare sufficiente a fondare una messa in mora del legislatore penale rispetto ad un organico intervento di riordino che prenda una più chiara posizione sul ruolo della convivenza in ambito penalistico, il che però richiede che l'intero tema familiare sia rivisitato.

*De iure condendo*, la prima notazione è che si può dubitare sull'opportunità di assumere la famiglia comunque intesa, e pur considerata come bene strumentale, ad obbiettivo di tutela penale. Al centro dell'attenzione rimangono i beni dei singoli. Non vi è ragione di riformulare reati contro la famiglia. Come già a suo modo perfino il codice Rocco dimostra, il diritto penale può ben tener conto, in sede di tutela degli interessi dei singoli individui, delle realtà che di fatto sono familiari, e anzi più ampie di fenomeni comunitari in genere, senza che ciò debba necessariamente implicare un peculiare riconoscimento giuridico penale di tali realtà in termini di valore o comunque di favore, e senza che necessariamente si ponga come pregiudiziale un riconoscimento del genere in ambito extrapenale.

Riguardo ai reati contro la famiglia attualmente esistenti si può sinteticamente notare quanto segue:

- quel che resta dei delitti che son detti "contro il matrimonio" (bigamia etc.) è costituito da figure spettrali di valenza pressoché esclusivamente simbolica, e semmai residua la prevalente esigenza di tutela dei singoli contro frodi;
- dei due delitti detti "contro la morale familiare", il primo, l'incesto, esprime l'ancestrale divieto di ardua razionalizzazione ma anche di persistente radicamento nell'apprezzamento comune. Esso però deve misurarsi sia con le nuove frontiere della libertà sessuale, sia con nuove forme di convivenza ritenute familiari nell'apprezzamento sociale per cui potrebbero dirsi incestuose relazioni che fuoriescono dai limiti della norma vigente. Comunque, è opportuno che, a parte la tutela dei minori, l'incesto fuoriesca dal circuito della pena e transiti in settori ove semmai il divieto, se proprio deve permanere in ambito giuridico, trovi sanzione in calibrate misure *ad hoc*, sempre che ve ne siano di proponibili. La seconda figura delittuosa, l'attentato alla morale familiare commesso col mezzo della stampa periodica, che peraltro ha una fattispecie inaccettabilmente indeterminata, va rinviato ad una peraltro improbabile legislazione penale sulle offese alla dignità umana commesse con mezzi di comunicazione di massa;

- i delitti contro lo stato di famiglia vanno riconsiderati nel quadro della tutela dell'identità personale;
- riguardo infine ai delitti contro l'assistenza familiare, quelli connessi alla tutela patrimoniale dovrebbero transitare nell'ambito della tutela del patrimonio, previa adeguata rivisitazione e coordinamento con più incisivi mezzi di tutela extrapenale; l'abuso dei mezzi di correzione e disciplina (norma equivoca), i maltrattamenti in famiglia, la sottrazione consensuale di minorenni e la sottrazione di persone incapaci vanno collocate con opportuni aggiornamenti tra i delitti contro la persona.

Seconda notazione. Nella considerazione legislativa penalistica di realtà familiari quali che siano, soprattutto quando si tratti di rapporti rilevanti nella costruzione del fatto tipico, si impone di soddisfare le esigenze di stretta legalità proprie del giure penale. Non mi sono soffermato prima sul costo che le anzidette interpretazioni evolutive assumono in termini di legalità penale. Accenno qui soltanto, nella prospettiva di una riforma, all'esigenza che quanto meno agli effetti penali esista una precisazione legislativa tassativa dei ruoli/obblighi consustanzianti all'appartenenza a comunità di affidamento, famiglie convivenze o altro che siano. Occorre evitare che la soggezione al rigore della norma penale derivi da arbitrio nella ricognizione di realtà comunitarie, nell'ascrizione di appartenenza a tali realtà, nell'individuazione di diritti e obblighi penalmente rilevanti e in particolare di questi ultimi che sul versante delle responsabilità penali di tipo omissivo rischiano costantemente di scaturire da mere posizioni di fatto anziché dalla legge, oppure da troppo indeterminati obblighi di origine extrapenale come quelli matrimoniali di assistenza e fedeltà.

Su questa base noto che giuridicizzazioni extrapenali di posizioni di fatto, come quella prevista dal disegno di legge governativo riguardo a certe convivenze stabili connotate in fatto dalla prestazione vicendevole di assistenza e solidarietà materiale e morale, non significano da sé l'insorgere di obblighi giuridici di assistenza e solidarietà materiale e morale.

Inoltre, stante l'esigenza di determinatezza, non mi pare che possa ritenersi soddisfacente il mero riferimento alla famiglia nell'ambito delle fattispecie, come per esempio quello contenuto nella ridetta fattispecie di maltrattamenti. Parimenti dicasi della figura del "convivente" e della "relazione di convivenza" che iniziano ad affacciarsi nelle norme penali sostanziali (ma l'esigenza mi parrebbe valere anche per il settore processuale). Fermo restando che in ambito penalistico queste figure assumono un contenuto autonomo,

non condizionato da qualunque sia la sorte degli omonimi in settori extrapenali, nondimeno (e a maggior ragione mancando un quadro definitorio extrapenale vincolante) si imporrebbe di precisare meglio i connotati delle realtà richiamate, tanto più se si considera che i termini impiegati denotano realtà almeno *prima facie* diverse dalla coabitazione, dalle relazioni domestiche e dall'ospitalità cui rimanda la menzionata aggravante. Per esempio mi chiedo: se valga a denotare con-vivenza agli effetti dei reati contro la libertà sessuale un rapporto di stretta e privilegiata amicizia che si sostanzia tra l'altro nel costante mutuo consiglio e scambio di esperienze, e in una continuativa spendita del tempo libero in intraprese comuni, ma senza coabitazione; se valga agli stessi effetti la mera coabitazione con divisione delle spese; e via dicendo. Questi e analoghi quesiti formulabili riguardo ai nuovi ingressi della generica convivenza in ambito penalistico sostanziale e processuale mi portano a ritenere che in tutte le ipotesi alla base della scelta legislativa non sia rinvenibile un'adeguata riflessione.

Ciò emerge anche qualora si rifletta sul fatto che non sempre a questa mancanza di specificazioni la giurisprudenza riesce a supplire con soluzioni condivisibili. Per esempio, lascia alquanto perplessi l'idea che la norma sui maltrattamenti in famiglia sia utilizzabile contro il marito separato e non più convivente, il quale conduca una sistematica attività persecutoria nei confronti della moglie a lui subordinata psicologicamente<sup>5</sup>. L'assenza attuale di rapporti comunitari di fatto, e la valorizzazione solo di un flebile rapporto giuridico e del dato psicologico della vittima, finisce per generalizzare la portata della norma come se si trattasse di una fattispecie di maltrattamenti *tout court* a prescindere dal contesto. Occorre allora semmai valutare *de iure condendo* se serva una nuova norma del genere, che eventualmente consideri particolari contesti comunitari al fine di modulazione del rigore sanzionatorio.

Ancor maggiore perplessità suscita una recente valorizzazione della convivenza, operata dalla Corte di cassazione<sup>6</sup> con riguardo alla nozione di "familiare convivente" rilevante ai fini del calcolo dei limiti di reddito entro i quali si può essere ammessi al gratuito patrocinio (art. 3 l. 30 luglio 1990, n. 217). A detta della Corte si dovrebbe tener conto anche del reddito del convivente *more uxorio* - a sfavore dell'interessato. È davvero sorprendente che questa conseguenza scaturisca da un rapporto che la Corte qualifica come di mero fatto, senza che risultino obblighi dell'un convivente verso l'altro.

In conclusione non resta quindi che ribadire ancora una volta l'urgenza di una riforma complessiva in materia. Pare che la sua mancanza, determinando in buona sostanza

---

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. VI, n. 28505/2005.

<sup>6</sup> Cass pen., sez. IV, n. 109/2006.

la persistenza di un notevole caos nella legislazione penale in materia di famiglia, sia ormai fattore perfino di grave disagio di comprensione da parte del legislatore materiale, nel momento in cui tenta di por mano a sia pur minimi aggiornamenti rispetto a novità extrapenali. Ciò si è verificato da ultimo in esito alla legge 8 febbraio 2006, n. 54, concernente l'affidamento condiviso dei figli ai genitori separati, laddove le obbligazioni economiche sono state malmente assoggettate al regime di una norma già di per sé infelice e foriera di incoerenze nel rapporto con il menzionato art. 570 c.p., quella contenuta nella legge sul divorzio (art. 12-sexies l. 1 dicembre 1970, n. 898), aumentando così le incertezze applicative e le discrasie di tutela<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Picotti, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 553