

SILVIO RIONDATO

*Cornici di «famiglia»  
nel diritto penale italiano*





## *JusQuid* sezione scientifica

Nella *Sezione scientifica* della Collana *JusQuid* sono pubblicate opere sottoposte a revisione valutativa con il procedimento in «doppio cieco» (*double blind peer review process*), nel rispetto dell'anonimato dell'autore e dei due revisori.

I revisori sono professori di provata esperienza scientifica, italiani o stranieri, o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili. Il revisore che accetti l'incarico di valutazione, formula il suo giudizio tramite applicazione di punteggio da 1 a 10 (sufficienza: 6 punti) in relazione ad ognuno dei seguenti profili: struttura (coerenza e chiarezza dell'impianto logico, metodologia); riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali; correttezza espositiva; argomentazione critica e propositiva; bibliografia; rilevanza scientifica nel panorama nazionale (e internazionale, se ricorre l'esigenza relativa a questo profilo). Precisa se l'opera sia pubblicabile senza modifiche o previo apporto di modifiche, o se sia da rivedere, oppure da rigettare, e comunque dà opportune indicazioni.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore responsabile della Collana e dal comitato scientifico, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le valutazioni sono trasmesse, rispettando l'anonimato del revisore, all'autore dell'opera. L'elenco dei revisori e le schede di valutazione sono conservati presso la sede della Collana, a cura del direttore.

Il termine per lo svolgimento dell'incarico di valutazione accettato è di venti giorni, salvo espressa proroga, decorsi i quali, previa sollecitazione e in assenza di osservazioni negative entro dieci giorni, il direttore della Collana e il comitato scientifico, qualora ritengano l'opera meritevole, considerano approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione opere di componenti del comitato scientifico e del direttore responsabile. A discrezione del direttore responsabile e del comitato scientifico sono escluse dalla valutazione opere di indubbia meritevolezza o comunque di contenuto da ritenersi già adeguatamente valutato in sede accademica con esito positivo, per esempio scritti pubblicati su invito o di autori di prestigio, atti di particolari convegni, opere collettive di provenienza accademica.

## *JusQuid* sezione scientifica

Comitato scientifico

Paolo Benciolini, Lorenza Carlassare, Marcello M. Fracanzani, Manuela Mantovani, Francesco Moschetti, Elisabetta Palermo Fabris, Paolo Patrono, Silvio Riondato, Rino Rumiati, Daniele Rodriguez, John A.E. Vervaele, Paolo Zatti

Direttore responsabile

Silvio Riondato

- E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, 2012 (e-book).
- S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, 2012.
- L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, 2012.
- S. Riondato, R. Alagna (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*. Criminal Law of the Republic of Turkey, 2012.
- R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, 2012.
- C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), Res iudicata. *Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, 2013.
- R. Alagna, S. Riondato (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista*. Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries, 2013.
- R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, 2013.
- R. Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, 2013.
- S. Riondato, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, 2014.

*Volume pubblicato con il contributo di*

UNIONE TRIVENETA DEI CONSIGLI DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI

in memoria dell'avvocato

*Antonio Muggia,*

anima dell'Unione Triveneta e dell'Avvocatura,  
con gratitudine per il Suo spirito di servizio,  
la profonda competenza, cortesia, discrezione e saggia concretezza,

*e con il contributo di*

CAMERA MINORILE DI PADOVA

SILVIO RIONDATO

*Cornici di «famiglia»  
nel diritto penale italiano*



PADOVA UNIVERSITY PRESS

Prima edizione 2014, Padova University Press

Titolo originale

Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano

© 2014 Padova University Press

Università degli Studi di Padova

via 8 Febbraio 2, Padova

[www.padovauniversitypress.it](http://www.padovauniversitypress.it)

Immagine di copertina

"*Collegio dei dottori giuristi padovani che rende parere al Doge*". Dall'affresco di Gino Severini nella Sala della Facoltà di Giurisprudenza - Palazzo del Bo, Padova.

ISBN 978-88-6938-010-5

Stampato per conto della casa editrice dell'Università degli Studi di Padova - Padova University Press nel mese di settembre 2014.

Tutti i diritti di traduzione, riproduzione e adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo (comprese le copie fotostatiche e i microfilm) sono riservati.

*Alle mie Famiglie*



## INDICE

1. «Famiglia»: premessa metodologica in funzione definitoria; primi tentativi di definizione; fattori di instabilità	p. 14
1.1. Sintesi sul pluriverso oggetto familiare nel codice penale	p. 23
1.2. Rilevanza di principi costituzionali e indirizzi di metodo interpretativo	p. 29
2. Un banco sperimentale al «limite» riguardo alla famiglia intesa come «istituzione», come «persona giuridica», come «ente». È punibile per responsabilità da reato (d. lgs. n. 231/2001)?	p. 33
3. Funzione simbolica e promozionale nel diritto penale della famiglia	p. 45
3.1. L'incesto e la morale sessuale familiare. Il caso dell'incesto tra affini	p. 46
3.2. Il cosiddetto «femminicidio» e la violenza familiare su «la donna in quanto tale». Tra soggetto giuridico/obiettivo di tutela sessuato e soggetto giuridico/obiettivo di tutela a sessualità universale	p. 51
3.3. L'interruzione della gravidanza e altra normativa di crisi del valore dell'essere umano e della famiglia. Cenni su soggettività centrali (meridiane) e soggettività crepuscolari (marginali), e relative «famiglie»	p. 63
3.3.1. Famiglia della «chimera», famiglia «chimera», famiglia del <i>robot</i> e famiglia <i>robot</i> ?	p. 69
4. Inesistenza di obblighi costituzionali di penalizzazione in materia di famiglia	p. 75
5. Pena, misure penali e famiglia	p. 78
5.1. La famiglia del reo tra commisurazione ed esecuzione della pena	p. 79
5.2. Esigenze familiari tra nuove pene «di pace» e improcedibilità per tenuità del fatto nel procedimento «di pace»	p. 82
5.3. Nozione di famiglia e misure di prevenzione: l'allontanamento dalla casa familiare e l'ordine di protezione cosiddetto civilistico; famiglia come convivenza	p. 85

5.4. Incostituzionalità dell'esclusione da pubblici concorsi a causa di condanna subita da un familiare	p. 89
6. Concezioni penalistiche della famiglia nelle fattispecie incriminatrici codicistiche	p. 92
6.1. Concezioni originarie codicistiche della famiglia: i delitti contro la famiglia	p. 93
6.2. La famiglia coniugale legittima	p. 94
6.3. La famiglia parentale legittima; la famiglia parentale naturale (illegittima) e gli aggregati non originati da matrimonio; la famiglia <i>contra ius</i>	p. 96
6.4. Concezione codicistica originaria della famiglia di fatto e rilevanza della morale familiare; relatività della concezione giuridica	p. 97
6.5. Ulteriori estensioni codicistiche del novero familiare: la famiglia in senso romanistico; le estensioni nominalistiche; il caso del <i>mobbing/bossing/stalking</i>	p. 101
6.6. L'incidenza del pluralismo culturale sui modelli familiari di riferimento	p. 105
7. Problematiche intorno alle formazioni sociali-famiglie di fatto: il convivente <i>more uxorio</i> nel delitto di maltrattamenti	p. 112
7.1. Il ruolo fondante della «coscienza comune» e la dissoluzione della nozione tradizionale di famiglia: la famiglia come luogo degli affetti e dei comuni interessi	p. 113
7.2. ( <i>segue</i> ) La «non-famiglia» di fatto, contro la «famiglia» di concezione giuridica giurisprudenziale: irrilevanza di parentela e convivenza; valorizzazione fattuale della solidarietà e del sentimento	p. 118
7.3. ( <i>segue</i> ) La «vita familiare», gli «stretti rapporti di vita», il «rapporto di vicinanza» come fonti fattuali di obblighi giuridici «familiari»; responsabilità omissiva, obblighi di garanzia e posizioni di protezione in ambito familiare; famiglia quale comunità di affidamento	p. 119
8. L'ipotesi che le figure di rapporto familiare penalmente rilevanti siano sempre elementi extragiuridici della fattispecie (normativi o descrittivi)	p. 127
9. La relativa estromissione della famiglia di fatto (convivenza <i>more uxorio</i> ) dal reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.)	p. 130

9.1. «Qualità di coniuge» e rilevanza del dato antropo-sociologico matrimoniale nel delitto di violazione degli obblighi di assistenza coniugal-familiare; rilevanza fondante del fatto procreativo rispetto agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà genitoriale; parente di fatto e in genere altri rapporti familiari di fatto	p. 132
10. La dicotomia tra famiglia in senso patrimoniale (concezione giuridica) e famiglia in senso affettivo-personalistico (concezione fattuale)	p. 134
11. Ambiti rilevanti di discrezionalità legislativa in materia familiare: la difesa «penale» della famiglia legittima coniugale da parte della Corte costituzionale	p. 137
12. ( <i>segue</i> ) L'esimente «familiare» (art. 384, co. 2, c.p.) non contempla il «prossimo congiunto» che sia falso testimone nel processo civile	p. 144
13. ( <i>segue</i> ) La procedibilità a querela non riguarda il reato di omesso versamento dell'assegno al coniuge divorziato o separato	p. 146
14. ( <i>segue</i> ) La tutela della famiglia di fatto si estende alla costituzione di parte civile	p. 149
15. <i>De iure poenali familiae condendo</i> : rinunciare al mito della cornice familiare	p. 151
Bibliografia	p. 153



Sul finire degli anni '80, un giovane marito tossicodipendente usa per un certo periodo reiterati maltrattamenti alla moglie, fino all'episodio ultimo, durante il quale prima la minaccia con un coltello e poi la ferisce procurandole lesioni personali lievissime, guarite in due giorni. Perciò l'uomo viene arrestato. Successivamente, ottenuta la libertà provvisoria, egli si allontana dagli stupefacenti, tiene condotta irreprensibile e si riconcilia col coniuge al punto da ridare ordine e armonia alla vita familiare e mettere al mondo un figlio d'intesa con la moglie stessa.

Nel correlato processo penale, il pretore solleva questione di costituzionalità rispetto alla disciplina del reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572, co. 1, c.p.), per contrasto con gli artt. 29, 30, 31, 2 e 3 Cost., nella parte in cui non è prevista come causa di estinzione del reato la seria riconciliazione dei coniugi e il normale svolgimento della vita coniugale.

Il pretore rileva tra l'altro che i principi costituzionali e la successiva legislazione civilistica comportano una nuova concezione della famiglia, diversa da quella imperante nel corso della stagione politica che ebbe ad esprimere il codice penale vigente. Tale concezione pretenderebbe la tutela dei diritti della famiglia quale società naturale, la salvaguardia della sua unità e dei diritti dei figli, quindi la rilevanza della riconciliazione e della ricostituita unità familiare.

La Corte costituzionale non accoglie<sup>1</sup>. Conferma *«l'attuale validità della rilevanza penale di fatti che violano i principi su cui si fonda l'unità della famiglia e l'etica della coesistenza pacifica dei suoi membri (anche nell'interesse dei figli minori)»*, e afferma che *«non può spettare che allo stesso legislatore stabilire se esistano fatti successivi in grado di estinguere, sotto condizioni che ancora una volta solo il legislatore può disciplinare, il carattere criminale di quelle violazioni e le relative conseguenze sanzionatorie»*; quindi conclude per l'inammissibilità della questione.

*Dura lex sed lex*. Un'occasione persa? Probabilmente sì, almeno per chi non si accontenti che al diritto penale sia assegnata una mera funzione simbolico-formale, sotto l'aporia di una pena che riafferma il valore della famiglia negandolo in concreto. La percezione di umanità della pena (art. 27 Cost.) e la consustanziata ragionevolezza non tollerano alcuna metastoricità di un diritto immutabile, né alcun illimitato arbitrio legislativo.

<sup>1</sup> Corte cost., 11 luglio 1990, n. 357, in «Giurisprudenza costituzionale», 1990, p. 2226 ss.

1. «Famiglia»: premessa metodologica in funzione definitoria; primi tentativi di definizione; fattori di instabilità

Il caso esposto dà esca alla considerazione che la dimensione primigenia della famiglia è storica e non metastorica. Questa è una premessa metodologica indispensabile per intendere il significato etico da cui pure prende avvio il sistema della regolazione giuridica<sup>2</sup> e sul quale si misura la tenuta del diritto di famiglia.

Tale dimensione non appartiene al diritto statale ma al costume. Il costume-famiglia è alimentato da un complesso intreccio dei più diversi fattori integranti l'ambiente generale di vita, comprese le strutture economico-politico-sociali e le concezioni spirituali e religiose<sup>3</sup>. In tema di «famiglia», forse più che in altri, le scelte del diritto sono dettate, almeno nei contenuti, dalla società di riferimento: i mutamenti di valori, le esigenze di un mondo in perenne trasformazione hanno spesso imposto la recezione giuridica di quanto nella prassi era già patrimonio condiviso<sup>4</sup>. Per lunghi periodi la famiglia è stata più fenomeno sociale o metagiuridico che istituto organizzato dal diritto, ma «per quanto metagiuridico, quel concetto ha informato il diritto di famiglia durante tutto il suo svolgimento»<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> F.P. Casavola, *Relazione del 25 maggio 2007 alla Conferenza nazionale sulla famiglia*, in [www.confezenzafamiglie.it](http://www.confezenzafamiglie.it).

<sup>3</sup> V. Scordamaglia, *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 366; F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in «Rivista di diritto civile», 2002, I, p. 509 e in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano 2004, p. 521 ss. Si veda anche F. Prosperi, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, in «Diritto della persona e famiglia», 2008, n. 2, p. 290 ss. V. inoltre, anche per cenni storici sulla disciplina dei reati contro la famiglia, C. Pecorella, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XVI, Giuffrè, Milano 1967, p. 802 ss.; G.D. Pisapia, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in «Novissimo Digesto Italiano», vol. VII, UTET, Torino 1968, p. 55 ss.; F. Paterniti, *La famiglia nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1970, p. 69 ss.; G. Pisapia, G.D. Pisapia, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. V, UTET, Torino 1991, p. 114 ss.; F. Fierro Cenderelli, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. V, UTET, Torino 1991, p. 13 ss.; A. Cadoppi, *Introduzione*, in *I reati contro la famiglia*, Trattato diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, UTET, Torino 2006, p. 3 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Manuale di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, CEDAM, Padova 2006<sup>2</sup>, p. 817 ss.; F.S. Fortuna, *Reati contro la famiglia e i minori*, Giuffrè, Milano 2006, p. 1 ss.; A. Manna, *Le caratteristiche generali della tutela penale della famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia. II. Rapporti personali e patrimoniali*, diretto da G. Ferrando, Zanichelli, Bologna 2008, p. 138; D. Falcinelli, voce *Famiglia (tutela penale della)*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. V, agg., UTET, Torino 2010, p. 287 ss.; G. Cocco, E.M. Ambrosetti, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone: vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali*, CEDAM, Padova 2010<sup>2</sup>, p. 541 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, CEDAM, Padova 2012, p. 39 ss.; A. Spena, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. XIII, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>4</sup> L. Garlati, *La famiglia tra passato e presente*, in S. Patti, M.G. Cubeddu, *Diritto della famiglia*, vol. II (estr.), Milano, Giuffrè 2011.

<sup>5</sup> G. Vismara, *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in Id., *Scritti di storia giuridica*, 5: *La famiglia*, Giuffrè, Milano 1988, p. 10. Per una ricostruzione di sintesi degli sviluppi in ambito giuspri-

L'ambito «famiglia» nei predetti contesti implica, anzitutto, l'*an* della vita con riferimento a condizioni della creazione-origine della vita stessa, cioè (*in primis*, ma non solo) l'ambiente umano origine e, assieme, modalità di formazione di tale ambiente, comprese competenze e modalità concernenti l'atto (pro)creativo. Al contempo abbraccia lo sviluppo-mantenimento della vita nell'ambiente umano più prossimo (di origine e/o no), e quindi condizioni (almeno) elementari di qualità della vita nella dimensione della coesistenza.

Più adeguate e doverose precisazioni definitorie al riguardo, peraltro non propriamente chiarificanti, discenderanno dall'apprezzamento della cennata complessità caratterizzante il menzionato intreccio. Vi è, infatti, estrema difficoltà di definire l'entità familiare. Varie «famiglie» si propongono, quali raggruppamenti o comunità formate da persone legate o da rapporto di parentela (vincolo c.d. del sangue o altri intesi come equivalenti) oppure di affinità o di coniugio o anche di semplice affetto, o da rapporti simili. Trattasi di gruppi sociali caratterizzati eventualmente da convivenza e/o legami patrimoniali ed eventualmente finalizzati o alla riproduzione e/o alla cooperazione economica e/o al mantenimento e cura di interessi affettivi e/o spirituali in genere. Non basta quindi riferirsi a una entità di personalità interagenti, o nemmeno a un'istituzione<sup>6</sup>.

Così, la famiglia già nel linguaggio comune e nelle scienze extragiuridiche si riempie di una notevole plurivocità semantica, in corrispondenza se non altro alla pluralità dei dati fattuali familiari, ma non senza variabili (anche paradossali) impieghi di connotati intesi come giuridici – spesso acriticamente. Le operazioni definitorie raramente si uniscono a una chiara indicazione se il loro carattere sia descrittivo o prescrittivo.

Il diritto al riguardo non dà particolare ordine, riflettendo il pluralismo extragiuridico. L'assenza di una definizione positiva di famiglia nella legislazione sia civile che penale, quanto meno di una definizione «forte» ed esclusiva, può essere intesa come frutto non già di una mera casualità o di una banale dimenticanza, bensì della consapevole e meditata decisione di rinunciare a definire «un istituto che è pre-giuridico, che è sorto prima che il concetto di diritto si isolasse da altri concetti affini, un istituto che non è suo, che esso non può dominare, del quale può soltanto regolare certi aspetti»<sup>7</sup>.

vaticano, nella storiografia del novecento, cfr. N. Tamassia, *La famiglia italiana: nei secoli decimoquinto e decimosesto*, Milano-Palermo, Napoli 1910 (Roma, Multigrafica, 1971); P. Torelli, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato. La famiglia*, Giuffrè, Milano 1947; E. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano 1933; M. Bellomo, voce *Famiglia (diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XVI, Giuffrè, Milano 1967, p. 745; Id., voce *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in «Digesto delle discipline privatistiche», vol. XIII, UTET, Torino 1996<sup>4</sup>, p. 457; P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia. 1796-1975*, Il Mulino, Bologna 2002.

<sup>6</sup> Cfr. E.W. Burgess, H. Locke, *The Family: From Institution to Companionship*, American Book, New York 1960, p. 7.

<sup>7</sup> Cfr. A.C. Jemolo, *La famiglia ed il diritto*, in «Annali seminario giuridico dell'Università degli Studi

Tuttavia, se questo è il presupposto, e se poi l'operazione definitoria nondimeno si impone, non foss'altro che per cogliere appunto quei «certi aspetti» o, di più, perché diviene imprescindibile interrogarsi sulla nozione di famiglia che il diritto adotti o debba adottare, come per esempio se si tratti di individuare in ambito giuspenalistico un bene giuridico chiamato «famiglia» o comunque apprezzare la rilevanza del dato tipico «familiare»<sup>8</sup>, allora tale operazione non troverà ancoraggio positivo diverso da un incerto rinvio a varii e variabili precipitati del mondo metagiuridico. Tanto più se si concludesse, con Gabriel Marcel, che le relazioni familiari, come in genere le cose umane, non hanno alcuna consistenza né garanzia di solidità; soltanto quando sono riferite a un ordine sopraumano, di cui è dato in questo mondo di cogliere solamente indizi, assumono carattere autenticamente sacro<sup>9</sup>.

D'altro canto, poiché la Costituzione italiana e la stessa legislazione ordinaria mostrano talvolta, come si avrà modo di esporre, una tendenza a una sorta di italo-centrismo della sottesa cultura giuridica, laddove il diritto comporta connotati di relativa esclusività della famiglia fondata sul matrimonio che vorrebbe trovare definizione già in Costituzione (art. 29), dal giure finisce per emergere spesso una resistenza a una cultura del pluralismo e all'esigenza di neutralità derivanti dalla (e nei limiti della) tolleranza di tradizioni e comunque di usi anche nuovi, diversi, compresi quelli che oggi si affermano in esito alla disponibilità di sempre rinnovantisi ausilii tecnologici<sup>10</sup>.

Comunque, la famiglia è di questi tempi costante oggetto di normazione giuridica. «Quell'isola» che a parere di Jemolo «il mare del diritto può solo lambire»<sup>11</sup> si presenta oggi piuttosto come un arcipelago<sup>12</sup> frastagliato ed esposto anche all'opera delle onde vigorose di quel mare<sup>13</sup>, un mare sempre più burrascoso e nebbioso.

di Catania», vol. III, 1949, p. 38 ss.; G. Tamburrino, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, UTET, Torino 1981<sup>2</sup>, p. 2 ss.

<sup>8</sup> Operazioni (ovviamente) imprescindibili, la cui decisiva importanza, talvolta trascurata, è ben tratteggiata di recente da R. Borsari, *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice e rapporti di famiglia: criticità di una fattispecie controversa*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 757 ss.; e A. di Martino, *Diritto penale e «crediti da crisi familiare». Accessorietà della tutela fra assetti consolidati e recenti modifiche normative*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino 2011, p. 811 ss.

<sup>9</sup> G. Marcel, *Homo viator. Prolégomènes à une métaphysique de l'espérance*, Aubier, Paris 1944, p. 123 (*Le mystère familial*, p. 89).

<sup>10</sup> F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, Giuffrè 2004, osserva che «l'etnocentrismo della cultura giuridica [fondato sull'] esclusività e la perennità della famiglia fondata sul matrimonio dovrebbe cedere il passo ad una cultura del pluralismo ed a una «ideologia della neutralità», necessariamente portata a relativizzare e a storicizzare le istituzioni della nostra tradizione e risolutamente impegnata al rispetto tollerante delle tradizioni e delle usanze altre».

<sup>11</sup> Jemolo, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

<sup>12</sup> Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., p. 521 ss.

<sup>13</sup> Proserpi, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 793 ss.

Non perciò dal diritto penale della famiglia può dirsi emerga in complesso una peculiare autonomia. Esso non comprende principi e problematiche essenzialmente diversi da quelli concernenti il diritto penale in genere<sup>14</sup>. Nondimeno, spiccano taluni caratteri proprii<sup>15</sup> della materia, che fanno di questo settore di parte speciale del diritto penale codicistico un severo banco di prova della parte generale, un particolarmente fertile terreno di coltura di profili problematici costituenti, volendo, una parte generale dello stesso settore speciale<sup>16</sup>, con rilevanti connessioni ad altri settori, soprattutto quello concernente la tutela penale della vita e della salute dell'individuo umano (cosiddetta persona), fino a toccare i dati essenziali sottesi alla disciplina del «bios» (biodiritto)<sup>17</sup>.

Ciò si deve soprattutto a tre ragioni.

In primo luogo, la «famiglia» coinvolge l'accennato intreccio complesso di beni giuridici avente importanza vitale e implicante relazioni umane essenziali, che nell'evoluzione storico-sociale subisce incessanti mutamenti<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> T. Delogu, *Diritto penale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. VII, CEDAM, Padova 1995, p. 2 ss. Resta a parte l'interferente ma distinguibile settore del diritto penale minorile, che presenta una relativa autonomia nei limiti della specialità, e peraltro si rivela spesso terreno di coltura anticipatorio (nonché di critica) di soluzioni penalistiche generali. V. al riguardo M. Bertolino, *Il minore vittima del reato*, Giappichelli, Torino 2010<sup>3</sup>; E. Palermo Fabris, S. Larizza, *Diritto e procedura penale minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. V, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>; S. Larizza, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, CEDAM, Padova 2005.

<sup>15</sup> G.D. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, UTET, Torino 1953, p. 106 ss.

<sup>16</sup> Cfr. T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, Bologna 1991.

<sup>17</sup> Opera fondamentale in materia è il *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. I (*Ambito e fonti del biodiritto*), a cura di S. Rodotà, M. Tallacchini, Giuffrè, Milano 2010) e voll. seguenti (v. anzitutto, nel citato vol. I, P. Borsellino, *Tra cultura e norma*, p. 152 ss.).

<sup>18</sup> Per un primo quadro v. G. Dalla Zuanna, G. Weber, *Cose da non credere*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 3 ss.; P. Donati, *Le politiche familiari in Italia: problemi e prospettive (il Piano nazionale e la proposta del family mainstreaming)*, 2010, in [www.conferenzafamiglia.it](http://www.conferenzafamiglia.it); A. Alesina, A. Ichino, *L'Italia fatta in casa. Indagine sulla vera ricchezza degli italiani*, Mondadori, Milano 2009, p. 3 ss.; *Quaderno: Famiglia e filosofia*, in «Acta philosophica», 2004, p. 5 ss.; P. Donati, *Sociologia delle politiche familiari*, Carocci, Roma 2003; Id., *La famiglia di fronte alla pluralizzazione degli stili di vita: realtà, significati e criteri di distinzione*, in *La famiglia tra identità e pluralità*, a cura di P. Donati, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2001; G. Di Renzo Villata, voce *La famiglia*, in «Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento», vol. II, 2001, p. 760; C. Casanova, *La famiglia italiana in età moderna*, La Nuova Italia Scientifica, Milano 1997; D.I. Kertzer, R.P. Saller (a cura di), *La famiglia in Italia dall'antichità al XX secolo*, Le lettere, 1995; Aa.Vv., *Le stagioni della famiglia. La vita quotidiana nella Storia d'Italia dall'unità agli anni Settanta*, a cura di G. Campanini, San Paolo, Milano 1994; Aa.Vv., *La famiglia alle soglie del III millennio*, Atti del Congresso europeo (Lugano 21-24 settembre 1994), a cura di W. Volontè, s.l., 1994; L. Pati (a cura di), *Ricerca pedagogica ed educazione familiare*, in *Studi in onore di N. Galli*, Vita e Pensiero, Milano 2003; N. Luhmann, *Il sistema sociale famiglia*, in *Nuove tecnologie, comunicazione e mondi vitali*, Franco Angeli, Milano 1989, p. 233; P. Melograni, (a cura di), *La famiglia italiana dall'ottocento ad oggi*, Laterza, Bari 1988; R. Wall, J. Robin, P. Laslett, *Forme di famiglia nella storia europea*, Il Mulino, Bologna 1984; A. Manoukian, *Famiglia*, in *Storia d'Italia*, a cura di F. Levi, U. Levra, N. Tranfaglia, vol. I, La nuova Italia, Firenze 1978, p. 377; Id. (a cura di), *Famiglia e matrimonio nel*

In secondo luogo, questo intreccio, se pur in ragione della sua importanza pretenderebbe di impegnare il presidio delle massime sanzioni, quelle penali, tuttavia stenta molto a coniugarsi con la peculiare complessità del giure penale.

In terzo luogo, l'evoluzione generale post-costituzionale del diritto familiare non ha comportato un organico intervento legislativo penalistico, ma piuttosto, dapprima, una politica dell'astensione<sup>19</sup> proseguita fino a tempi recenti, la quale ha lasciato ai giuristi e in particolare ai giudici non solo costituzionali l'arduo compito di adeguare, giocoforza variamente, un impianto risalente all'epoca prerепublicana; e poi taluni interventi di tono emergenziale, emanati negli ultimi anni, che hanno solo ricondotto la sempre più dilagante crisi del diritto a risaldarsi meglio alla crisi familiare e alla crisi della nozione di individuo umano, specchiandovisi.

A tutto ciò si aggiungono i riflessi provenienti da altri ordinamenti giuridici, per i quali rinviando, a parte i debiti riscontri ove necessario, alle più recenti trattazioni: gli ordinamenti di altri Stati<sup>20</sup>, già tradizionalmente rilevanti soprattutto per le ricadute penalistiche implicate dal diritto privato internazionale, e ora importanti sul piano comparatistico nel loro assetto penalistico, specie ai fini di una nostra riforma; l'ordinamento della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e libertà fondamentali<sup>21</sup>; l'ordinamento (già) comunitario (e ora) dell'Unione Europea, che da tempo protende la sua influenza penalistica anche in materia familiare penale, e vieppiù dopo il Trattato di Lisbona che, ampliando le competenze penali dell'Unione, potrebbe condizionare alquanto le scelte anche nazionali di tutela penale<sup>22</sup>, in specie tra l'altro qualora si realizzasse una effettiva incidenza dei principi e norme in materia di famiglia contenuti nella Carta dei diritti fondamentali, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati<sup>23</sup>; l'ordinamento internazionale penale<sup>24</sup>.

Sulle basi finora indicate non è da attendersi che l'ambito del diritto penale della famiglia, riguardato attraverso le descrizioni di illecito, sia agevolmente individuabile

*capitalismo europeo*, Il Mulino, Bologna 1974.

<sup>19</sup> Per tutti, G. Contento, *Riforma del diritto di famiglia e disciplina penalistica dei rapporti familiari*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 1979, p. 167 ss.; G. Ruggiero, *Riflessi penali del nuovo diritto di famiglia*, Jovene, Napoli 1979, p. 17 ss.; F. Uccella, *La tutela penale della famiglia*, CEDAM, Padova 1984, *passim*.

<sup>20</sup> V. la panoramica offerta da A.M. Beltrame, *Profili di tutela penale della famiglia in ordinamenti stranieri*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 227 ss.

<sup>21</sup> P. De Stefani, *Riflessi penalistici della tutela della famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 149 ss.

<sup>22</sup> S. Zancani, *L'incidenza del diritto comunitario e dell'Unione europea sul diritto penale della famiglia*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 111 ss. Cfr. E. Bergamini, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2012; D. Amram, A. D'Angelo, *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>23</sup> Rinvio in economia a S. Riondato, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, p. 1541.

<sup>24</sup> M. Rebecca, *Profili di tutela della famiglia in diritto internazionale penale*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 345 ss.

in forza della considerazione legale penalistica immediatamente concernente la famiglia e gli inerenti rapporti, benché l'una e gli altri risultino espressamente menzionati da codice penale, leggi penali speciali, codice di procedura penale e correlate leggi speciali in materia processuale, nonché da varia normativa che prevede e disciplina illeciti amministrativi colpiti con sanzioni di natura punitiva. Dell'espressione «famiglia» e di quelle connesse, oggi non possiamo limitarci a rilevare soltanto che non hanno una portata uniforme nelle varie formulazioni normative dell'illecito e che rimangono in complesso prive di un preciso significato tecnico<sup>25</sup>, delineando di volta in volta rapporti «di sangue» o di coniugio o di affinità o di adozione o altro. Occorre acquisire la consapevolezza che esse subiscono fattori di instabilità che al contempo è esiziale e fisiologica, paradossalmente, così come similmente e più scopertamente emerge con riguardo alla disciplina della pena riguardo alla commisurazione in concreto e all'esecuzione, disciplina che ai suoi fini impone una nozione di famiglia del tutto indefinita di principio, come si avrà modo di approfondire più avanti.

Tra tali fattori di instabilità i più importanti sono i seguenti:

– l'importanza conferita al bene-interesse famiglia, assunto a *rango costituzionale* in prospettiva strumentale rispetto alla difesa della dignità-personalità umana, e però nella divaricazione tra (famiglia-)formazione sociale (art. 2), famiglia come *società naturale fondata sul matrimonio*, cioè famiglia legittima (art. 29 Cost.), e (famiglia come) *aggregato parental-filiale naturale* (art. 30 Cost.)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> G.D. Pisapia, voce *Famiglia (diritto penale)*, in «Novissimo digesto italiano», vol. VII, UTET, Torino 1961, p. 52 ss.

<sup>26</sup> Per un quadro sulle norme costituzionali in tema di famiglia, si vedano: G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Giappichelli, Torino 2011<sup>2</sup>; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2011, p. 313 ss.; Aa.Vv., *Il diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, diretto da G. Bonilini, G. Cattaneo e continuato da Giov. Bonilini, UTET, Torino 2007; P. Cavana, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in «Diritto di famiglia e delle persone», n. 2, 2007, p. 902 ss.; P. Casavola, *Relazione del 25 maggio 2007 alla Conferenza nazionale della famiglia*, in [www.conferenzafamiglia.it](http://www.conferenzafamiglia.it); P. Grossi, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in «Diritto di famiglia e delle persone», n. 2, 2005, p. 585 ss.; M. Fortino, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Giuffrè, Milano 2004<sup>2</sup>, p. 25 ss.; P. Perlingeri, P. Pisacane, sub *artt. 29-31*, in *Commento alla Costituzione Italiana*, a cura di P. Perlingeri, ESI, Napoli 2001<sup>2</sup>; A. Sandulli, sub *artt. 29-30-31*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. I, CEDAM, Padova 1992; R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1989; F. Cuocolo, voce *Famiglia. Profili costituzionali*, in «Enciclopedia Giuridica Treccani», vol. XIV, Treccani, Roma 1989; S. Puleo, voce *Famiglia. Disciplina privatistica: in generale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XIV, Treccani, Roma 1989; G. Tamburrino, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, II ed., UTET, Torino 1981, p. 76 ss.; M. Bessone, *Rapporti etico sociali (art. 29-31)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Roma-Bologna 1976. Sui lavori dell'Assemblea Costituente si vedano *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1971 e la *Ricerca sul diritto di famiglia*, Parte I, *Il diritto di famiglia in Italia*, in *Quaderni di studi e legislazione*, a cura della Camera dei Deputati, Segretariato Generale; C. Grassetti, voce *Famiglia (diritto privato)*, in «Novissimo digesto italiano», vol. VII, UTET, Torino 1968; M. Merla, *Presupposti biologici e regime costituzionale della famiglia*, in *Studi in tema di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1967; C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione*, in *La Costituzione italiana (Saggi)*, CEDAM, Padova 1954; C. Grassetti, *I principi costituzionali relativi al*

Vi è una tensione dialettica, comunemente ravvisata, tra *concezione istituzionale* e *concezione individualistica* della famiglia<sup>27</sup>. Più esattamente la tensione corre tra *plurime concezioni istituzionali complessivamente onniassorbenti*, poiché quella individualistica è a sua volta una concezione istituzionale. Ciò è ben chiaro ai giuspenalisti, dato che già Cesare Beccaria<sup>28</sup> bene aveva criticato la famiglia, non come organismo sociale, ma nel senso della famiglia aristocratica. Al fondo stava la critica politica per cui si doveva rinunciare all'idea di Stato inteso come insieme di famiglie, a favore di uno Stato composto da individui. La società formata da micro-monarchie quali erano le famiglie di allora, assoggettate alla volontà del sovrano-padre, doveva lasciare il posto a una società di uomini, di cittadini liberi. Per lui la famiglia era un ambiente etico nel quale l'individuo doveva collocarsi «in un sentimento spirante libertà e eguaglianza».

La stessa nozione costituzionale di famiglia «naturale», che giocoforza gravita sul costume sociale piuttosto che sull'ineffabile «natura»<sup>29</sup>, non tanto perde di qualsiasi prescrittività<sup>30</sup> quanto assume potenzialità prescrittiva indefinita. In epoche di profonde trasformazioni, i richiami alla tradizione culturale poco assicurano che l'art. 29 cit. non finisca col prestarsi alla (paradossale) lettura nel senso che «la famiglia è una formazione sociale definita dal legislatore»<sup>31</sup>, e altrettanto poco assicurano che il legislatore democratico non opti in favore di elastiche aperture ai variabili modelli che si affermano nel (variegato) costume: la famiglia è una formazione sociale *indefinita* dal legislatore. Tanto più qualora si accogliesse l'opinione secondo cui la «naturalità» in questione è «naturalità costituzionale»<sup>32</sup>.

Per dirla con Horkheimer, che rilevava la crisi dell'hegeliana famiglia cristiano-borghese, la famiglia diventa un problema di pura tecnica di governo; la totalità dialettica di universalità, particolarità e singolarità si rivela una unità di forze divergenti, in cui il momento esplosivo della cultura risalta con più evidenza rispetto

*diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei, A. Levi, vol. I, G. Barbera Editore, Firenze 1950.

<sup>27</sup> Cfr. Padovani, Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 64 e *passim*. Il tema è ben ripreso da S. Preziosi, *La famiglia nella giurisprudenza penale: orientamenti e prospettive*, in *Seminari di diritto di famiglia*, a cura di M. De Tilla, U. Operamolla, Giuffrè, Milano 2005, p. 939 ss.

<sup>28</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene. Con il Commento di Voltaire, e Introduzione* di R. Rampioni, edizione integrale, Newton, Roma 2012, p. 59 ss.

<sup>29</sup> Cfr. M. Saporiti, *Esiste la famiglia naturale?*, Mimesis, Milano 2010.

<sup>30</sup> Come ritiene R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2001, p. 11 ss.

<sup>31</sup> Bin, *La famiglia*, cit., p. 12.

<sup>32</sup> S. Stamatì, *Declinazioni del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, in «Diritto e società», 2003, p. 276.

a quello coesivo<sup>33</sup>. La famiglia cosiddetta auto-poietica<sup>34</sup> preme sul diritto. In una prospettiva (per quanto possibile) scevra da condizionamenti ideologici, il significato che potrebbe attribuirsi al primo comma dell'art. 29 Cost. «è quello di rinviare ... per quanto attiene alla struttura e all'organizzazione della famiglia ... alle valutazioni operanti nell'ambiente sociale»<sup>35</sup>. A vedere bene una valutazione simile è suscettibile di emergere anche da quanto Aldo Moro sosteneva contro le critiche dei parlamentari laici in Assemblea costituente, precisando così la dimensione prescrittiva dell'art. 29: ciò che alla famiglia offre l'art. 29 «non è una definizione, è una determinazione di limiti»; pure Costantino Mortati sostenne che lo scopo è di «circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua [della famiglia] regolamentazione». Si intendeva però garantire l'autonomia della famiglia fondata sul matrimonio, come «formazione sociale intermedia», che non avrebbe potuto essere invasa da interventi autoritari, come quelli messi in atto dai regimi fascisti appena tramontati o da quelli comunisti, volti a soppiantarla a vantaggio di regolamentazioni autoritative di taglio statalista o collettivista e di modelli organizzativi o fini contrastanti con quello di sede del libero e autonomo svolgimento della personalità dei suoi singoli componenti e di tutela dei loro «diritti inviolabili» (art. 2 Cost.)<sup>36</sup>. In buona sostanza, il riconoscimento della famiglia come società naturale avverrebbe in una norma in bianco che rinvia alla concezione della famiglia del tempo in cui l'art. 29 della Costituzione opera<sup>37</sup>. Lo stesso «matrimonio» resta piuttosto correlato al metagiuridico, che non a un rinvio alla legge ordinaria, ma inammissibilmente privo di contenuto, col rischio costante (e ampiamente verificabile) dell'inversione metodologica consistente nell'interpretazione della Costituzione alla luce della legge a questa subordinata. Peraltro occorre bene avvertire del rischio insito in ricostruzioni che finiscano col ravvisare nel binomio famiglia-matrimonio una consuetudinaria unione preposta a fini istituzionali tipici (la «nostra» consuetudine), tra i quali quello della trasmissione della specie (uomo-donna, quindi; e non uomo-uomo o donna-donna) – la «naturalità» della società familiare farebbe tutt'uno col suo riconoscimento consuetudinario, diffuso<sup>38</sup>. E non

<sup>33</sup> M. Horkheimer, *Teoria critica*, Einaudi, Torino 1974, vol. I, p. 350 ss. Sull'impronta hegeliana della disciplina codicistica del '30 vedi Zannotti, *I reati contro la famiglia*, cit., p. 180 ss.; S. Preziosi, *La famiglia nella giurisprudenza penale: orientamenti e prospettive*, in M. De Tilla, U. Operamolla, *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 2005, p. 939 ss.

<sup>34</sup> Espressione introdotta da E.C. Banfield, *Una comunità nel Mezzogiorno*, traduzione italiana, Il Mulino, Bologna 1961; Id., *Le basi morali di una società arretrata*, Il Mulino, Bologna 1976. V. inoltre, per tutti, P. Donati, *L'emergere della famiglia auto-poietica*, in *Primo rapporto sulla famiglia in Italia*, Edizioni Paoline, Milano 1989, p. 30 ss.

<sup>35</sup> M. Bessone, *La famiglia «società naturale», matrimonio civile e questioni di legittimità del divorzio*. In margine ai problemi di interpretazione dell'art. 29 co. 1 Cost., in *Temi*, 1975, p. 284 ss.

<sup>36</sup> S. Rossi, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, s.d., paper in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>37</sup> T. Mancini, *Eguaglianza tra i coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in «Rivista di diritto civile», 1963, I, p. 223 ss.

<sup>38</sup> A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, s.d., paper di [www.forumcosti-](http://www.forumcosti-)

solo perché a tacer d'altro tecniche artificiali di trasmissione della specie rimettono in discussione l'esclusività matrimoniale del (preteso) fine istituzionale, e finiscono per consentire paternità alla donna e maternità all'uomo – conformemente, del resto, alla dualità maschio-femmina dell'essere umano, di cui si dirà anche in seguito –, ma soprattutto perché: in primo luogo, ne discenderebbe un vuoto in mancanza di «nostra», riconoscibile consuetudine sociale, come potrebbe sostenersi già per l'attualità ed è comunque prevedibile per il futuro; e in secondo luogo ne verrebbe che la consuetudine sociale nostrana finirebbe per costituire ostacolo giuridico alla formazione di consuetudine diversa, contraddicendo la presupposta apertura giuridica alla fonte «naturale».

L'ambito penalistico, dal canto suo, riflette un'ampia discrezionalità legislativa nella conformazione dei tipi di formazione familiare, ciò che risale alla tradizione penal-codicistica perfino precostituzionale, la quale non ha avvinto la famiglia esclusivamente al dato matrimoniale. Trova, quindi, sempre più serie difficoltà di verifica sia sul piano costituzionale che sul piano codicistico la tralatticia ipotesi interpretativa secondo cui la nozione penalistica di famiglia, costituzionalmente orientata, muoverebbe *di principio* dalla componente coniugal-matrimoniale<sup>39</sup>, nonostante per ora la stessa Corte costituzionale tenda a mantenersi ancorata a concezioni foriere di un certo privilegio per tale componente.

– l'esaltazione che la menzionata tensione dialettica subisce a causa sia dell'incessante *evoluzione*, notevolmente pluralistica, delle *concezioni culturali* intorno e alla famiglia e all'individuo umano, sia delle sollecitazioni che il cosiddetto progresso tecnico-scientifico reca incrementando le potenzialità di *dominio dell'uomo sull'uomo*, per tale intendendosi anche – volendo – il *dominio della famiglia sull'uomo e dell'uomo sulla famiglia*, inclusa in ogni caso la disposizione creativa riguardo all'essere umano;

– la *pluralità di episodici interventi normativi* penalistici stratificatasi dal 1930 a oggi senza la mediazione di una riconsiderazione legislativa unitaria, con conseguente frustrazione dell'esigenza di coerente coordinamento sistematico<sup>40</sup>;

– la *disarmonia* rispetto alla concorrente e allo stesso modo insoddisfatta esigenza di coordinamento con gli altri settori giuridici, specie col diritto civile. Tali settori per parte loro sono stati investiti da più o meno radicali ed estese riforme – peraltro, è seriamente dubitabile che riescano davvero ad esprimere quadri interni coerenti. Del resto, una radicale disarmonia risale già all'impianto originario del codice penale e non necessariamente poggia su premesse da valutare negativamente in integro, per quel che oggi esse sono in grado di esprimere, cioè, in sintesi anticipatoria, una pur relativa capacità di adattamento alle istanze del costume;

*tuzionale.it.*

<sup>39</sup> Per tutti, Manzini, *Trattato*, cit., vol. VII, p. 727 ss.

<sup>40</sup> Scordamaglia, *Prospettive*, cit., p. 384; Contento, *Riforma*, cit., p. 167; A. Manna, *Le caratteristiche generali della tutela penale della famiglia*, cit., p. 147 ss.

– l'*enfasi interpretativa*, a tratti parossistica, che scaturisce da tutto quanto finora rilevato. Tale enfasi è sorretta soprattutto dal fine di aggiornare correttivamente una disciplina penale che in complesso è antiquata.

### 1.1. Sintesi sul pluriverso oggetto familiare nel codice penale

Tutto ciò si riflette nell'opera definitoria che in ambito giuspenalistico è tradizionalmente correlata a un risalente problema di fondo nella difesa della famiglia, quello di individuare l'obiettivo di tutela secondo le esigenze della materia penale fin dal momento dell'incriminazione (e non solo in questo, come si dirà).

Dovrebbero quindi venire in considerazione valori/beni/interessi (d'ora in poi: beni giuridici) che facciano capo alla famiglia<sup>41</sup>, o comunque beni giuridici che, pur facendo capo a persona fisica, si caratterizzino in quanto esprimano una *relazione familiare*, ossia implicino la «familiarità»<sup>42</sup>, quindi appunto richiedano nondimeno che, prima, sia fissata la nozione di famiglia, rilevante in ambito giuspenale.

Non sorprende, quindi, che l'anzidetta pluriversa realtà, nel momento in cui si riflette in una legislazione (anche penale) che di certo non è in grado di imporre precisi processi selettivi riguardo a un'entità, la famiglia, complessa e al contempo indefinita, risulti vaga, indeterminata. Da tempo inoltre si rileva, anche riguardo al modello social-familiare di stampo tradizionale-matrimoniale, che alla regolamentazione penale dell'odierna società complessa sfugge il dominio sulla patologia più allarmante relativa alla famiglia, la violenza e l'abuso intradomestici<sup>43</sup>. Recenti e ricorrenti vicende di parricidio e/o matricidio, omicidio di parenti stretti, omicidio di amici/partner conviventi, e di cosiddetto femminicidio<sup>44</sup>, da parte spesso di giovani e financo minori, ripropongono anche di fronte all'opinione pubblica spinosi interrogativi riconducibili al problema penale e al suo drammatico connubio con la questione familiare, in situazioni in cui si sperimenta la «morte» della famiglia in uno con la morte materiale e spirituale dell'uomo, oltreché di Dio<sup>45</sup>. Non sono mancati negli ultimi anni interventi legislativi, sempre di tono emergenziale, rivolti a perseguire i sempre più frequenti episodi di violenza nelle relazioni familiari: si pensi per esempio all'introduzione dei cosiddetti «ordini di protezione contro gli abusi familiari» nel 2001 (l. 4 aprile 2001, n. 154 e succ. modd.) e al nuovo reato di atti persecutori

<sup>41</sup> A. Santoro, *Manuale di diritto penale*, vol. IV, UTET, Torino 1966, p. 2 ss.

<sup>42</sup> F. Paterniti, *La famiglia nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1970, p. 141 ss.

<sup>43</sup> S. Larizza, *Contenuti e limiti della tutela penale della famiglia*, in «Minori & Giustizia», n. 3, 2009, p. 43; A. Giunti, *Famiglia e delitti contro la persona. Profili introduttivi*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 803; B. Romano, *L'abuso sessuale infrafamiliare*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, ESI, Napoli 2010, p. 777; Scordamaglia, *Prospettive*, cit., p. 367; M. Correr, P. Martucci, *La violenza in famiglia*, Il Mulino, Bologna 1988.

<sup>44</sup> Se ne tratterà più diffusamente nel prosieguo.

<sup>45</sup> Cfr. D. Cooper, *La morte della famiglia* (1971), tr. it., Einaudi, Torino 1972, p. 11 e *passim*.

(cosiddetto *stalking*) inserito all'art. 612 *bis* del codice penale nel 2009 (l. 23 aprile 2009, n. 38).

In ambito sociologico, anche quando pur non si constata la «morte» della famiglia, risulta tuttavia una specie di apparente svuotamento o vanificazione della famiglia<sup>46</sup>: tutti la cercano, perfino chi l'ha combattuta in passato, come le ideologie socialiste, ma ben pochi la trovano. Si evidenzia una crescente paradossalità della società verso la famiglia. La schizofrenia verso la famiglia è stata tipica di quella modernità che ha esaltato la soggettività del privato borghese per poi eroderlo dall'interno e ritrovarsi senza più alcun soggetto, né familiare né individuale.

Le contraddizioni della società verso la famiglia [matrimoniale; parentale] hanno certamente radici molto lontane. A tali contraddizioni non sono certamente estranee le ambivalenze che da sempre sono insite nella stessa famiglia. Oggi, tuttavia, le contraddizioni giungono ai loro esiti più radicali. Dopo essere rimaste a lungo latenti, si manifestano nell'implosione della vita familiare e del tessuto sociale. La crisi odierna della modernità può essere letta come il prodotto di quella profondissima ambivalenza che la società del Novecento ha avuto verso la famiglia: da un lato l'ha esaltata come luogo degli affetti privati, cellula del mercato e del consenso politico, dall'altro l'ha combattuta come sfera caratterizzata da legami forti e stabili. Lo svolgersi di questa ambivalenza è ciò che, ancor oggi, caratterizza il *puzzle* della famiglia e delle politiche familiari. Il compromesso fra democrazia politica e mercato capitalistico, nonostante le buone intenzioni di solidarietà ed equità sociale, ha indebolito e per certi versi dissolto la famiglia. Il *welfare state* si accorge oggi che, senza la famiglia, non può più reggersi in piedi. Gli esiti sono quelli di una situazione paradossale in cui, alla perdita di specificità del referente («che cosa è famiglia») e alla perdita dei criteri distintivi della politica familiare, corrisponde la necessità di fare appello alla famiglia per non rendere vane, sterili e perverse le politiche sociali.

Quanto al bene giuridico, si è ormai ben oltre taluni profili di indeterminazione pur molto importanti ai fini penalistici, che sono storicamente radicati nell'avvertimento proveniente dalla risalente tradizione dottrinale di ispirazione anche germanica, la quale ha incluso i delitti contro la famiglia tra i delitti cosiddetti vaghi o ad *oggetto giuridico indeterminato*<sup>47</sup>. Questa concezione non è stata superata dal codice del '30, che alla famiglia dedica un apposito Titolo di parte speciale (artt. 556-574 c.p.). I codificatori hanno mirato ad affermare per la famiglia solo un relativo primato di un modello istituzionale, modello però non esclusivo e comunque piuttosto indefinito e non propriamente incompatibile col modello «indeterminato» (per così dire). Detto primato spetta alla famiglia «*legittima*», *patriarcale*, intesa come colletti-

<sup>46</sup> P. Donati, *La famiglia come soggetto sociale*, in [www.istitutogp2.it/public/La%20famiglia%20co-me%20oggetto%20sociale.pdf](http://www.istitutogp2.it/public/La%20famiglia%20co-me%20oggetto%20sociale.pdf), anche per quanto segue nel testo.

<sup>47</sup> Per un quadro critico v. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, cit., p. 119; Paterniti, *La famiglia nel diritto penale*, cit., p. 37. Più di recente, Scordamaglia, *Prospettive*, cit., p. 369. Un affresco da ultimo in G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino 2014.

vità organizzata priva di personalità giuridica ma dotata di un'individualità propria di ordine pubblicistico<sup>48</sup>. Qui l'originaria concezione codicistica muove dall'importanza positiva della famiglia intesa, di fondo, aristotelicamente come istituzione naturale<sup>49</sup>, fuori dalla concezione comunistica platonica nonché dal convenzionalismo politico di sofistica memoria, e tanto più dal cinico anarchismo: nell'aristotelica società civile intesa come unità di elementi differenziati, coordinati secondo il principio della reciproca compensazione, e il cui fine è condurre i cittadini ad una vita felice e virtuosa, la famiglia è parte imprescindibile avente il semplice fine di far esistere gli individui. Perfetta è la famiglia composta di schiavi e di liberi; e l'economia domestica comprende: rapporti tra il padrone e lo schiavo; rapporti tra il marito e la moglie; rapporti tra il padre e i figli. Di qui, rispettivamente: l'autorità signorile; l'autorità coniugale; l'autorità paterna. Si sovrappone selettivamente altro sfondo, etico-religioso, quello del cristianesimo, all'epoca del Codice imperante nella società italiana, che eleva il matrimonio alla dignità di sacramento e sia con Sant'Agostino che con San Tommaso mostra quanto di sociale e di religioso vi sia nel matrimonio correlando pace domestica e pace della città<sup>50</sup>.

Tuttavia gli stessi compilatori non hanno trascurato modelli diversi, come, tra l'altro, anzitutto quello parentale fondato non solo sul vincolo cosiddetto di sangue, compreso quello «illegittimo» (naturale)<sup>51</sup>, ma anche sull'affinità; e poi hanno impiegato perfino modelli normativi legati a rapporti di cura, educazione, vigilanza, custodia e altro (art. 572 c.p.). La famiglia di età romana si è prolungata in quest'ultimo versante.

Certo, dopo l'avvento della Costituzione (in particolare artt. 2, 29, 30, 31, 36, 37), vi è stato il tentativo di contestare sia la classificazione in termini di vaghezza del bene sia quella in termini esclusivamente pubblicistici, sostenendo, come pure si è accennato, che la famiglia è una realtà naturale, un aggregato fondamentale in cui l'uomo esprime la sua personalità e integra la sua capacità<sup>52</sup>. Ciò riduce per certi versi l'indeterminatezza acquisendo nell'obiettivo di tutela il singolo individuo umano e sospingendo in buona sostanza la famiglia verso una caratterizzazione in termini di strumentalità sia pur necessaria. Non si tratta allora più di delitti vaghi, tali nel senso

<sup>48</sup> V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da P. Nuvolone e G.D. Pisapia, a cura di G.D. Pisapia, vol. VII, UTET, Torino 1984<sup>5</sup>, p. 728. V., inoltre, G. Pecorella, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XVI, Giuffrè, Milano 1967, p. 806 ss., secondo il quale la famiglia-istituzione è l'oggetto giuridico di categoria, mentre soggetto passivo è lo Stato.

<sup>49</sup> Vedila tratteggiata da A. Ciotti, *Famiglia*, in «Enciclopedia filosofica», vol. II, Sansoni, Firenze 1957, p. 259, cui si rinvia anche per le prossime considerazioni contenute nel testo.

<sup>50</sup> *De bono coniugali, passim; De civitate Dei*, XIX, p. 17; *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a.3, ad 3.

<sup>51</sup> Il principio di eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali ha trovato piena applicazione solo con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 recante «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*» e successivamente con il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 concernente la «*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*».

<sup>52</sup> Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, cit., p. 229 ss.

che l'offesa non è di principio individuabile presso un soggetto di diritti all'interno di una entità consistente in una collettività non personificata (soggetto passivo indeterminato)<sup>53</sup>. In questa prospettiva, tra le conseguenze più rilevanti merita segnalare la possibile apertura o comunque la questione sulla disponibilità del bene giuridico inteso come individuale e privo di riflessi pubblicistici, rilevante in tema di consenso scriminante (art. 50 c.p.)<sup>54</sup>.

L'indeterminatezza residua peraltro, intatta, riguardo allo strumento, quindi al contenuto della relazione uomo-famiglia, il significato di «famiglia» permanendo così ancora assai problematico. Invero, tale relazione nondimeno mantiene il ruolo perfino di dato tipico, come per esempio in tema di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), il che basterebbe a imporre di valorizzarla. Si aggiunga che talvolta, interpretativamente, la famiglia è ritenuta priva di senso rispetto ai termini dell'offesa, e talaltra trova posto piuttosto nella *ratio* di tutela che non nell'oggetto immediatamente tutelato<sup>55</sup>. Tuttavia, queste conclusioni interpretative nella prassi si riscontrano correttamente condotte solo fuori dall'ambito dei delitti contro la famiglia, mentre in quest'ambito l'individuo umano può trovare in congrui casi una *relativa* valorizzazione (soggetto passivo). La trova *in quanto titolare del rapporto familiare* che di volta in volta si intende tutelato<sup>56</sup>, cioè (però) come *membro della famiglia, uti socius*, quindi senza che si possano raggiungere soluzioni individualistiche<sup>57</sup>, e senza che sia escluso che la tutela investa invece o inoltre beni non individuali e scarsamente afferrabili come la *morale familiare* o l'*ordine familiare*<sup>58</sup>, o beni comunque difficil-

<sup>53</sup> V., anche per più ampi svolgimenti di ordine processuale, per tutti, A. De Vita, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Jovene, Napoli 1999, p. 139 e *passim*.

<sup>54</sup> Per tutti, A. Cadoppi, *Introduzione*, in *I reati contro la famiglia*, a cura di A. Cadoppi, nel Trattato diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, UTET, Torino 2006, p. 16; Zannotti, *I reati contro la famiglia*, cit., p. 219.

<sup>55</sup> Cfr. A. Molari, *La tutela penale della condanna civile*, CEDAM, Padova 1960, p. 181, sulla necessità di individualizzare l'oggetto della tutela nei reati contro la famiglia, ossia discendere dal piano dello scopo a quello del bene protetto; in senso conforme F. Bricola, voce *Delitti contro lo stato di famiglia*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XII, Giuffrè, Milano 1964, p. 53 ss.

<sup>56</sup> A. Pezzi, voce *Famiglia. VI Delitti contro la famiglia*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XVI, Edizioni enciclopediche italiane, Roma 1989, p. 3. Cfr., per esempio, Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007, in «Cassazione penale», 2008, p. 2751, con nota di S. Beltrani, *Omessa prestazione dei mezzi di sussistenza in danno di più familiari conviventi: non unità ma pluralità di reati*. Meno di recente, riguardo alla bigamia (primo coniuge, oppure persona ingannata), Cass., sez. II, 11 ottobre 1967, in «Cassazione penale – Massimario annotato», 1968, p. 244; Cass., 19 febbraio 1965, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1965, p. 1030, con nota di G. Zagrebelsky; Cass., sez. II, 25 marzo 1965, n. 275; Cass., sez. VI, 31 dicembre 1969, n. 113576; Cass., sez. VI, 19 dicembre 1990, n. 186016.

<sup>57</sup> G.D. Pisapia, G. Pisapia, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. V, UTET, Torino 1991, p. 120 ss.

<sup>58</sup> L. Pistorelli, *Delitti contro la morale familiare*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 415; A. Carmona, voce *Morale familiare (delitti contro la)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXVII, Giuffrè, Milano 1977, p. 29 ss.; G. Contento, voce *Morale familiare (delitti contro la)*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XX, Edizioni enciclopediche italiane, Roma 1990, p. 1 ss.

mente riducibili alla sfera individuale e altrettanto pregni di inagevole afferrabilità, come lo «*stato di famiglia*»<sup>59</sup>.

Del resto, pur se è superabile l'indubbio carattere «finale» che il bene-famiglia assumeva nell'impostazione originaria<sup>60</sup>, difficilmente si sfugge quanto meno dall'individuazione nella famiglia di un *bene strumentale* (non finale<sup>61</sup>), il che avviene anche quando la si pensi come *entità trascendente*, in veste di *società intermedia*<sup>62</sup>, oppure qualora la si intenda come «il contenitore» di diritti fondamentali dell'individuo<sup>63</sup>.

Resta quindi aperta quanto meno la questione dell'ambito entro il quale un rapporto interpersonale possa qualificarsi come familiare<sup>64</sup>, anche quando si giunga a ritenere che, più che un oggetto di tutela, ci sia un «contesto» da definire, quel contesto in cui trovano una risposta penale problemi di variegata natura (concernenti e riconducibili alla tutela dei diritti delle persone<sup>65</sup>).

È ormai acquisita in letteratura la consapevolezza che la difficoltà definitoria in esame si acuisce in una situazione in cui perdono stabilità e forza di coesione i modelli di famiglia tradizionali-istituzionali, specie quello costituito su base matrimoniale dal binomio marito-moglie (uomo maschio-donna femmina), che in potenza già rappresenta il (suo) cosiddetto «naturale» sviluppo nell'altrettanto naturale trinomio padre-madre-figli, e a quanto pare è concepito come *cellula primordiale di concretizzazione della socialità (appartenenza)*<sup>66</sup>, almeno nella prospettiva dell'evoluzione riscontrabile in complesso nel costume sociale europeo-occidentale, che pare corrispondere a quanto è recepito dall'articolo 16, comma 3 della Dichiarazione

<sup>59</sup> Cfr., per le varie prospettive, E. Palermo Fabris, *Delitti contro lo stato di famiglia*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 455 ss.; Bricola, voce *Delitti contro lo stato di famiglia*, cit., p. 56; G. Spagnolo, voce *Stato di famiglia (delitti contro lo)*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XXX, Edizioni enciclopediche italiane, Roma 1993, p. 1 ss.; F. Stella, *L'alterazione di stato mediante falsità*, Giuffrè, Milano 1967; G. Schiavano, *La tutela penale dello stato di filiazione*, CEDAM, Padova 1971.

<sup>60</sup> Carattere ben illustrato di recente da Manna, *Caratteristiche*, cit., p. 147.

<sup>61</sup> Su questa distinzione v., per tutti, A. Fiorella, voce *Reato. I - Reato in generale: a) Diritto penale*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XLIII, Giuffrè, Milano 1990, p. 708 ss.

<sup>62</sup> V., per tutti, Cadoppi, *Introduzione*, cit., p. 2 ss.; Delogu, in *Commentario*, cit., p. 505 ss., secondo il quale, con riguardo all'art. 570, n. 2, e all'art. 570, co. 1, la società intermedia (entità trascendente) è rispettivamente il gruppo familiare e la famiglia nucleare (in atto: p. 506), e le condotte contemplate pregiudicano rispettivamente la funzionalità ed efficienza dell'assistenza nei confronti degli appartenenti, e l'efficienza nella formazione e affermazione della personalità dei componenti (p. 505).

<sup>63</sup> M. Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2008, p. 576 ss. («...e in quanto tale merita protezione, anche penale, nei termini e nei limiti in cui essa si configura come proiezione personalistica dei suoi membri»).

<sup>64</sup> V. Zagrebelsky, *Delitti contro la famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. V, UTET, Torino 1996<sup>2</sup>, p. 455 ss.

<sup>65</sup> D. Pulitanò, *Premessa*, in *Diritto penale. Parte speciale, vol. I, Tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Giappichelli, Torino 2014<sup>2</sup>, p. 5 ss. V. anche, nello stesso volume, M. Del Tufo, *Delitti contro la famiglia*, p. 425 ss.

<sup>66</sup> Cfr. R. Zannotti, *I reati contro la famiglia*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del codice penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, Torino 2012, p. 117, il quale riconduce la famiglia, intesa come cellula originaria della società, alle formazioni sociali intermedie di cui all'art. 2 Cost.

Universale dei Diritti dell'Uomo, secondo cui la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto a essere protetta dalla società e dallo Stato.

Tali modelli convivono e quindi lasciano posto a fenomeni disaggreganti o ad altre forme di aggregazione, a «variazioni sociali» che taluno ritiene (più intensi) fattori di criminalità così importanti da influenzare gli indirizzi anche generali di politica criminale<sup>67</sup>. Merita incidentalmente notare che storicamente, dopo Aristotele, una volta dissolta la *polis*, anche l'istituto familiare perde del suo valore. In Epicuro, l'uomo saggio è alieno dalla famiglia, nonché dallo Stato («vivi nascostamente»): dalla famiglia, per la difficoltà di intendersi con il coniuge e per i fastidi correlati all'educazione dei figli; dallo Stato per l'agitazione suscitata dalla vita politica. Piuttosto, l'epicureo cerca l'amicizia degli uomini, amicizia che sorge prima per l'utile reciproco e poi può finire nell'amore disinteressato dell'amico per l'amico. Oggi, è segnale di analoga evoluzione la rilevanza che in taluni orientamenti anche giurisprudenziali, e ripresi a livello legislativo, si attribuisce all'affetto o alla mera convivenza – su cui si tornerà nel proseguo.

Ma oggi, inoltre, già sotto l'angolo visuale della politica criminale si pone la questione di inquadrare le varie nozioni di famiglia e di ridurle in termini di *valore* o in termini di *disvalore*<sup>68</sup>, apprezzandone le potenzialità significanti (o no) ai fini dell'*an* ed eventualmente del *quid*, *quomodo* e *quando* della pena, a confronto con le indicazioni giuridiche costituzionali e secondo il portato delle riflessioni politico-criminali e criminologiche<sup>69</sup>. E su queste esigenze, rese già alquanto problematiche dall'incertezza del quadro familiare fattuale, si innestano le ancora più chiare incertezze insistenti sullo strumento penale. Per dirla in breve, finisce che le scelte legislative e interpretative risultano frammentarie, contraddittorie, comunque equivoche, atteso che la pena è al contempo strumento di tutela e, per il suo contenuto aspramente afflittivo, grave «lesione», per così dire, di interessi individuali e sociali (arma a doppio taglio), famiglia compresa, mentre la stessa pena si propone in una inestricabile dimensione di *polifunzionalità* laddove tendono ad affollarsi, senza prestabiliti rapporti di prevalenza, prevenzione generale, prevenzione speciale, retribuzione e altre funzioni<sup>70</sup>, in astratta ma incoerente coesistenza.

<sup>67</sup> H.H. Jescheck, *La crisi della politica criminale*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli 1981, p. 118. Per un primo approccio alla considerazione della famiglia sotto i molteplici profili di connessione tra criminologia e diritto penale v. G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2000, p. 281 ss.

<sup>68</sup> Quanto alla famiglia come produttore di disvalore, basti qui per esempio accennare al tema della pedofilia familiare (v. le osservazioni di P. Pittaro, *Pedofilia e violenze sui minori: una nuova emergenza?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2000, p. 1161).

<sup>69</sup> A.R. Latagliata, *Criminologia e politica criminale*, in «Archivio penale», 1982, p. 245.

<sup>70</sup> Per un primo quadro v. F. Giunta, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in «Politica del diritto», 2000, p. 265; M. Ronco, *Retribuzione e prevenzione generale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Giuffrè, Milano 2000, p. 481; G. Zuccalà, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo*

Tra queste ultime funzioni spicca oggi, rappresentando un'instirpata peculiarità riconoscibile alla stessa norma giuridica (anche) penale, prima ancora che alla pena, la *funzione simbolica*: previsione di pena quale strumento di mera affermazione di un valore/disvalore. Questa funzione, che è spesso l'unica dotata di effettività, e si salda però all'altrettanto instirpabile concezione retributiva della pena, ma anche alla funzione promozionale, emerge con grande intensità riguardo a temi connessi all'ambito familiare, anche se in questo stesso ambito denuncia a sua volta una profonda crisi, come si dirà.

### 1.2. Rilevanza di principi penali costituzionali e indirizzi di metodo interpretativo

Per le ragioni sopra cennate, un'intensa problematicità accompagna l'assunzione della famiglia, comunque concepita, negli scopi e nei limiti cui lo strumento penale e la relativa disciplina sostanziale e processuale sono anche costituzionalmente ancorati (in particolare artt. 13, 25-27, 101, 111 Cost.).

In sintesi, è ravvisabile un conflitto tra due anime del diritto penale, esasperato dalla mutevolezza dell'oggetto familiare.

La prima anima è costituita essenzialmente dalle prescritte modalità di manifestazione del diritto penale (diritto penale come *magna charta* del reo), che, a rigor di tradizione, sono intensamente permeate, tra l'altro, dall'istanza di stretta *legalità-determinatezza* (art. 25 Cost.) la quale pretenderebbe un'accurata descrizione legislativa delle realtà di fatto e/o di diritto normativamente considerate, quale che sia il loro ruolo rispetto alle fattispecie astratte – famiglia e rapporti familiari se del caso compresi. Si tratta di istanza rivolta in funzione sia di *certezza* che di *garanzia*, nonché di *eguaglianza*, rispetto al concreto dispiegarsi o ritrarsi dei contenuti spiccatamente afflittivi assegnati alle sanzioni, secondo il darsi dei vari scopi che variamente conformano il giure penale, con le correlate, menzionate funzioni della pena.

Inoltre, il principio di *personalità della responsabilità penale* (art. 27, co. 1, Cost.), che esalta il corollario di *colpevolezza*, pretende che i beni-interessi giuridici penalmente tutelati e i correlati comportamenti offensivi siano altamente «comprensibili», afferrabili da parte di ciascun consociato, e quindi che non si tratti di realtà storicamente «morte» oppure emergenti da riflessioni scaturite tra ristrette cerchie di addetti ai lavori o peggio dal giudice del momento, e tanto più qualora si profilino non già beni/interessi esistenti bensì futuri obbiettivi concepiti in funzione esclusivamente promozionale cioè in vista di auspicati mutamenti sociali o individuali che però al

presente sono inesigibili in concreto. Il tema familiare si presta molto a operazioni arbitrarie del genere.

Nella stessa direzione del principio di personalità opera il principio di *proporzionalità* (tra fatto lesivo e pena), che deriva dall'istanza di *ragionevolezza* connaturata al diritto (opportunità razionale empirica), la quale è parte integrante dello spirito costituzionale ed esprime da sé (anche) il principio di *concreta offensività* del fatto costituente reato<sup>71</sup>. L'offensività ha trovato ancoraggio costituzionale, tra l'altro, anche con riguardo al delitto di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.). La corte costituzionale<sup>72</sup>, tenuto conto del progressivo accrescersi dell'autonomia e del peso della volontà del minore, a seguito della riforma dell'art. 147 c.c. operata nel '75, con conseguente incremento dei limiti al potere discrezionale dei genitori<sup>73</sup>, ha rilevato che il giudice di merito è legittimato «*ad adottare, caso per caso, sul piano strettamente interpretativo, soluzioni diverse, a seconda che la potestà parentale, esercitata ormai al limite del raggiungimento della maggiore età, si dimostri incompatibile con "le capacità, l'inclinazione naturale e le aspirazioni dei figli", specie in relazione a quanto a posteriori fosse rimasto dimostrato dagli accadimenti successivi al raggiungimento della maggiore età. Segnatamente, una volta che (...) il bene giuridico è diventato pregnante, a seguito della riforma, dell'interesse minorile, il giudice di merito ben potrà valutare, volta per volta, se in relazione alla capacità che il minore aveva acquisito e alle aspirazioni nutrite (specie se i fatti successivi ne hanno dimostrato il buon fondamento), il fatto commesso fosse o non fosse "offensivo" del bene giuridico tutelato, nell'area del principio di cui all'art. 49, comma 2°, c.p.*»<sup>74</sup>.

Proporzionalità, ragionevolezza e offensività racchiudono l'esigenza di limitare l'intervento penale impiegandolo solo come *extrema ratio*, cioè a condizione che siano state esperite tutte le altre concepibili e praticabili vie di tutela non penale, la pena essendo inadeguata, specie in relazione all'ambito familiare che essa coinvolga, come più avanti si dirà.

La seconda anima è costituita dal *principio di difesa sociale*, dagli stessi *scopi di tutela preventiva* – diritto penale come strumento di protezione dei più importanti beni giuridici –, che premono per la loro realizzazione nel dato testuale, soprattutto

<sup>71</sup> V., volendo, S. Riondato, *Un diritto penale detto «ragionevole». Raccontando Giuseppe Bettiol*, CEDAM, Padova 2005, *passim*. In giurisprudenza, per tutte, Corte cost., 19 marzo 1986, n. 62, in «Giurisprudenza costituzionale», vol. I, 1986, p. 408 ss.; Corte cost., 13 luglio 1995, *ivi*, vol. II, 1995, p. 2668 ss.

<sup>72</sup> Corte cost., 6 ottobre 1988, n. 957, in «Cassazione penale», 1989, p. 186, con nota di F. Sorrentino. Il caso concreto riguardava una diciassettenne che aveva intrattenuto una relazione con un giovane laureato, relazione seguita da matrimonio dopo il raggiungimento della maggiore età.

<sup>73</sup> Sul punto v. anche le considerazioni di M. Meneghello, *Sottrazione di minorenni e sottrazione di incapaci*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 661 ss.

<sup>74</sup> Cfr. per una applicazione con conclusioni affermative in punto di offensività, Pret. Rovereto, 19 maggio 1999, in «Diritto di famiglia e delle persone», 2000, p. 210, con nota critica di Bart. Romano. Riguardo a ulteriori profili di rilevanza penalistica della volontà dei cosiddetti «grandi minori» v. E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, CEDAM, Padova 2000, p. 235 ss.

quando i beni-interessi rilevanti hanno un alto grado di consenso, consenso sociale o almeno da parte dei tecnocrati, e tanto più in considerazione del conferimento al bene-interesse famiglia, in tutte le sue predette estensioni, di un *primario rilievo costituzionale*. In materia familiare, tali scopi, per quanto consta, o riescono a riempirsi di variabili contenuti intesi, in via prevalentemente interpretativa, come corrispondenti ad altrettanto variabili valori familiari, o si propongono come obiettivi da perseguire in ambienti variamente concepiti come familiari.

Inoltre, il principio di difesa sorregge la previsione di altre misure diverse dalla pena, aventi regime connotato da minor certezza e minor garanzia, ma tradizionalmente ascritte all'ambito penalistico (in senso lato), come le misure di prevenzione, che di recente hanno assunto un importante ruolo in ambito familiare, sul quale ci soffermeremo più avanti per taluni profili. Un doveroso *excursus* riguardo all'ambito normativo ascrivibile al diritto penale della famiglia sul versante della pena, della misura di prevenzione e dei reati contro la famiglia consentirà tra poco di far immediatamente emergere, in uno con l'estensione del tema familiare nella dimensione penalistica in esame, ulteriori dati che suscitano il problema legato alla plurivocità del termine famiglia e di quelli ad esso connessi.

Intanto preme notare, venendo a questioni più immediatamente concernenti il metodo interpretativo, che non desta di per sé perplessità la circostanza che l'espressione famiglia e quelle correlate assumano portata diversa nelle varie formulazioni normative, qualora ciò trovi buon fondamento o nei diversi scopi che di volta in volta ispirino il legislatore, oppure anche solo nella frammentarietà connaturata al diritto penale tramite l'istanza strettamente legalitaria che dovrebbe ostacolare garantisticamente l'operatività della pena precludendo ricostruzioni unitarie per via analogica (cioè dovrebbe in particolare frustrare l'impeto dell'argomento sistematico). Il principio di frammentarietà suggerirebbe da sé all'interprete un margine di tolleranza molto più esteso che in altri settori rispetto a eventuali discrasie di disciplina.

Tuttavia, dovrebbero valere sempre i limiti di una complessiva, ragionevole coerenza, cioè una conciliabilità di massima che allo stato non è dato di riscontrare se non sotto l'egida dell'indeterminatezza, perché tali espressioni sono idonee a recepire una o l'altra di più accezioni che storicamente si affermino in un processo di continua evoluzione cui non sfuggono neppure le cennate ipotesi di nuove concezioni proponenti oggi all'attenzione degli operatori del diritto. Perciò, come si è anticipato in apertura, a questi ultimi sono in buona sostanza rinviate scelte essenziali che, quindi, come dimostra pure la storia del diritto penale familiare, risultano fortemente permeate da decisive inclinazioni ideologiche personali – in altri termini, si aprono ampi spazi di intervento, intensamente «libero», del giudice penale nei conflitti familiari<sup>75</sup>.

<sup>75</sup> Per una ricognizione critica, in tema di «*Stato e famiglia nelle politiche del diritto penale*», v. E. Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Il Mulino, Bologna 1981, p. 83 ss.

Inoltre, un notevole contributo in tal senso proviene dall'ormai radicato affrancamento della lettura penalistica rispetto al *condizionamento civilistico e giuridico-extrapenale in genere*, con riguardo alla parte precettiva – per la parte sanzionatoria tale condizionamento non ha mai trovato ragione. Comunemente ci si schiera contro una concezione meramente sanzionatoria e a favore di una concezione relativamente autonomistica del diritto penale, sia pur da verificare con riferimento alle singole fattispecie<sup>76</sup>, e fermo restando che l'esigenza di coerenza sottende una co-disciplinarietà che da sé dà esca alla creatività giudiziale<sup>77</sup>. Insomma, soluzioni generalizzanti «a senso unico» sono da escludere per principio metodologico, il che dovrebbe concernere anche il diritto penale della famiglia<sup>78</sup>, il cui oggetto di tutela non sono i rapporti e gli *status* civilistici, ma gli interessi intesi (semmai) nella relazione di un soggetto legato ad un altro da uno di quei rapporti<sup>79</sup>. Peraltro, lo sviluppo dell'interpretazione penalistica in materia familiare si è determinato all'insegna di un esasperato metodo casistico opportunistico, senza concessioni a esigenze sistematiche in punto di ricostruzione del valore penalistico assegnabile ai rapporti disciplinati in sede extrapenale. Semmai emergono stretti contatti con la sociologia anche giuridica<sup>80</sup>. Verso questo atteggiamento indirizza, e in parte legittima, come si illustrerà, un impianto codicistico penale che per certi versi fin dalle origini è (era) ben più collegabile alla realtà sociale e anche aperto (apribile) ai relativi mutamenti, che non la restante legislazione, poiché contiene formule talmente elastiche da risultare idonee a recepire contenuti diversi da quelli concepiti in origine<sup>81</sup>.

Sotto tutti questi profili pare inadeguata l'idea<sup>82</sup> che l'interpretazione del diritto penale della famiglia debba procedere sulla base (pur solo) di una presunzione *juris tantum* di armonia fra norme penali e norme civili; mentre resta tutta da dimostrare e comunque sarebbe casuale l'esistenza di soluzioni penalistiche indicative di una maggior sensibilità del giure penale ai valori di certezza e giustizia, valori che semmai riguardano il dover essere di tale diritto. D'altro canto, la menzionata plurivocità costituzionale frustra da sola la pretesa, tra le altre, di condurre agevolmente in materia di famiglia l'interpretazione delle norme penali, compresa quella evolutiva, al riparo

<sup>76</sup> F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Università di Perugia, Perugia 1979, p. 234 ss.

<sup>77</sup> R. Borsari, *Diritto penale, creatività e codisciplinarietà*, Padova University Press, Padova 2013, *passim*.

<sup>78</sup> Delogu, in *Commentario*, cit., p. 4 ss. V., inoltre, contro la concezione sanzionatoria, Scordamaglia, *Prospettive*, cit., p. 368 ss. Per la considerazione di esigenze di unità dell'ordinamento giuridico, Pisapia, Pisapia, voce *Famiglia (delitti contro la)*, cit., p. 118. Per una accentuata rivendicazione di autonomia totale del giure penale v. A.M. Ruffo, *La tutela penale della famiglia. Prospettive dommatiche e di politica criminale*, ESI, Napoli 1998, p. 94.

<sup>79</sup> Paterniti, *La famiglia nel diritto penale*, cit., p. 24 ss.

<sup>80</sup> Per una considerazione di questi rapporti v. G. Schiavano, *La tutela penale dello stato di filiazione*, CEDAM, Padova 1971, p. 14 ss.

<sup>81</sup> Cfr. L. Violante, *La famiglia in diritto penale*, in «Politica del diritto», 1980, p. 33, il quale sostiene che nel diritto di famiglia il diritto penale ha un'efficacia di puro e semplice sostegno di altro tipo di disciplina.

<sup>82</sup> Delogu, in *Commentario*, cit., p. 5 ss.

dall'implicazione di ideologie personali, seguendo cioè il modello della cosiddetta interpretazione conforme a Costituzione<sup>83</sup>.

Analogo rilievo vale in ordine all'individuazione di vincoli costituzionali all'opera legislativa di riforma del diritto penale in materia<sup>84</sup>, opera che ancora è in una fase di studio, non avendo definitivamente superato nemmeno il dilemma se mantenere o no, ed eventualmente in che misura, reati «contro la famiglia».

Comunque, non si può non tenere conto che il processo di democratizzazione del diritto penale può portare verso l'alto il tasso di indeterminatezza del bene, per farvi rientrare concezioni diverse ma tutte al contempo tutelate, sicché l'eventuale conflitto-antinomia si risolve in concreto sulla base della singola concezione ricorrente nel caso oppure, in ipotesi di pluralità di concezioni ricorrenti nel caso, tramite l'astensione giudiziale da pena (se c'è; e dovrebbe esserci; in Italia non c'è come istituto generale) o un *prudente*, quindi *ragionevole*, apprezzamento giudiziale<sup>85</sup>.

## 2. Un banco sperimentale «al limite» riguardo alla famiglia intesa come «istituzione», come «persona giuridica», come «ente». È punibile per responsabilità da reato (d. lgs. n. 231/2001)?

La questione può apparire puramente accademica, ma prescindendo dalla fertillissima fantasia della pratica giudiziaria penale italiana. Simulare anche provocatoriamente un banco sperimentale può essere utile a indirizzare verso soluzioni ragionevoli<sup>86</sup>. Comunque, l'interrogativo si presterebbe a costituire un proficuo terreno di coltura al duplice scopo di approfondire lo studio dei connotati giuspenalistici di «famiglia», e di anticipare criticamente eventuali esiti di una creatività che si valga

<sup>83</sup> Come vorrebbe Delogu, in *Commentario*, cit., p. 4 ss.

<sup>84</sup> Quanto alle esigenze di riforma, ai significati della non-riforma, e ai contenuti della riforma stessa, temi che fuoriescono dai limiti posti alla presente trattazione, v. Ruffo, *La tutela penale della famiglia*, cit., p. 71; F. Uccella, *Prime considerazioni sul «nuovo» diritto penale della famiglia, quale proposto dal progetto di riforma del codice penale*, in «Cassazione penale», 1994, p. 788 ss.; Uccella, *La tutela penale*, cit., p. 115; V. Scordamaglia, *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in «Iustitia», 1990, p. 113; E. Resta, *Atteggiamenti verso la codificazione penale*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in «La questione criminale», vol. I, Il Mulino, Bologna 1981, p. 139; R. Marra, M. Pavarini, E. Villa, *La codificazione impedita. Alcune osservazioni in tema di «nuovo» diritto penale e funzione della pena*, ivi, p. 258. «Reati contro la famiglia» compaiono nel Progetto cosiddetto Pagliaro in «Documenti e giustizia», 1992, p. 432.

<sup>85</sup> Su questi temi v. i rilievi generali di F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano 1983, p. 82 e *passim*; più di recente, Borsari, *Diritto penale, creatività e codisciplinarietà*, cit., con ult. ind.

<sup>86</sup> Cfr. Borsari, *Creatività*, cit., *passim*.

di taluni rilevanti profili di co-disciplinarietà<sup>87</sup> in materia, correnti tra diritto penale, diritto costituzionale, diritto civile.

Orbene, il regime della responsabilità degli enti derivante da reato, cosiddetta amministrativa, è stato introdotto con legge-delega 29 settembre 2000, n. 300, art. 11, e conseguente decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Assumo questo tipo di responsabilità come avente natura penale, per ragioni altrove illustrate<sup>88</sup> e in adesione di massima a un diffuso orientamento della giurisprudenza<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Borsari, *Creatività*, cit., *passim*.

<sup>88</sup> S. Riondato, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore al cospetto della responsabilità penale dell'ente (d. lgs. n. 231/2001). Il caso dell'«ente pubblico»*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale. Atti della Giornata di studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi*, CEDAM, Padova 2013, p. 95 ss. In dottrina, un orientamento sostiene la natura amministrativa della responsabilità in questione [per tutti, G. Marinucci, «Societas puniri potest»: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1213; M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società e associazioni: profili generali*, in «Rivista delle società», 2002, p. 398 ss.; Id., *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. Canestrari, *Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Giappichelli, Torino 1998, p. 159 ss.; G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, p. 116]. Altro orientamento preferisce l'inquadramento penalistico [per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 162 ss.; T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, Torino 2004, p. 13 ss.; C.E. Paliero, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in «Corriere giuridico», 2001, p. 845; E. Dolcini, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1999, p. 20; A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in «Cassazione penale», 2003, p. 1105; V. Maiello, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231 del 2001; una truffa delle etichette davvero innocua?*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2002, p. 879 ss. Nel senso di una responsabilità quantomeno «parapenale» v. A. Fiorella, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano 2006, p. 5101. E' stato anche individuato un *tertium genus* (E.M. Ambrosetti, in E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna 2008, p. 40; G. Flora, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 1398 ss.; in tal senso anche la Relazione di accompagnamento al decreto: «*Si è in presenza di una responsabilità di natura ibrida: coesistono le caratteristiche peculiari della responsabilità penale e di quella amministrativa e si adotta il sistema processuale penale ai fini del suo accertamento e della conseguente irrogazione della sanzione*»). Per un *quartum genus* propende S. Vinciguerra, in S. Vinciguerra, M. Ceresa Gastaldo, A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, CEDAM, Padova 2004, p. 212. Propugna l'idea di una responsabilità affine alla responsabilità civile da reato E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in «Cassazione penale», 2005, p. 320 ss.

<sup>89</sup> Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, in «Cassazione penale», 2007. Per la giurisprudenza, trattasi di responsabilità penale per fatto proprio: v., recentissima, Corte cost., 9 luglio 2014, n. 218, in *www.giurcost.org*. Infatti la Corte di Cassazione, con sentenza n. 27735 (depositata il 16 luglio 2010), in «Cassazione penale», 2011, n. 5, p. 648 ss. (con nota di A. Agnese, *La natura della responsabilità da reato degli enti*, *ivi*, p. 1882), ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d. lgs. 231/2001, sollevata con riferimento all'art. 27 Cost., poiché l'ente non è

La responsabilità da reato degli enti inizialmente riguardava una «lista» molto limitata di reati-presupposto, compresa in generale la forma del tentativo di delitto<sup>90</sup>, e comprendeva, tra l'altro, per esempio la corruzione, figura che in ipotesi potrebbe riguardare qualsiasi tipo di ente. Tale responsabilità è stata poi estesa a numerose figure, inclusi reati di natura colposa come l'omicidio colposo e le lesioni gravi o gravissime dell'incolumità fisica commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro<sup>91</sup>. Notevole, ulteriore, ampliamento si è avuto con la considerazione, da ultimo, di reati contro l'ambiente<sup>92</sup>.

Si tratta, dunque, di principio, sotto il profilo criminologico e in relazione ai fatti di reato contemplati, di una criminalità che potrebbe intendersi come più ampia di quella inquadrabile in una nozione di criminalità «di impresa»<sup>93</sup> cioè relativa agli enti del mondo economico-imprenditoriale, oltretutto inteso in una dimensione privatistica, verso il quale ultimo dalla fine dello scorso secolo soprattutto si avvia l'esigenza di una responsabilità penale delle persone giuridiche negli ordinamenti statali e in quello unioneuropeo (già comunitario) – mentre in ambito internazionalistico la criminalità degli Stati e la correlata punizione da tempo sono (magari negate nel nome ma) ben conosciute<sup>94</sup>.

Le ultime novelle legislative hanno individuato, come cennato, certi reati-presupposto che sono rivolti a tutelare importanti beni la cui lesione potrebbe di fatto conseguire dall'opera (anche) di enti non inquadrabili in tipologie di stampo economico. Tre ulteriori, significativi esempi, in ipotesi nient'affatto estranei ad un *milieu*

*chiamato a rispondere per un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse e o a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve ritenersi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda.* La Corte ha pure precisato che non si tratta di una forma di responsabilità oggettiva, *essendo prevista necessariamente, per la sua configurabilità, la sussistenza della cosiddetta «colpa di organizzazione» della persona giuridica.* Secondo la giurisprudenza, la responsabilità penale dell'ente riprende lo schema del concorso di persone nel reato (Corte di Cassazione, sezioni unite penali, 27 marzo 2008, n. 7). La Suprema Corte ha inoltre ritenuto che l'«ente» può essere anche una «impresa individuale» (Cassazione penale, sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657, in «Cassazione penale», 2011, n. 7/8, p. 2556); si veda la riguardo L. Pistorelli, *I destinatari delle norme sulla responsabilità da reato nella giurisprudenza di legittimità*, in «www.rivista231.it»; R. Borsari, *La responsabilità da reato degli enti in cerca d'autore*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2012, p. 97, con ult. ind.

<sup>90</sup> Restavano esclusi, per esempio, i reati ambientali, il riciclaggio, i reati tributari. Cfr. A. Carmona, *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2003, p. 995.

<sup>91</sup> V. art. 25 *septies* d.lgs. n. 231/2001, Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, introdotto dall'art. 9 l. 3 agosto 2007, n. 123 (in dottrina, P. Aldrovandi, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in «L'indice penale», 2009, n. 2, p. 495 ss. e O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli Enti*, in «Cassazione penale», 2009, n. 3, p. 1325 ss.).

<sup>92</sup> V. art. 25-*undecies* d. lgs. n. 231/2011, introdotto dall'art. 2 del d. lgs. 7 luglio 2011, n. 121.

<sup>93</sup> Cfr. P. Patrono, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, CEDAM, Padova 1992.

<sup>94</sup> R. Borsari, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, CEDAM, Padova 2007, p. 247 ss.

familiare inteso come «ente», e alla correlata cosiddetta «colpa di organizzazione»: dal 2006 l'ente è punito in relazione alle «pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili»<sup>95</sup>, dal 2011 per «induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria»<sup>96</sup>, mentre dal 2009 l'ente è punito per delitti di criminalità organizzata a partire dall'associazione per delinquere<sup>97</sup>.

Si è imposta quindi a maggior ragione l'esigenza di precisare a quali soggetti la nuova responsabilità attenga (soggetti che diremo, per economia linguistica, «destinatari» delle nuove norme).

Orbene, in ordine al profilo dei soggetti, la *legge-delega* ha stabilito: che sono comunque esclusi gli enti «che svolgono funzioni di rilievo costituzionale»; e che «per "persone giuridiche" si intendono gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri» (art. 11 cit., co. 1 e 2).

Di conseguenza, riguardo alla famiglia sarebbe da chiedersi anzitutto se essa sia ente fornito di personalità giuridica; poi, in caso affermativo, se si tratti di ente che svolga «funzioni di rilievo costituzionale»<sup>98</sup>.

A complicare il quadro è intervenuto tuttavia il citato decreto delegato del 2001. Il legislatore delegato ha per più versi disatteso i già dettagliati criteri indicati dal delegante, creando un criterio affatto diverso, per cui le nuove disposizioni sono intese come destinate di principio «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica», e non si applicano «allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale» (art. 1, co. 2 e 3, d. lgs. n. 231/2001)<sup>99</sup>. Per quel che qui interessa principalmente, è emersa così l'inedita figura dell'«ente *privo* di personalità giuridica» che in ipotesi potrebbe anche essere una qualche «famiglia». Vero che è manifesto un eccesso illegittimo rispetto alla delega, ma è vero anche che la giurisprudenza non si è affatto curata dell'altro eccesso, quello consistente nell'inserimento dell'originale dicotomia ente pubblico economico-ente pubblico non economico (con scomparsa del riferimento testuale all'esercizio di potere pubblico, contenuto in delega), come altrove ho criticamente rilevato<sup>100</sup>. Pare quindi opportuno, in mancanza di precedenti specifici, tener conto di questa sciatteria della pratica, e coltivare adeguatamente gli esiti dell'interpretazione della norma delegata, senza fermarsi al precipitato caducatorio dell'illegittimità rilevata.

<sup>95</sup> Legge 9 gennaio 2006, n. 7, art. 25-*quater* 1.

<sup>96</sup> Art 25-*decies* del d. lgs. n. 231/2001, come introdotto tramite l'art. 2 del d. lgs. 7 luglio 2011, n. 221.

<sup>97</sup> L. n. 94/2009.

<sup>98</sup> Dubbi quanto meno di merito solleva per esempio il caso dei partiti e dei sindacati. Criticamente, per tutti, P. Patrono, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2002, p. 185 ss.; G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, CEDAM, Padova 2002, p. 83 ss.

<sup>99</sup> In questo senso anche G. Fidelbo, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in «Cassazione penale», 2010, n. 12, p. 4080 ss.

<sup>100</sup> Riondato, *Tipo criminologico*, cit., *passim*.

Orbene, si è già sopra considerato che i codificatori del '30 hanno assegnato un relativo primato a un modello istituzionale di famiglia, la famiglia «legittima», intesa, da taluno anche in epoca repubblicana, come collettività organizzata priva di personalità giuridica ma dotata di un'individualità propria di ordine pubblicistico. Rispetto a un modello del genere parrebbe attagliarsi il riferimento quanto meno all'«ente privo di personalità giuridica» (art. 1 d. lgs. cit.).

Analoga conclusione potrebbe derivare tuttora da una concezione istituzionale che fosse individuabile alla stregua della conformazione costituzionale della famiglia, *ex art. 29 Cost.*, come società naturale fondata sul matrimonio, e dei correlati «*diritti della famiglia*» il cui riconoscimento è costituzionalmente sancito dallo stesso articolo.

Riprendendo quanto al riguardo già abbiamo illustrato, la questione è controversa. Dire che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale *può* significare più cose. Può significare, anzitutto, un riconoscimento, che si dice essere di carattere dichiarativo e non costitutivo, della famiglia come entità naturale. Può significare, in secondo luogo, che la famiglia ha dei diritti primordiali e fondamentali, intangibili e anteriori a qualunque riconoscimento della legge positiva, perché essa preesiste allo Stato, il quale non crea ma ne riconosce e regola i diritti innati ed inalienabili, cosicché il potere legiferante dello Stato, pur operando anche in materia familiare, verrebbe a trovare un limite precisamente in questa natura sociale e naturale della famiglia<sup>101</sup>.

La formula è ambigua<sup>102</sup>, quanto meno. Fatica a coincidere chiaramente con l'idea della forte componente cattolica in Assemblea Costituente<sup>103</sup>, ben sintetizzabile con le parole di Aldo Moro: si trattava di «riconoscere costituzionalmente la priorità dei diritti che derivano da quell'ordinamento giuridico che è la famiglia, che dunque ha le sue leggi e i suoi diritti, di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare»; «dichiarando che la famiglia è una società naturale, si intende stabilire che la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può ignorare né mutare»<sup>104</sup>.

Comunque, se si trattasse di «comunità originaria, cui spetta necessariamente un'autonomia originaria, la quale comporta l'esistenza di limiti per il legislatore nella [sua] disciplina»<sup>105</sup>, difficilmente si sfuggirebbe a una collocazione tra gli enti pur

<sup>101</sup> C. Grassetti, voce *Famiglia (diritto privato)*, in «Novissimo digesto italiano», vol. VII, UTET, Torino 1968, p. 49 ss.

<sup>102</sup> V. in proposito C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione*, in *La Costituzione italiana (Saggi)*, CEDAM, Padova 1954, p. 137 ss.

<sup>103</sup> Per una sintesi sulle posizioni emerse in seno all'Assemblea Costituente si veda Casavola, *op. cit.*, p. 44 ss.

<sup>104</sup> On. Aldo Moro, *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 6 novembre 1946, p. 647 ss.

<sup>105</sup> Puleo, voce *Famiglia. Disciplina privatistica: in generale*, cit., p. 1 ss.

privi di personalità giuridica<sup>106</sup>, menzionati dal ridetto decreto sulla responsabilità da reato degli enti.

D'altra parte, qualora pure si negasse la personalizzazione, nel senso che la norma costituzionale non si riferirebbe a un soggetto-famiglia, ma ai singoli soggetti nell'ambito della relazione familiare<sup>107</sup>, rimarrebbero riconoscibili i caratteri di una formazione sociale (volendo) originata dal rapporto giuridico matrimoniale, una formazione sociale specialmente qualificata, che si muove nella cornice dell'art. 2 Cost.<sup>108</sup>. Qui emerge la funzione strumentale che il gruppo-famiglia ha nello svolgimento della personalità di ciascuno dei suoi componenti e non, al contrario, la subordinazione dei singoli agli interessi del gruppo nel suo insieme<sup>109</sup>. Se la «formazione sociale» in genere dovesse ritenersi l'obiettivo del legislatore delegato del 2001, quando ha incluso tra i predetti «destinatari» le società e associazioni anche prive di personalità giuridica, nel novero entrerebbe non solo la famiglia «tradizionale» ex art. 29, ma anche realtà meno tipizzate caratterizzate da qualche analogo connotato «familiare», a partire da quello comunitario e/o solidaristico anche solo fattuale, che in genere la giurisprudenza valorizza nell'attribuire la cornice «familiare»<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Cfr. C. Grassetti (*I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, diretto da P. Calamandrei, A. Levi, vol. I, G. Barbera Editore, Firenze 1950, p. 285 ss.; Id., voce *Famiglia* (*dir. priv.*), cit.) il quale rileva la non divisibilità della scelta terminologia operata dai Costituenti: «società» è, infatti, un termine giuridico e nello specifico un termine del diritto patrimoniale; più correttamente, data l'intrinseca natura della famiglia, essa avrebbe meritato di essere definita come comunità originaria o al più come associazione.

<sup>107</sup> M. Barcellona, voce *Famiglia* (*dir. civ.*), in «Enciclopedia del diritto», vol. XIV, Giuffrè, Milano 1967, p. 783: «Nell'art. 29 Cost. l'espressione "diritti della famiglia" è semplicemente un'espressione sintetica per indicare i diritti dei singoli nell'ambito della relazione familiare, in quanto mancano nella disciplina della famiglia i tratti caratteristici che esprimono la rilevanza di un'attività di gruppo, giacché la famiglia non è assunta come punto di riferimento di un tipo di tutela diversa da quella che la legge appresta ai singoli membri». In questo senso si vedano anche Sandulli, *op. cit.*, p. 10; Bessone, *Rapporti etico sociali*, cit., p. 25; Id., *Dal principio di autorità al modello di famiglia degli articoli 2 – 29 comma 2 della Costituzione. L'eguaglianza dei coniugi e le direttive di garanzia dell'unità familiare*, in «Rivista di giurisprudenza costituzionale», 1975, p. 26 ss.; Id., *L'ordinamento costituzionale del diritto di famiglia e le prospettive di evoluzione della società italiana*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 1975, p. 1449 ss.; L. Carlassare, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristofaro, A. Belvedere, Giuffrè, Milano 1980, p. 42; P. Cavaleri, M. Pedrazza Gorlero, G. Sciuolo, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, *ivi*, p. 68 ss.; Fortino, *Diritto di famiglia*, cit., p. 26 ss.; L. Mengoni, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La famiglia crocevia della tensione tra «pubblico» e «privato»*, Atti dell'XLIX Corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica svoltosi a Reggio Calabria il 9-14 settembre 1979, Giuffrè, Milano 1979, p. 268 ss.; P. Perlingeri, P. Pisacane, sub art. 29, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. Perlingeri, ESI, Napoli 2001<sup>2</sup>, p. 186; Proserpi, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 798.

<sup>108</sup> Casavola, *op. cit.*, p. 45.

<sup>109</sup> Casavola, *op. cit.*, 45 ss. L'autore suggerisce di leggere l'espressione costituzionale diritti della famiglia come equivalente a "diritti nella famiglia", ovvero diritti di coloro che hanno lo *status* di coniuge, genitore, figlio.

<sup>110</sup> V. *amplius infra*.

Non manca del resto chi riconosce l'esistenza di un superiore interesse familiare, distinto da quello dei suoi componenti: la società familiare costituirebbe un valore intrinseco, che andrebbe garantito anche a costo di sacrificare i diritti dei componenti<sup>111</sup>. Comunque, anche se si propendesse per la tesi della strumentalità e dell'inesistenza di un interesse superiore, taluni riferimenti civilistici, come per esempio «unità familiare», autonomia, residenza della famiglia, sono suscettibili di valorizzazione nel senso del riconoscimento di un «ente» in senso penalistico.

La scure ostativa potrebbe quindi rimanere costituita o dall'individuazione di una funzione costituzionale per la famiglia *ex art. 29 Cost.* e/o per le formazioni sociali «familiari» *ex art. 2 Cost.*, cui pure, almeno sfruttando intellettualismi giuridici, forse si potrebbe pervenire, alla stregua di valorizzazioni del dato istituzionale; o dall'iscrizione a «ente pubblico», il che peraltro parrebbe una forzatura interpretativa sia sul piano costituzionale ed extrapenale in genere, sia sotto il profilo penalistico, nonostante il codice penale nella sua concezione originaria non sia estraneo alla concezione pubblicistica della famiglia; oppure da una interpretazione restrittiva del sistema della responsabilità da reato in capo agli enti, nel cennato senso per cui di principio tratterebbesi di criminalità «d'impresa» o comunque di criminalità legata al mondo dell'economia – in cui faticherebbe a collocarsi la famiglia, nonostante essa, come si dirà meglio tra poco, possa risultare non estranea ad una considerazione in termini di ente economico.

Quel che comunque parrebbe soprattutto, e ragionevolmente, ostare è l'imprescindibile sostrato criminologico, a nostro avviso inesistente nel caso, quel sostrato criminologico che dovrebbe sostenere la tipizzazione dell'«autore» dell'illecito penale. Tale tipizzazione non può essere arbitrariamente slegata da una corrispondenza concreta a un tipo criminologico d'autore<sup>112</sup>. Pare incongrua cioè, e irragionevole, l'idea di una «famiglia-delinquente» o di un «delinquente-famiglia», così come quella di «reato commesso dalla famiglia». Ragionevolmente si attaglia semmai nei congrui casi l'idea dell'associazione a delinquere.

<sup>111</sup> Cfr. in questo senso F. Santoro Passarelli, *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, CEDAM, Padova 1972, p. 10 ss.; Id., voce *Autonomia collettiva*, in «Enciclopedia del diritto», vol. IV, Giuffrè, Milano 1954, p. 369 ss.; Id., *Note introduttive agli artt. 24-28 Cost.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. I, CEDAM, Padova 1977, p. 215 ss.; P. Moscarini, *Individuo e comunità*, in *Sulla riforma del diritto di famiglia*, diretto da F. Santoro Passarelli, CEDAM, Padova 1973, p. 222 ss., il quale ritiene che l'unico modo per conciliare nell'art. 29 Cost. i due principi della parità tra i coniugi e dell'esigenza di unità familiare sia quello di concepire la potestà di cui gode ciascun coniuge nel governo della famiglia come una funzione: tale funzione sarebbe caratterizzata da una «discrezionalità vincolata al perseguimento degli interessi della famiglia», che non sarebbero coincidenti con gli interessi di ciascun coniuge considerato individualmente, ma necessariamente ad essi sovraordinati e, in quanto tali, in grado di coinvolgere gli interessi di tutti gli altri membri del gruppo familiare.

<sup>112</sup> V. quanto ho rilevato, in relazione all'insuperato insegnamento di A.A. Calvi (*Tipo criminologico e tipo normativo di autore*, CEDAM, Padova 1967), in Riondato, *Tipo criminologico*, cit.

Al riguardo, il dato sociologico può offrire elementi di conferma. Indagini che pure tendono a promuovere prescrittivamente una forte soggettività sociologica della famiglia, ne riconoscono la pressoché totale inesistenza.

Merita soffermarsi per qualche pagina sul punto, senza pretesa di completezza, solo per offrire una base di approfondimento tramite l'illustrazione di una interessante indagine sociologica che giunge appunto alla conclusione tendenzialmente negativa della pur auspicata soggettività familiare<sup>113</sup>.

La definizione ipotetico-prescrittiva, che in questa indagine si adotta, fa riferimento ad alcuni concetti-chiave, che si richiamano a vicenda, per cui la famiglia sarebbe in ipotesi soggetto sociale in quanto: relazione comunitaria, bene relazionale, soggetto di diritti relazionali, soggetto di funzioni per la società, titolare di una propria cittadinanza, nesso *sui generis* fra libertà e responsabilità (cittadinanza della famiglia, in quanto «persona sociale», titolare di un diritto soggettivo sociale, che va al di là dei diritti soggettivi individuali, come l'impresa economica che ha una sua personalità giuridica).

Si constata che la società odierna manifesta una persistente ambivalenza nei confronti di tutte queste caratteristiche, che sono cercate e combattute nello stesso tempo. Per taluni aspetti, oggi questi concetti cominciano a farsi strada, e in ciò – almeno in apparenza – la famiglia viene rivalutata. Ma per altri aspetti c'è una «casualizzazione» della famiglia, vale a dire: la famiglia viene configurata come un «evento» di decisioni casuali individuali e si autocertifica – la gente fa famiglia come crede, tutto può essere famiglia, quale che ne sia la sostanza e la forma.

In pratica, la ricerca sociologica osserva una pluralizzazione di forme cosiddette familiari, che vanifica ed emargina la famiglia in quanto soggetto sociale. Si rileva che la soggettività familiare è sempre meno «vista» dai politici e dagli apparati statuali, a causa delle difficoltà che il sistema politico amministrativo ha di osservare il suo ambiente. Anche il mondo economico (delle imprese, delle banche, degli attori economici) ha una grande difficoltà a «vedere» la famiglia, e di fatto il mondo del lavoro sente un conflitto profondo con le esigenze della famiglia. La famiglia è invece sempre più osservata, in senso riflessivo, da parte di quelle sfere della società civile che hanno nella famiglia il loro stesso soggetto costituente, anche se la stessa società civile ha difficoltà a darsi una rappresentazione della famiglia e stenta a riconoscere gli esiti delle proprie azioni in essa e su di essa. Da un punto di vista pratico, si ritiene che la questione se la famiglia venga considerata soggetto sociale o meno, in quale tipo e grado, nelle politiche pubbliche e private, possa chiarirsi osservando come vengono configurati i programmi e gli interventi da parte degli attori che ne sono portatori (espliciti o impliciti, diretti o indiretti). Ma su questo piano emergono le ambivalenze delle politiche in tema di *welfare* delle famiglie. Circa dal 1989, anno del primo documento ufficiale dell'Unione Europea sulle politiche familiari, le politiche fami-

<sup>113</sup> Donati, *La famiglia come soggetto sociale*, cit.

liari sono diventate un tema allo stesso tempo sempre più coinvolgente e sempre più controverso. A livello nazionale italiano sono state varate una serie di misure, la cui gran parte è stata volta a concedere benefici agli individui, in termini di trasferimenti monetari e servizi di cura, per rendere meno gravosi i compiti familiari. L'idea-guida è stata soprattutto quella di mettere donne e uomini sullo stesso piano (giuridico) quanto alle opportunità di lavoro, di benefici e intitolazioni di *welfare*, a prescindere dai legami interpersonali. Gran parte dei provvedimenti sono stati, e tuttora sono, di natura economica. Il trattamento fiscale della famiglia sostanzialmente ignora la famiglia come soggetto tributario, cosicché la famiglia viene fortemente penalizzata: in pratica su chi si sposa e ha figli grava un'imposizione tributaria complessiva superiore a quella di chi non si sposa e non ha figli. La famiglia, invece che essere considerata un soggetto, viene usata come criterio selettivo per ridurre le spese pubbliche concentrando le risorse solo sulle fasce sociali più povere. In Italia ciò avviene anche tramite il cosiddetto «Indice di situazione economica equivalente» (ISEE). Tale indice costituisce un test di selettività per ridurre la spesa sociale, mediante il riferimento al nucleo familiare (la sua ampiezza) come misura per valutare le risorse economiche (riferite alle scale di equivalenza) della famiglia. Si tratta, in realtà, di uno strumento che penalizza ancora una volta le famiglie numerose e introduce nuove sperequazioni. L'introduzione del Reddito Minimo (detto di inserimento – RMI – sul modello francese, o in altra forma) viene legittimata come aiuto alle famiglie, ma in realtà si tratta di una misura di lotta alla povertà, di cui è ormai – purtroppo – dimostrato che sovente funziona come «trappola della povertà», nel senso che contribuisce a mantenere le famiglie povere in condizioni di povertà, anziché farle emergere sopra la linea della povertà. L'idea di un *basic family income* è ogni tanto sollevata da qualcuno, ma sostanzialmente rifiutata da tutti i sistemi economici e politici. Le leggi finanziarie prevedono deduzioni e detrazioni fiscali per familiari «a carico», oltre agli assegni per il nucleo familiare, la natalità e/o la maternità. Ma quasi ovunque sono largamente insufficienti a sostenere le responsabilità familiari, e di qui anche il calo della natalità e i problemi di una deriva demografica per una larga parte dei paesi europei. In sintesi, la legislazione nazionale è stata soprattutto una legislazione di spesa, volta a concedere benefici, o ad aumentare quelli già esistenti, per una famiglia concepita come luogo di affetti e di cura che diventa rilevante sul piano pubblico solo in quanto «bisogno» (sotto la soglia della povertà o con gravi problemi). Le politiche familiari sono state guidate dall'idea dominante che si tratti di affermare le «pari opportunità» per tutti gli individui di autorealizzarsi come individui senza discriminazioni in base al sesso o ad altre caratteristiche ascrivibili della persona (età, classe sociale, razza, religione, ecc.), valorizzando soprattutto le opportunità di donne e bambini, in un quadro generale di *welfare* sostanzialmente assistenzialistico.

A livello regionale, in Europa, v'è stata una consistente produzione legislativa. Ma le linee di tendenza non sono molto dissimili da quelle italiane. L'idea di una cittadinanza della famiglia è ancora lontana<sup>114</sup>.

A livello locale, le amministrazioni comunali e provinciali hanno predisposto dei «pacchetti-famiglia» consistenti in una serie di misure intese a favorire la vita familiare. Si tratta di esperienze pratiche significative, anche se di portata limitata, e comunque assai disuguali sul territorio.

Non è agevole la valutazione complessiva di tutte queste misure, che sovente utilizzano definizioni diverse di famiglia e differenti criteri di politica familiare, con impatti più o meno «caotici» sulle famiglie. Vi è stata una pluralità di criteri. A volte la famiglia a cui si è fatto riferimento è stata quella normo-costituita, a volte la famiglia è stata semplicemente intesa come l'aggregato delle persone che anagraficamente convivono assieme. Si nota, tuttavia, una crescente offerta di *entitlements* su singoli bisogni (mantenimento di un reddito minimo) o singole situazioni (la famiglia monogenitoriale) o singole relazioni (ad esempio il tentativo di mantenere la relazione genitoriale quando viene meno quella coniugale). La definizione della famiglia che si è venuta affermando non è più riferita a una normativa *ex ante*, ma fa riferimento a una situazione di fatto, definita *ex post*. Per questo, molti degli interventi sulla famiglia rinunciano a qualunque presupposto normativo, e per così dire cercano di rintracciare la famiglia nel momento in cui l'intervento deve essere messo in moto. Sempre più, quindi, diventa difficile capire quale ricaduta l'intervento abbia avuto o possa avere sulle relazioni fra le persone che vengono definite come «familiari». I criteri distintivi cui si è fatto riferimento per definire come familiare un intervento sono stati plurimi. Ma un dato certamente qualificante è stato il criterio della «cura»: in altri termini, il familiare è stato sempre più definito come responsabilità e attività di cura verso persone socialmente deboli e conviventi nella vita quotidiana. In ciò, il tono delle politiche familiari è stato fortemente caratterizzato in senso assistenziale, cioè come sostegno agli individui nei loro problemi di cura dei familiari in condizioni di bisogno (figli piccoli, anziani non autosufficienti, portatori di handicap, adolescenti e giovani in situazioni di disagio, violenza o a rischio di qualche patologia o devianza sociale). Talora è stato valorizzato il requisito che fra queste persone vi fossero relazioni familiari vere e proprie (legami di parentela o affinità), talora è stata semplicemente assunta l'esistenza di una relazione di cura come tale. La caratterizzazione dell'assetto complessivo delle politiche familiari, in gran parte, è quella delle politiche di tamponamento e compensazione rivolte agli individui socialmente ed economicamente più deboli per sollevarli dal peso delle responsabilità familiari. In via più generale, il modello latente è stato quello di aumentare il livello delle pari

<sup>114</sup> V. al riguardo A. Poggi, *La «cittadinanza» costituzionale della famiglia nel nostro ordinamento: una lunga strada ancora da percorrere*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, vol. II, Giappichelli, Torino 2011, p. 1471 ss.

opportunità individuali nelle *chances* di vita, per far sì che lo *status*-ruolo familiare (con i suoi obblighi e vincoli) non diventi un fattore di selezione negativa ovvero di esclusione sociale ovvero di discriminazione nelle opportunità di autorealizzazione individuale e di massima presenza nel mercato del lavoro e agli altri ambiti di vita e partecipazione sociale.

Queste caratteristiche – continua l'indagine in esame – definiscono un modello *lib/lab* delle politiche sociali, e familiari in particolare, che connota le strutture fondamentali delle *policies*. La finalità ultima di queste politiche è quella di liberare gli individui come tali dalle necessità legate alla famiglia (considerata più come vincolo e peso che come risorsa e investimento), in modo da svincolare le dimensioni affettive dalle stesse relazioni familiari. Ciò viene perseguito attraverso la concessione di un numero crescente di libertà agli individui, mentre al contempo vengono fissate delle regole e dei controlli affinché tutti possano godere di tali libertà. Sotto il profilo della gestione, anche economica, ciò significa che, da un lato viene concesso un insieme tendenzialmente sempre più ampio di intitolazioni di *welfare* (assegni, benefici, detrazioni fiscali, ecc.), mentre dall'altro si rende necessario accrescere il controllo sul prelievo a fini redistributivi (per mezzo dell'imposizione tributaria generale). I termini di questo *trade off* non sono chiari quanto al rapporto fra ciò che viene prelevato e quanto viene redistribuito, quanti e quali siano i costi delle transazioni (apparati burocratici), quali gli esiti in termini di efficacia ed equità sociale verso le famiglie. Sotto molti aspetti, è la famiglia a essere sussidiaria allo Stato, piuttosto che viceversa. Tale situazione è da imputare precisamente a un debole o mancato riconoscimento della soggettività sociale della famiglia come soggetto attivo e imprenditoriale del proprio benessere.

In questo contesto, vi è sottovalutazione della famiglia, se intesa come soggetto sociale in senso forte, anche a livello europeo, sempre secondo le linee di ricerca di cui qui si sta riferendo. Nel *Trattato sull'Unione Europea*, essa viene intesa come sinonimo di *privacy*, e praticamente messa sullo stesso piano di altri arrangiamenti di vita. La tutela va ai singoli, anche in quanto abbiano carichi familiari, ma non alla famiglia come sistema sociale. La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, che è recepita nel Trattato come parte integrante per quanto concerne i diritti di cittadinanza europea, menziona la famiglia in tre articoli: l'articolo 7 («ogni individuo ha il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare»), l'articolo 9 («il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio») e l'articolo 33 («è garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale; al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio»). Pare che l'Europa non intenda pronunciarsi sulla famiglia come tale, ma solo

su alcuni aspetti di essa, in particolare sulla relazione madre-figlio. Prevale un orientamento all'individualismo istituzionalizzato, nel senso che la UE non entra nella definizione del ruolo sociale della famiglia<sup>115</sup>. Da ordinamenti sociali che in qualche modo vincolavano alla solidarietà familiare (detto «altruismo compulsivo»), si passa a ordinamenti esattamente opposti, di «individualismo compulsivo». Fare famiglia non è più un valore socialmente riconosciuto e positivamente ricompensato dalla comunità, ma diventa una scelta personale di cui l'individuo si assume rischi e oneri, salvo quelli che la comunità riconosce come impedimenti all'uguaglianza delle sue individuali opportunità di vita e pertanto cerca di alleviare con particolari provvidenze. Di qui a dire che la famiglia diventa una mera questione di gusti personali il passo è breve: come ogni scelta opzionale da parte degli individui, la famiglia tende a diventare l'oggetto di semplice tolleranza all'interno di una cultura liberale che intende la tolleranza come neutralità verso le scelte private, salvo situazioni particolarmente difficili e problematiche che meritano la compassione collettiva.

Non è difficile ricondurre questo esito al fatto che la cultura europea degli ultimi decenni ha elaborato soprattutto *sospetti* verso la famiglia: persiste l'idea che la famiglia sia una fonte primaria di disuguaglianze sociali (soprattutto fra le generazioni) e di discriminazioni (soprattutto fra i sessi). Di fatto, è quasi totalmente assente l'idea (e una coerente indagine di ricerca) che mostri l'importanza della famiglia, al contrario, quale fonte di equità fra le generazioni e quale garanzia della parità (morale, giuridica, economica e sociale) fra i *gender*.

Qui – notiamo – potrebbe ancorarsi una riflessione sull'ipotetica «famiglia-delinquente», riflessa su reati contro i propri componenti, ma in realtà non emergono dati che, a tutto concedere, riescano ad elevare il fenomeno oltre i requisiti di una associazione per delinquere, contrapposta all'ordinamento che riconosce come meritevoli di tutela gli interessi fondamentali di ognuno dei componenti la famiglia al reciproco rispetto, alla fedeltà, alla coesione del gruppo e non ingerenza di terzi.

Ciò è confermato, sempre nella stessa indagine che qui si va riportando, dal riscontro di una tendenza culturale e normativa a pensare che la famiglia debba essere democratizzata come si democratizza la sfera pubblica. Il che significa che la famiglia deve essere fatta oggetto degli stessi principi di uguaglianza e libertà individuale che vigono nella sfera del mercato e del *welfare*. In questo modo vengono erosi i confini della famiglia e viene obnubilata la sua realtà di relazione sociale di mondo vitale *sui generis*. In altri termini, la società europea riconosce l'importanza della famiglia, soprattutto come agente socializzatore e come ammortizzatore sociale, e di conseguenza la usa strumentalmente come risorsa. Ma non la rigenera come capitale sociale primario (umano). In tal modo, la famiglia viene consumata senza poter essere rigenerata. La famiglia non è assunta come un vero e proprio *interlocutore* attivo, ma

<sup>115</sup> Sul punto cfr. inoltre i rilievi di Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, cit., p. 576.

solo quale un referente assistenziale, della società europea. La famiglia sarebbe soggetto sociale se la positività dei richiami alla famiglia, che pure esistono, non fossero prevalentemente espressi per rimediare ad aspetti patologici, problematici, di famiglie «povere» sotto vari aspetti, ma fossero indirizzati a valorizzare il ruolo «normale» della famiglia come unità di servizi primari. In definitiva, di famiglia come soggetto non si può parlare in mancanza di una politica realmente familiare che comprenda anche l'elaborazione di un nuovo diritto di famiglia che sia capace di dare soggettività sociale alle famiglie, ancorandola a dati di diacronica stabilità e distinguendola da altre relazioni pur primarie ma instabili, provvisorie.

Diversamente, il quadro istituzionale che prevale nell'Europa continentale rimane ancora sostanzialmente statalista. La sussidiarietà è quasi interamente verticale (fra organi dello Stato) e vi sono solo piccole aperture alla sussidiarietà orizzontale fra Stato e soggetti di società civile. Il sistema dei servizi è, ancora una volta, in sintonia con la filosofia programmatrice del Novecento, un'offerta dello Stato e delle sue articolazioni decentrate alla popolazione, laddove la famiglia è più che altro un'etichetta per riferirsi alle aggregazioni anagrafiche. Lo Stato chiama a raccolta altri (famiglie, privato, sociale) perché «collaborino» a realizzare un sistema di servizi interamente sottoposto alla programmazione e agli indirizzi dello Stato medesimo, benché i soggetti di società civile possano contribuire ad esso in vari modi. La positività delle riforme che vengono prospettate stanno nel conferire alle politiche sociali il compito di realizzare i diritti sociali di cittadinanza. Ma la famiglia è assente come soggetto di tali diritti.

La svolta distintiva, che peraltro non è di natura penale ma deve essere positivo-promozionale, è dunque ancora lontana, e per ora solo parziale e per molti aspetti problematica. Rimane irrealizzata la centralità del ruolo della famiglia, che scaturisce direttamente dalla Costituzione, laddove è previsto che la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose (art. 31, co. 1, Cost.).

### 3. *Funzione simbolica e promozionale del diritto penale della famiglia*

Riprendiamo il rilievo che tra le funzioni della pena spicca, rappresentando un'inevitabile peculiarità riconoscibile alla stessa norma giuridica (anche) penale, prima ancora che alla pena, la *funzione simbolica*: previsione di pena quale strumento di mera affermazione di un valore/disvalore. Questa funzione, che è spesso l'unica dotata di effettività, e si salda però all'altrettanto inevitabile concezione retributiva della pena, emerge con grande intensità riguardo a taluni temi connessi all'ambito familiare, di cui ora si dirà, e talora si associa a intenti promozionali, ossia alla pretesa

di utilizzare le norme penali allo scopo di incardinare nella società valori non diffusamente avvertiti come tali.

### 3.1. *L'incesto e la morale sessuale familiare. Le opinioni delle corti costituzionali italiana e germanica*

L'esempio più tradizionale e significativo della funzione simbolica svolta dal diritto penale della famiglia è la previsione dell'*incesto* come delitto (art. 564 c.p.). Ciò emerge bene da una sentenza costituzionale<sup>116</sup> che ha rifondato, per così dire, la ragionevolezza dell'incriminazione in un caso, l'incesto tra suocero e nuora, che può dirsi «scolastico» quanto alla problematicità di una giustificazione dell'intervento penalistico nel campo del cosiddetto «ordinamento sessuale della famiglia»<sup>117</sup>. Questo caso esalta la cornice dell'*apparenza* segnata dalla rilevanza del pubblico scandalo, apparenza nella quale i temi della morale sessuale si incardinano su quelli della morale familiare che a sua volta si colloca nella cornice della *morale pubblica*, il tutto prevalendo all'impatto con elementari libertà individuali.

In relazione a questo caso, e più in generale all'ipotesi dell'incesto con un affine in linea retta, il G.I.P. presso il Tribunale di Salerno ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 564 c.p. (incesto), per contrasto con gli artt. 2, 3, co. 1, 13, co. 1, e 27, co. 3, Cost.

Il giudice remittente osserva che stabilire una sanzione penale per determinate condotte è indubbiamente una scelta che compete al legislatore nella sua discrezionalità, della quale, proprio in tema di incesto, storicamente risultano numerose manifestazioni, ad esempio nella legislazione penale preunitaria<sup>118</sup>. Ma – prosegue il rimettente – è altrettanto vero che le scelte del legislatore in materia di incriminazioni sono controllabili, in sede di giudizio di costituzionalità, secondo il criterio di ragionevolezza; un criterio, questo, che nell'ordinanza di rimessione è individuato attraverso il testuale richiamo di enunciati della Corte costituzionale che di esso hanno definito i contenuti: *a*) la necessità che la previsione incriminatrice, anche se «... presumibilmente idonea a raggiungere finalità statuali di prevenzione, non produca, attraverso la pena, danni ai diritti fondamentali dell'individuo ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (e da ottenere) ... con la tutela dei beni e dei valori offesi» (sentt. n. 409/1989 e n. 341/1994); *b*) l'esigenza che «... la pena sia proporzionale al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali». Inoltre, il giudice *a quo*, in relazione

<sup>116</sup> Corte cost., 21 novembre 2000, n. 518, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1590.

<sup>117</sup> Contento, voce *Morale familiare (delitti contro la)*, cit., p. 1 ss.

<sup>118</sup> Si veda la trattazione di Pistorelli, *Delitti contro la morale familiare*, cit., p. 420 ss.

al parametro della finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.), richiama la necessaria proporzione tra la qualità e l'entità delle pene, da un lato, e l'offesa recata dal fatto, dall'altro (secondo le indicazioni delle sentenze nn. 313/1990, 343/1993 e 341/1994). Nella verifica del rispetto del canone di ragionevolezza, aggiunge il rimettente, sono stati inoltre valorizzati dalla Corte elementi di indagine storico-comparatistica (sentenza n. 341/1994), ovvero è stata rilevata l'incongruenza tra il comune sentire di un certo tempo – la «coscienza sociale» – e l'incriminazione di certi fatti, e ciò sia sul piano della quantità della pena (sent. n. 341 cit.), sia su quello della stessa tipologia dell'incriminazione (sent. n. 519/1995). Alla luce di tali enunciati della giurisprudenza costituzionale, il giudice di merito dubita, sul piano costituzionale, che la compressione della libertà personale – diritto inviolabile della persona (art. 13, co. 1, in relazione all'art. 2 Cost.) – che consegue al reato in discorso possa dirsi proporzionata e giustificata rispetto ai beni che la fattispecie mira a tutelare. Quest'ultima, osserva il giudice *a quo*, non può certo dirsi dettata dalla *ratio* di evitare relazioni sessuali tra consanguinei, poiché gli affini tali non sono, né dall'obiettivo di tutela dell'unità e integrità della famiglia in sé considerata, giacché la sanzione è applicabile solo se alla condotta di incesto segue il «pubblico scandalo», requisito in mancanza del quale – indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica come elemento della condotta o come condizione obiettiva di punibilità *ex art. 44 c.p.* – l'incesto non è punibile. Ne desume il remittente che l'incriminazione in argomento, relativamente agli affini, assume quale proprio oggetto di tutela l'obbligo di fedeltà coniugale, in quanto il rapporto di affinità sorge come conseguenza di un rapporto coniugale; e che la fedeltà coniugale non è neppure tutelata in modo assoluto, perché è richiesto che si verifichi il «pubblico scandalo»; che in conclusione lo scopo della fattispecie incriminatrice è quello della «tutela del valore sociale che alla fedeltà coniugale viene attribuito». Ma l'obbligo di fedeltà coniugale non potrebbe dirsi oggi un bene fondamentale sul piano costituzionale, come dimostrerebbero le pronunce della Corte in tema di reati di adulterio e di concubinato (sentt. nn. 126/1968 e 147/1969). Al giudice pare dunque sproporzionato e irragionevole il sacrificio della libertà personale rispetto a una ipotetica tutela di un sentimento collettivo di riproverevolezza che, nel tempo attuale, non sarebbe più sostenibile, posto che non vengono in rilievo né i legami di consanguineità né l'unità familiare in sé considerata ma, al più, l'«immagine» del contesto e dei rapporti familiari quali si presentano all'esterno. La punizione dell'incesto tra affini risulterebbe così rispondente a una concezione che ha riguardo all'«apparire» della famiglia, vista come cellula etica e autoritaria in seno a una società che tuttavia non risponde più nel suo complesso a questa impostazione. Del resto, più in generale non sembra al giudice comunque possibile giustificare oggi una pena solo alla stregua di concezioni etiche o religiose, come dimostrerebbero le normative in tema di divorzio, di aborto, di transessualità. Da ultimo, si osserva nell'ordinanza di rinvio che la norma denunciata contiene una ulteriore incongruenza: essa punisce

il rapporto tra affini in linea retta, ma non quello tra zio e nipote, che pure sono legati da vincoli di sangue e che sono considerati, agli effetti della legge penale, «prossimi congiunti» (art. 307, co. 2, c.p.).

La Corte costituzionale ha ritenuto la questione non fondata. Ha anzitutto escluso che la norma tenda a evitare la *commixtio sanguinis*, e non solo nell'ipotesi-affinità perché comunque l'incriminazione prescinde dalla procreazione come fatto o come possibilità. La Corte ha poi rilevato che l'art. 564 c.p. protegge la famiglia tramite l'*esclusione di rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi*, in corrispondenza a un *ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo. L'esclusione, a detta della Corte, è determinata dall'intento di evitare perturbazioni della *vita familiare* e di aprire alla più vasta società la *formazione di strutture di natura familiare*. Secondo la Corte, non vi sono ragioni che precludano al legislatore di perseguire queste finalità che *non corrispondono solo a punti di vista morali o religiosi circa la concezione della famiglia*. Il legislatore ha il potere, censurabile solo in ipotesi di manifesta arbitrarietà, di valutare l'estensione dei *tipi di relazione familiare*, cioè di definire i *confini della famiglia* rilevante nella specie, in cui il divieto penalmente assistito viene reso operante. L'elemento del «*pubblico scandalo*» (la cui mancanza ostacola l'intervento statale) rappresenta un non irragionevole bilanciamento tra l'esigenza di repressione e la difesa della *tranquillità degli equilibri domestici* da ingerenze intrusive, quali investigazioni penali che in ipotesi potrebbero non avere esito, derivando da informazioni infondate, pretestuose o persecutorie (una volta che sussista il pubblico scandalo, non vi è ragione di porre ostacoli alla repressione statale).

Questa decisione si segnala per la sua apoditticità in generale e contraddittorietà in particolare. Infatti, a fronte di determinati valori costituzionalmente rilevanti in ordine alle modalità di intervento penalistico, invocati dal giudice *a quo* anche evidenziando vistose irrazionalità della norma impugnata sotto il profilo della compressione di libertà individuali, la Corte difende il dato familiare *senza ancorarlo ad alcuna norma costituzionale*, limitandosi a rilevare che le individuate finalità di tutela «non corrispondono solo a punti di vista morali o religiosi circa la concezione della famiglia». Ne discende un'amplicissima sfera di discrezionalità legislativa.

D'altro canto, la Corte in buona sostanza difende la *fedeltà sessuale coniugale all'interno della famiglia*, sotto la maschera della prevenzione rivolta alle «perturbazioni della vita familiare»; e poiché ammette che la procreazione è normativamente irrilevante come fatto e perfino come possibilità, contraddittoriamente – pare – individua il fine di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare, un fine di cui la Corte non precisa il senso ultimo. A meno che non si intenda – e il sospetto è forte – che la Corte riconosca al legislatore (oltretutto) penale poteri di indirizzo rispetto all'esercizio individuale della sessualità, nel senso di avviare quest'ultima verso una concezione che la lega almeno tendenzialmente alla formazione di famiglie (coniugali) in funzione della procreazione.

In realtà, considerate anche le conclusioni della Corte riguardo alla condizione «pubblico scandalo», la norma penale finisce per rappresentare, piuttosto che uno strumento di tutela come la Corte vorrebbe, soltanto e a tutto concedere un'affermazione di disvalore (non ben individuato) quanto all'incesto, mentre il messaggio preventivo-generale incardinato sulla punibilità è pregiudicato da tale farisaica condizione dello scandalo, la quale almeno di fatto risulta assorbente anche in termini di lesività, tenuto conto che la giurisprudenza la àncora al requisito della prevedibilità oggettiva<sup>119</sup>. In buona sostanza, l'apparenza del rispetto della morale familiare finisce col prevalere.

Non deve sorprendere che la Corte, dinanzi alla censura mossa dal remittente, secondo cui il *fine rieducativo della pena* è inconcepibile quando le norme penali entrano in campo di relazioni affettive e sessuali del genere in questione (tra soggetti consenzienti e maggiorenni), obietti che *la funzione rieducativa non va assolutizzata* – non è la sola funzione della pena –, e ammetta che *la pena può sussistere anche se non sarà idonea a rieducare*. In ciò è ravvisabile una significativa rivincita non tanto della funzione di prevenzione generale, quanto dell'ineliminabile componente retributiva della pena, che saldamente si àncora alla funzione simbolica.

Il delitto di incesto è stato di recente oggetto di una decisione del giudice costituzionale anche in Germania. Questione respinta: valutazioni di dati di fatto «empirici» giustificerebbero l'incriminazione della congiunzione carnale tra parenti (§ 173 del codice penale tedesco)<sup>120</sup>. I soggetti protagonisti della relazione incestuosa giunta all'attenzione della Corte sono fratello e sorella germani, Patrick e Susan. Separati nella tenera infanzia, si sono reincontrati da adulti, scoprendo solo in quel momento l'esistenza l'uno dell'altro e la loro relazione di parentela: pochi mesi dopo il ricongiungimento i due hanno iniziato una relazione sentimentale da cui sono nati quattro figli, due dei quali disabili.

Patrick ha, in conseguenza di ciò, subito molteplici condanne per il reato di «congiunzione carnale tra parenti» e scontato anche una pena detentiva, mentre Susan è stata riconosciuta non imputabile a causa dei disturbi della personalità legati alla complessa situazione familiare d'origine.

La Corte Costituzionale tedesca è stata chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale della norma che sanziona l'incesto in relazione al diritto fondamentale all'autodeterminazione sessuale (art. 1, co. 1, Costituzione tedesca), al principio di

<sup>119</sup> Adesivamente, Delogu, in *Commentario*, cit., p. 190.

<sup>120</sup> BVG, 26 febbraio 2008, 2 BvR 392/07. Traduzione italiana (compresa *dissenting opinion* Hassemer) a cura di G. Dodaro, M. Dora, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, p. 2091, con commento di G. Dodaro, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*. V. inoltre A. Nisco, «Principio di proporzionalità» ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto, in «Diritto penale contemporaneo», 2012, p. 70; M. Kubiciel, *Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR. Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte*, in «Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik», n. 6, 2012, p. 677 ss.

eguaglianza e al divieto di discriminazione (art. 3 Costituzione tedesca) e alla norma che tutela il matrimonio e la famiglia (art. 6, co. 1, Costituzione tedesca<sup>121</sup>).

In particolare, il ricorso si fondava su due argomentazioni: si denunciava come la norma in questione non sarebbe stata finalizzata a tutelare alcun bene giuridico ma avrebbe invece mirato esclusivamente alla protezione di una determinata concezione morale che percepisce le unioni carnali tra parenti come un insuperabile tabù; e si rilevava la non proporzionalità della pena in relazione al caso, poichè non godeva di alcuna considerazione la disagiata situazione sociale e familiare nel cui ambito si era verificata la condotta incriminata.

Il giudice delle leggi tedesco muove dalla volontà di sondare la tenuta epistemologica del reato di incesto, al fine di individuare quali siano i danni che possono derivare dalla realizzazione di un'unione sessuale tra prossimi congiunti.

La Corte ha cercato di formulare la propria decisione valorizzando le possibili ripercussioni a livello psicologico e di sviluppo della sfera sessuale, che potrebbero derivare sia agli autori del reato sia agli altri membri della famiglia<sup>122</sup>.

Essa ha ritenuto che la limitazione della sfera di autodeterminazione sessuale imposta dalla norma in questione fosse giustificata dalla necessità di evitare le conseguenze pregiudizievoli che l'incesto cagiona sul nucleo familiare nel cui ambito si verifica: l'incesto genera infatti una deleteria «commistione di ruoli» all'interno della famiglia.

In questa prospettiva la Corte concepisce la famiglia come una forma di vita associata, preesistente al diritto, riconosciuta dalla Costituzione e fondata su un ordine sociale rigidamente predefinito, con una inderogabile separazione dei ruoli in base ai reciproci rapporti di parentela, separazione che è assolutamente imprescindibile soprattutto al fine di preservare il benessere della prole.

Il giudice delle leggi non manca di rilevare anche le ragioni «eugenetiche» della tutela penale: sulla base di dati empirici, fa risalire la maggior incidenza di malattie tra i figli alla nascita da relazioni incestuose.

Infine, il collegio giudicante ha ritenuto la sanzione penale giustificata sulla base di un'atavica convinzione, radicata nel patrimonio culturale della società non solo tedesca ma anche di altri contesti nazionali, relativa alla meritevolezza di pena dell'incesto, uno degli indiscutibili punti fermi su cui si fonda il comune sentire in materia familiare.

La decisione non ha incontrato l'unanime consenso di tutti i membri del collegio.

<sup>121</sup> «Il matrimonio e la famiglia sono sottoposti alla particolare protezione dell'ordinamento statale».

<sup>122</sup> La Corte ha tratto spunto da un parere fornito dal Max-Planck-Institut per il diritto straniero e internazionale di Freiburg i. Br., cui erano stati posti dei quesiti relativi alle ragioni storiche e scientifiche e all'attuale sanzionabilità dell'incesto in altri ordinamenti stranieri (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern* – Fassung 19 november 2007, a cura di M. Albrecht, U. Sieber).

Il compianto giudice Hassemer ha fondatamente criticato la decisione poichè essa non ha individuato esattamente gli scopi perseguiti dal legislatore penale: tale individuazione è per lui un passaggio fondamentale ai fini della valutazione dell'effettiva proporzionalità della sanzione penale, dato che non condivide le considerazioni di carattere eugenetico<sup>123</sup> e ritiene ingiustificato il riferimento alla coscienza sociale collettiva come presupposto per la punizione dell'incesto. Con ragione Hassemer nega che si possa considerare la famiglia come il bene giuridico tutelato poichè, da un lato, la norma esclude dal novero dei possibili soggetti attivi del reato individui (ad esempio i figli adottivi) dalla cui congiunzione carnale deriverebbe comunque una lesione di pari portata all'aggregato familiare, e, dall'altro, si prescinde totalmente dalla necessità che dall'unione incestuosa derivi un fatto procreativo da cui effettivamente discenderebbe quella «commistione di ruoli» invocata dalla Corte tedesca.

### *3.2. Il cosiddetto «femminicidio» e la violenza familiare su «la donna in quanto tale». Tra soggetto giuridico/obiettivo di tutela sessuato e soggetto giuridico/obiettivo di tutela a sessualità universale*

Il plesso normativo che all'opinione pubblica è stato presentato come «legge sul femminicidio» è racchiuso nella legge 15 ottobre 2013, n. 119 che ha convertito in legge con modifiche il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonchè in tema di protezione civile e di commissariamento delle province<sup>124</sup>.

L'intitolazione riguarda, per quanto qui interessa, la violenza *di genere*, specificazione che non compare poi nel testo normativo, ma richiama un *background* sufficientemente chiaro sotto il profilo sociologico-criminologico: violenza «di genere» significa violenza su donne (e minori, nell'accezione invalsa) nella dimensione «sessuata» del fenomeno in quanto manifestazione delle relazioni di potere storicamente disuguali tra uomini e donne, che ha portato alla dominazione e alla discriminazione delle donne da parte degli uomini e ha impedito il pieno sviluppo della personalità delle donne. La violenza contro le donne è ritenuta uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini. In questa prospettiva già tra l'altro la Dichiarazione dell'ONU sull'eliminazione della violenza contro le donne (1993) descrive la violenza contro le donne come «qualsiasi atto di violenza per motivi di genere che provochi o possa

<sup>123</sup> Una tutela penale della potenziale progenie da danni genetici presupporrebbe l'inammissibile ponderazione tra, da un lato, l'interesse, in capo alla prole, a nascere senza difetti genetici e, dall'altro, l'interesse al non venire al mondo (BVerfG, 2 BvR 392/07 nr. 82-85).

<sup>124</sup> C. D. Leotta, *Femminicidio*, in *Digesto discipline penalistiche, Aggiornamento* (8), UTET, Torino 2014, p. 248; F. Mantovani, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in «Criminalia», 2013, p. 59 ss.

verosimilmente provocare danno fisico, sessuale o psicologico, comprese le minacce di violenza, la coercizione o privazione arbitraria della libertà personale, sia nella vita pubblica che privata» (art. 1).

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (5 novembre 2011), che è il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante che tende a dare un quadro giuridico completo per proteggere le donne contro qualsiasi forma di violenza, ed entrerà in vigore con la decima ratifica (inclusi otto stati membri<sup>125</sup>), con l'espressione «violenza nei confronti delle donne» designa una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata. Definisce inoltre la «violenza domestica»: tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o *partner*, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima. E con il termine «genere» si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini. All'espressione «violenza contro le donne basata sul genere» collega qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato.

La Convenzione in Italia è stata approvata all'unanimità sia dalla Camera dei Deputati (28 maggio 2013) sia dal Senato (19 giugno 2013), trovando quindi ratifica con legge 27 giugno 2013, n. 77. Risultano finora 8 ratifiche della Convenzione e l'opinione corrente dà per sicuro a breve termine il raggiungimento del *quorum* per

<sup>125</sup> La firma e la ratifica della Convenzione da parte dell'Unione Europea sono ad oggi poco probabili, sebbene siano molte le voci, in ambito europeo e in seno allo stesso Parlamento, che chiedono che la Commissione e il Consiglio accordino priorità alla ratifica della Convenzione, per dare una risposta efficace al fenomeno della violenza non solo all'interno dell'Unione, ma anche a livello della comunità internazionale, che attende dall'UE una presa di posizione decisa sul tema. È diffusamente avvertita la necessità di una visione comune europea del problema, e la Commissione è stata sollecitata ad adottare una strategia organica di azione contro la violenza di genere, corredata da strumenti legislativi: fin dal 2009 molti parlamentari, con numerose risoluzioni, hanno fatto esplicita richiesta alla Commissione di elaborare una Direttiva in tal senso. La questione politica centrale sembra quindi essere se la Commissione porterà avanti l'elaborazione di uno strumento legale per combattere il fenomeno; tuttavia, al momento essa non sembra intenzionata ad adottare alcuno strumento, in ragione del fatto che la violenza sulle donne non è ricompresa all'interno della lista di cosiddetti «euro-crimini», specificamente elencati nell'art. 83 del Trattato di Lisbona (che comprende terrorismo, traffico di esseri umani, di sostanze stupefacenti e di armi, crimine organizzato). Per tali motivi la Commissione non ha al momento manifestato l'intenzione di prendere iniziative in tal senso (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2013000084+0+DOC+XML+V0//FR>), ma è tuttavia determinata ad assistere gli Stati membri nell'implementazione delle recenti misure legali adottate in ambito di giustizia civile e penale, come il già citato EPO, monitorandone l'effettiva implementazione.

l'entrata in vigore. L'Italia contestualmente alla firma ha depositato presso il Consiglio d'Europa una nota verbale con la quale ha dichiarato che «applicherà la Convenzione nel rispetto dei principi e delle previsioni costituzionali». Si tratta di una dichiarazione interpretativa, motivata dal fatto che la definizione di «genere» contenuta nella Convenzione è ritenuta troppo ampia e incerta, suscettibile di presentare profili di criticità rispetto all'impianto costituzionale italiano<sup>126</sup>. In effetti l'incertezza è manifesta, poiché l'art. 3 della Convenzione stabilisce che *«con il termine genere ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini»*.

Questa è una delle ragioni per cui la violenza di genere compare solo nell'intitolazione della Novella in commento. Sul punto torneremo più avanti. Ora è da rilevare solo il nesso fondamentale tra la Novella e la Convenzione: la prima, se non assume propriamente il ruolo di legge di esecuzione della seconda, dato che questa non è ancora entrata in vigore, tuttavia nondimeno può considerarsi una esecuzione anticipata di quanto già ratificato. Non pare dubitabile, anche alla stregua della complessivamente coerente successione storica dei lavori parlamentari, che le nuove norme siano da interpretare anche alla luce della ratificata Convenzione.

La Convenzione nella parte penalistica tra l'altro individua una serie di fatti (violenza fisica e psicologica, sessuale, stupro, mutilazioni genitali, ecc.), perseguibili penalmente, quando le violenze siano commesse intenzionalmente. Promuove un'armonizzazione delle legislazioni per colmare vuoti normativi a livello nazionale e facilitare la lotta alla violenza anche a livello internazionale. A più riprese disconosce che elementi religiosi o culturali, tra i quali il cosiddetto «onore», giustifichino le violenze, e chiede tra l'altro alle Parti di introdurre le misure, legislative o di altro tipo, per garantire che nei procedimenti penali intentati per crimini rientranti nell'ambito della Convenzione, tali elementi non possano essere valorizzati a favore del reo.

In materia di sanzioni, la Convenzione chiede alle Parti di adottare misure per garantire che i reati in essa contemplati siano oggetto di punizioni efficaci, proporzionate e dissuasive, commisurate alla loro gravità. Contiene un ampio capitolo di previsioni concernenti le inchieste giudiziarie, i procedimenti penali e le procedure di legge, a rafforzamento delle disposizioni che delineano diritti e doveri nella Convenzione stessa.

Nel complesso grava sugli Stati l'obbligo di garantire alle donne una vita libera da ogni forma di violenza, solitamente indicato come «obbligo delle 4 P»: promuovere una cultura che non discrimini le donne; prevenire la violenza maschile sulle donne, adottando ogni misura idonea; proteggere le donne che vogliono fuggire dalla violenza maschile; punire/perseguire i crimini commessi nei confronti delle donne.

Su tutte queste premesse si può meglio comprendere la ragione per cui la legge in commento viene comunemente chiamata legge sul «femminicidio», nonostante

<sup>126</sup> [Http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/es0030inf.htm](http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/es0030inf.htm).

in essa non vi sia alcuna norma che riguardi il delitto di omicidio, e tanto meno vi si contempra uno specifico reato di femminicidio. In realtà la Novella va intesa nella prospettiva di anticipazione di tutela rispetto all'omicidio della donna nella cornice criminologica sopra indicata. Nella parte penalistica anche processuale, in complesso si interviene sulle norme applicabili in tema di violenza sulle donne compresa quella «domestica», quindi familiare nel senso più ampio<sup>127</sup>, nella speranza che ciò agevoli la prevenzione dell'esito più letale, ma con esasperazione dell'ormai consueta attenzione privilegiata alla vittima del reato, in una sorta di «percezione liquida» delle violenze familiari<sup>128</sup>.

A miglior precisazione delle connessioni tra il linguaggio giuridico e quello extragiuridico, nel contesto italiano, è opportuno notare che l'elaborazione teorica extragiuridica ma a volte anche quella giuridica, almeno nella prospettiva *de iure condendo*, utilizza il termine femminicidio per segnare le violenze fisiche e psicologiche contro le donne che avvengono in (e a causa di) un contesto sociale e culturale che contribuisce a una sostanziale impunità sociale di tali atti, relegando la donna, in quanto donna, a un ruolo subordinato e negandone, di fatto, il godimento dei diritti fondamentali. Il femminicidio comprende non solo l'uccisione di una donna in quanto donna, cui si attaglia semmai meglio il termine *femicidio* (o femmicidio) derivato dall'inglese, ma ogni atto violento o minaccia di violenza esercitato nei confronti di una donna in quanto donna, in ambito pubblico e/o privato, che provochi o possa provocare un danno fisico, sessuale o psicologico o comunque sofferenza alla donna. L'antropologa messicana Marcela Lagarde, fra le teoriche del concetto di femminicidio, avverte il carattere strutturale del problema: la cultura in mille modi rafforza la concezione per cui la violenza maschile sulle donne è un qualcosa di naturale, attraverso una proiezione permanente di immagini, dossier, spiegazioni che legittimano la violenza, fino al punto da legittimare la violenza – la violenza legittimata è uno dei punti chiave del femminicidio, quando per esempio il contesto culturale comporti sostanziale impunità, la «normalizzazione» del fenomeno femminicidio, soprattutto quando le istituzioni si mostrano inadeguate ad affrontare la drammatica specificità di tale fenomeno.

<sup>127</sup> Si veda la nozione di violenza domestica introdotta a determinati fini dall'art. 3 (art. 3. Misura di prevenzione per condotte di violenza domestica. 1. Nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibile ai reati di cui agli articoli 581, nonché 582, secondo comma, consumato o tentato, del codice penale, nell'ambito di violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto. Ai fini del presente articolo si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima).

<sup>128</sup> V. al riguardo A. Sereni, *Maltrattamenti e atti persecutori nel diritto penale del XXI secolo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Giappichelli, Torino 2011, p. 589 ss.

Con riguardo alla Novella, ritorna ancora una volta il problema di intendersi sulla funzione della pena. Questa è una legge che, come molte altre che hanno riguardato la condizione della donna sotto il profilo della violenza nella sfera sessuale o in quella domestica<sup>129</sup>, ha funzione simbolica e di promozione-propulsione. Si apprezza un problema penalistico peculiare: non si può punire qualcuno quando il suo bagaglio culturale gli impedisce di capire che ciò che fa è illecito. E non si può usare la pena cosiddetta esemplare, cioè quella per cui si punisce non per la colpevolezza rispetto al fatto ma per prevenire l'illecito di altri. E non si può del resto pensare che i problemi di arretratezza culturale sociale psicologica economica e quant'altro si risolvano col diritto penale. Maria (Milli) Virgilio ben nota che le norme contro la violenza di genere di effettivo vigore sono tutte di esclusivo carattere penale, e che il Piano d'azione straordinario è solo annunciato ed è a costo zero («senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»)<sup>130</sup>, salvo lo stanziamento per i centri antiviolenza e le case rifugio. Bisogna intervenire con maggior efficacia sulle situazioni previe, ciò che non vuol dire semplicemente prevedere misure di controllo di uomini violenti e gelosi, ogni volta più fantasiose e invasive. Bisogna riflettere in profondità sulle differenze nell'educazione impartita alla gioventù a partire dai primissimi anni di vita, quando la persona costruisce la propria idea interiore di lecito e illecito e la stessa idea di sé e della propria identità sessuale.

Per la prima volta con la legge in commento si ha l'adozione di misure di carattere non penale, bensì amministrativo di polizia, misure di prevenzione volte a consentire anche in assenza di querela l'ammonizione da parte del questore dei soggetti cui sia attribuibile una condotta violenta o vessatoria nei confronti della donna o del soggetto debole. Questo dilagare della misura di prevenzione è inarrestabile e non si vedono i segni di una resipiscenza anche della Corte costituzionale nel porre un freno alla progressiva erosione dei principi di civiltà giuridica<sup>131</sup>. A parte questi e pochi altri rilievi che seguiranno, si rischierebbe qui un fuor d'opera soffermandosi sui problemi anche e soprattutto costituzionali che le misure di prevenzione in genere sollevano, ai quali non si sottrae neppure la misura in esame, ordini di protezione compresi. Esse *di fatto* sono utilizzate in funzione sostitutiva di una pena che per le più varie ragioni non riesce a prevenire alcunché, e anche a mo' di anticipazione della pena, nonché comunque in funzione di prevenzione personale rispetto a fatti lesivi e sia pur privi di rilevanza penale (come nell'ipotesi degli ordini di protezione); *di diritto* hanno

<sup>129</sup> A. Manna, *La donna nel diritto penale*, in «Indice penale», 2005, p. 861 ss. Per un quadro generale e storico sulla condizione giuridica della donna in Italia v. M. Bellomo, *La condizione giuridica della donna in Italia: vicende antiche e moderne*, Il Cigno GG Edizioni, Roma 1996.

<sup>130</sup> [Http://www.women.it/cms/magazine-mainmenu-46/politiche-mainmenu-95/1384-decreto-legge-n-93-2013-una-prima-lettura-di-maria-milli-virgilio.html](http://www.women.it/cms/magazine-mainmenu-46/politiche-mainmenu-95/1384-decreto-legge-n-93-2013-una-prima-lettura-di-maria-milli-virgilio.html).

<sup>131</sup> V. più ampiamente S. Riondato, *Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciato da Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo stato di polizia? Attualità del «Problema penale»*, a cura di S. Riondato, Padova University Press, Padova 2012, p. 117 ss.

sempre trovato in complesso ragioni di legittimazione da parte della giurisprudenza costituzionale, almeno nella logica cosiddetta dell'emergenza, a partire dal menzionato terzo comma dell'art. 25 Cost., che fonda ampiamente la misura di prevenzione speciale, compresa quella avente mero scopo di neutralizzazione della pericolosità, com'è nei casi in esame. Peraltro, si è faticosamente delineato un regime di (qualche) garanzia di impronta penalistica, sostanziale e processuale, che ha conformato in senso riduttivo (sia pur molto relativamente) questo *terzo* binario della sanzione penale, per così dire (accanto a quelli della pena e della misura di sicurezza codicistica), sanzione che nella veste di misura di prevenzione corre oltretutto in molte ipotesi su di un binario processuale autonomo (processo di prevenzione)<sup>132</sup>.

Ciò che qui più interessa è la contraddizione che questa insistita barbarie delle misure di prevenzione manifesta, e che è bene illustrata nelle parole di un saggio magistrato<sup>133</sup>, che di seguito riassumiamo.

Vi è incompienza da parte del legislatore della Novella riguardo al principale punto di criticità del sistema di tutela della donna, come di qualunque soggetto debole: l'insufficienza dello strumento penale in presenza di situazioni, afferenti direttamente a profili di personalità, ovvero al costume, alla struttura della società, quando non a fattori educativi e persino economici, che sono insuscettibili di essere trattate esclusivamente con un intervento di tipo repressivo. I reati considerati, infatti, sono assai più di altri espressione di un disagio personale, di un difetto di comunicazione e di circolazione di sentimenti ed emozioni, di un difetto di comprensione da parte dell'aggressore dell'identità, della personalità e del ruolo emotivo e sociale del soggetto aggredito, in sostanza in ultima analisi del fraintendimento e del malgoverno delle basi più essenziali dell'edificio della vita intima e dei presupposti per l'esplicazione della propria personalità attraverso gli affetti. La materia, quindi, prima che d'interesse penale è di pertinenza delle scienze psicologiche e sociali; e, quanto ai profili di pertinenza di queste ultime, è fin troppo facile rilevare come le condotte di reato siano la traduzione in atto di una situazione potenziale che obiettivamente favorisce la sopraffazione ai danni del soggetto debole, nel caso la donna, e che ha nel sociale la sua base. Con ciò si vuol dire che tutte le situazioni che incidono sull'indipendenza della donna sotto il profilo educativo e culturale, oltre che su quello della dignità e del riconoscimento sociale (nell'accesso al lavoro, per esempio) e conseguentemente su quello economico, costituiscono altrettante leve facilitatrici della sopraffazione e altrettanti fattori di riduzione dell'accesso della vittima alla tutela legale e giudiziaria, e sotto il riguardo psicologico agevolano obiettivamente lo stabilirsi di un'alleanza

<sup>132</sup> V., per tutti, R. Guerrini, L. Mazza, S. Riondato, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, CEDAM, Padova 2004.

<sup>133</sup> A. Esposito, *Sintesi relazione Dott. Andrea Esposito, Giudice penale presso il tribunale di Reggio Calabria, Legge n. 119 recante disposizioni in materia di sicurezza e per il contrasto alla violenza di genere* ([http://www.pensionati.cisl.it/public/pdf/PDF\\_102.pdf](http://www.pensionati.cisl.it/public/pdf/PDF_102.pdf)).

psicologica tra aggressore e vittima che rende questi complementari nell'ambito di un quadro culturale che paradossalmente finisce per essere condiviso.

È tale quadro che deve essere mutato, attraverso interventi di tipo educativo indirizzati a favorire occasioni di consapevolezza a partire dall'età scolare, interventi assistenziali volti a creare una rete utile a intercettare il disagio sociale e personale, e soprattutto volte a elidere la situazione di sudditanza economica, educativa, culturale, lavorativa della donna e a stabilire una parità effettiva, che è parità non solo normativa, ma deve essere parità di *chance*, di lavoro, di dignità e riconoscimento sociale nell'ambito di una società *forte* nell'unico senso possibile: quello per cui non consente che nel suo organismo si creino situazioni di *debolezza*. Ciò allo scopo di attenuare l'incidenza del *pabulum* favoritivo dell'insorgenza di condotte aggressive rispetto alle quali l'intervento penale, pur amministrato da una legge *forte*, sconta e sconterà sempre il ritardo che separa gli interventi repressivi da quelli socio-educativi di competenza della società civile.

Rileviamo, con le donne<sup>134</sup>, che la crisi è soprattutto crisi d'identità. Il punto vero è la crisi di identità nelle relazioni tra uomini e donne, nel campo più intimo della relazione, nella relazione amorosa. Occorre un nuovo costume delle relazioni. A fronte di una nuova identità femminile stenta ad affermarsi una nuova identità maschile in grado di porvisi in relazione. La radice della moderna violenza sta nella fragilità dei ruoli e nella fragilità della relazione. Ancora non abbiamo conseguito una forma di relazione tra soggetti autonomi che siano in grado di stare su di un piano di pari autonomia e dignità. Per questo dobbiamo compiere un salto di qualità nella battaglia culturale, nell'assunzione di responsabilità da parte di tutti, perché la violenza ha radici anche moderne e non è quindi frutto solo di arcaismi. Un salto di qualità nell'azione, perché c'è un salto di qualità nella violenza, non già azione residuale di un mondo arretrato, bensì risposta nuova di una consapevolezza nuova di tutti rispetto ai diritti propri e altrui.

La violenza di genere pone il problema, affrontato ampiamente in ambito penalistico da Adelmo Manna anche sulla scorta delle indicazioni provenienti da Luigi Ferrajoli, dell'elaborazione e implementazione di garanzie, che si potrebbero chiamare garanzie sessuate, idonee a ridurre la divaricazione che sempre sussiste tra norme e fatti, tra normatività ed effettività, tra valori giuridici e realtà effettuale; in ambito penalistico, la sfida consiste nell'elaborazione di un garantismo della differenza che valga di fatto a garantire l'uguaglianza, senza però una pregiudiziale rinuncia all'universale neutro, funzionale alla costruzione di una responsabilità penale personale, responsabilità della persona intesa a prescindere dall'appartenenza di genere, soggettività senza corpo<sup>135</sup>. Adelmo Manna valorizza tra l'altro l'esistenza di taluni diritti fondamentali a titolarità esclusivamente femminile, come per esempio il diritto alla

<sup>134</sup> A. Serafini, *Libere e Liberi: da Lanzarote a Istanbul*, in *Quaderno di Libere*, n. 1, 5-10-2012 (web).

<sup>135</sup> Manna, *La donna*, cit.

maternità volontaria, e la progressiva (anche se contrastata e non sempre foriera di esiti apprezzabili sul piano delle garanzie penalistiche) conquista di autonomia della soggettività femminile, e fianco di una soggettività politica sessuata, e comunque la differenziazione di genere già attuata soprattutto con la legge sull'aborto che in definitiva riconosce la cosiddetta sovranità della donna.

Nell'ispirazione di fondo condivido l'esigenza di assicurare alla donna effettività nel godimento dei diritti fondamentali. Mi chiedo tuttavia, tra l'altro, se davvero abbiamo necessità di raffigurare da un lato un universale neutro (di rilevanza costituzionale) e dall'altro una soggettività sessuata che a questo punto, di principio, deve essere almeno duplice, quella femminile ma anche quella maschile (entrambe di rilevanza costituzionale). Questo assetto trinitario, che tuttavia poi si declinerà magari in una serie di combinazioni duali possibili nel gioco delle tre componenti, rischia a mio avviso di costituire tipi normativi troppo lontani dalla condizione umana non solo criminologica.

Mi chiedo quindi se il tipo unico normativo costituzionale di individuo umano non sia invece meglio concepibile come al contempo maschio-femmina/femmina-maschio. Qui posso solo accennare – volendo, suggestivamente –, per chi sia incline a valorizzare la tradizione religiosa, alla tradizione biblica, ovvero posso solo accennare brevemente all'ipotesi che, se c'è un Dio, questi ha creato l'uomo a sua immagine e somiglianza: Dio è maschio e femmina e né l'uno né l'altro contemporaneamente, quindi anche l'uomo e la donna lo sono. «Dio creò l'uomo a sua immagine; a immagine di Dio lo creò; maschio e femmina li creò»<sup>136</sup>. È il 10 settembre del 1978 quando Papa Giovanni Paolo I, provocatoriamente lancia uno spiraglio di novità sul torpore teologico della vecchia curia, quando dice: «Dio è papà, più ancora è madre». La reazione fu di gelo e di imbarazzo, ma aprì a sviluppi inediti – Dio è sempre stato per tutti esclusivamente Padre, maschio. Durante il Giubileo del 2000, Papa Giovanni Paolo II fece pubblica ammenda per i peccati commessi nel passato dagli ecclesiastici: tra le sette categorie di peccati menzionati, vennero anche nominati i peccati contro la dignità delle donne e delle minoranze. Ma già il 10 luglio 1995 inviò una lettera destinata «ad ogni donna» in cui chiedeva perdono per le ingiustizie compiute verso le donne nel nome di Cristo, la violazione dei diritti femminili e per la denigrazione storica delle donne. In questa lettera si dice tra l'altro che femminilità e mascolinità sono tra loro complementari *non solo dal punto di vista fisico e psichico, ma ontologico*. È soltanto grazie alla dualità del «maschile» e del «femminile» che l'«umano» si realizza appieno.

Ma vengo a una visione laica, e muovo ora dal presupposto che Dio non ci sia o comunque non rilevi. Nondimeno, il principio di partenza preferibilmente mi pare lo stesso, cioè che il principio è maschio/femmina-femmina/maschio. Siamo tutti di fondo mezzi maschi e mezzi femmine, per così dire. Geneticamente la

<sup>136</sup> Gn 1,27 [«Io», nel testo ebraico: אֱלֹהִים (otò)].

determinazione sessuale è un delicato equilibrio tra geni maschili e geni femminili. Anche qui posso ulteriormente e solo a titolo suggestivo accennare a quanto affermava C.G. Jung. Per Jung non vi sono uomini tanto virili da non avere in sé nulla di femminile. La rimozione dei tratti femminili cagiona accumuli di pretese controsessuali nell'inconscio, sicché l'immagine della donna per l'uomo calamita queste pretese e l'uomo nella sua scelta di una donna tende a quella che risponde alla propria femminilità inconscia. Analogamente per la donna. La dipendenza reciproca di maschio e femmina, per cui l'uno affida all'altro l'azione per quella parte di se stesso che non conosce, è correlata alla misura dell'estremizzazione dei caratteri prevalenti del proprio sesso e del rigetto della propria parte controsessuale. La mancanza di integrazione, nella donna del suo «maschile», nell'uomo del suo «femminile», genera unilateralità, quindi insufficienza, inadeguatezza, conflitto.

Per completezza (solo) di suggestione, segnalo la trattazione di Pierre Bourdieu<sup>137</sup>. Bourdieu afferma l'esistenza, nel mondo interno di ciascuno di noi, di una componente «androcentrica», in grado tuttora di condizionare in larga misura i nostri pensieri e le nostre azioni. La dominazione maschile, per Bourdieu, è talmente strutturata nell'inconscio femminile che noi non la percepiamo più, quasi a essere considerata un ineliminabile dato di natura. Questo inconscio androcentrico è presente sia negli uomini che nelle donne. E su questa base il sociologo francese spiega quella che considera una sottomissione paradossale a un principio simbolico conosciuto e riconosciuto dal dominante e dal dominato, e che ha generato una asimmetria tra i sessi, ripresa, a vari livelli, dalla biologia alla psicologia, e, possiamo aggiungere, alla criminologia.

Annoto infine, *last but not least*, l'opinione secondo cui la differenza uomo/donna ha soltanto derivazione culturale, e quindi sostiene la possibilità di superare il «binarismo sessuale», riconducendo il genere alla scelta individuale. L'identità di genere non sarebbe determinata né dalla natura, né dalle convenzioni sociali, ma dalla propria individualità<sup>138</sup>.

In effetti, se il principio fosse maschio-femmina/femmina-maschio, insomma onnicomprensivo, senso di donnità (da donna-femmina) e senso di umanità (da uomo-maschio) caratterizzerebbero anche il principio fondamentale del diritto penale, quello consacrato anche nell'art. 27 della nostra Costituzione, secondo cui la disciplina della pena deve essere conforme al senso di umanità, quindi alla dignità umana che è dignità maschile-femminile e non solo l'una né solo l'altra, per tutti. Ma vado oltre. Nel superamento armonico di una concezione costituzionale anche penale che assuma fondamentalmente una dicotomia donna-uomo, ipotizzerei un dubbio sulla

<sup>137</sup> P. Bourdieu, *La domination masculin*, Le Seuil, Paris 1998.

<sup>138</sup> J. Butler, *La disfatta del genere*, Ed. Meltemi, Roma 2006, p. 210. Cfr. S. Argenterio, *La questione del transgender tra diritto e delirio*, in *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, a cura di S. Rodotà, F. Rimoli, Carocci, Roma 2009, p. 55 ss.

circostanza che esistano taluni diritti fondamentali a titolarità esclusivamente femminile come sostiene Adelmo Manna che indica per esempio il diritto alla maternità volontaria<sup>139</sup>. Siamo ancora legati al dato naturale dell'incubazione nel ventre materno per cui la paternità non è maternità e viceversa? Già la coppia omosessuale rivendica al contempo maternità-paternità, e del resto non si vede perché, nella logica personalistico-individualista che buona parte del pensiero laico e soprattutto laicista propugna, per esempio un marito cui è morta la moglie non possa rivendicare la paternità-maternità da attuare anche valendosi delle tecniche oggi o domani a disposizione, dalla crioconservazione all'affitto di utero eccetera.

Il problema della differenza va affrontato non solo sul presupposto che le distinzioni di sesso dovrebbero essere ridotte a ciò che è strettamente necessario per rimuovere gli ostacoli all'uguaglianza (non tra i sessi ma) tra gli individui, ma ancora prima sul presupposto che l'identità sessuale appartiene alla scelta dell'individuo umano e non può essere attribuita autoritariamente dalla collettività, quindi impedita magari distinguendo tra identità sessuali ammissibili e identità inammissibili. Le declinazioni sessuali del tipo normativo fondamentale di individuo umano appartengono all'autonomia individuale e la loro varia conformazione non reagisce sulla comune, eguale dignità, e non reagisce sulla comune titolarità indistinta dei diritti fondamentali.

La differenza non sta a principio. Il diritto deve rimuovere gli ostacoli all'uguaglianza. La legislazione sessuata si giustifica solo in quanto ragionevolmente tenda a questo obiettivo. L'uccisione della donna può davvero essere radicalmente diversa dall'omicidio dell'uomo, dell'omosessuale, della lesbica, del transessuale, del bisessuale, del senza-sesso, dell'androgino, del femminiello, del bambino, della bambina, del mostro sessuale umano e via distinguendo? Nella Convenzione di Istanbul, pur essendo ben dieci su ottantuno gli articoli dedicati a obblighi di penalizzazione (artt. da 32 a 41) nessuno di essi contiene né la richiesta di introdurre una fattispecie di femminicidio nell'ordinamento nazionale, né tantomeno di inserire un'aggravante dell'omicidio se la vittima è una donna. L'art. 46, rubricato circostanze aggravanti, impone agli Stati parte di introdurre un'aggravante se il reato è stato commesso «contro l'attuale o l'ex coniuge o partner, come riconosciuto dal diritto nazionale, da un altro membro della famiglia, dal convivente della vittima o da una persona che ha abusato della propria autorità», e si applica solo alle fattispecie cui si riferisce la convenzione stessa, tra le quali non è compreso l'omicidio.

I delitti sessuali, come rileva Adelmo Manna, sono strutturati all'uopo di rimuovere gli ostacoli. Parevano una vittoria delle donne ma in realtà non giungono alla costruzione di una soggettività politica sessuata. La legge sull'interruzione di gravidanza ci riesce meglio perché poggia sull'ormai superato *gap* tecnologico. Ma una volta che i maschi dispongano della tecnologia adeguata, anche il ventre materno perderà il suo potere, e il dominio sulla creazione della vita sarà disponibile a tutti i sessi, la

<sup>139</sup> Manna, *La donna*, cit., p. 860.

sessualità slegandosi completamente dalla natalità, e perfino dall'essere umano, come va slegandosi clamorosamente, nonostante i tentativi di arrestare quell'incontrollato dominio, per esempio la legge sulla procreazione medicalmente assistita, che proprio nelle sue norme penali che concernono la punizione della creazione di chimere, chimere anche umane, si riferisce alla realtà che qui va prefigurandosi. Se ne dirà anche in seguito.

Lo stesso sfruttamento sessuale delle donne, e per converso il potere, delle donne ma non solo di queste, incentrato sulla sessualità, svanirà con la creazione della donna o meglio dell'oggetto sessuale artificiale realistico e financo superrealistico, oppure di pura fantasia, che ognuno plasmerà a misura della propria sessualità, il che oggi è già in misura rilevante anticipato dagli esiti della sessualità telematica. Ormai si pensa al robot, androide, *cyborg*, ginoide, actroide o che dir si voglia, magari in prospettiva transumanista o post-transumanista, con tutti i rischi di un neodarwinismo sociale e correlato neonazismo. Anche qui solo suggestivamente ricordo le peraltro molto stimolanti riflessioni della femminista Haraway sul mondo post-genderiano, e la sua teoria del *cyborg*<sup>140</sup>. La Haraway rileva che non solo Dio è morto ma anche Dea. Ma per noi si tratta di vedere se e cosa risorge, nel post-post-moderno che ormai ha annullato tutte le dicotomie, anima e corpo, maschio femmina, ecc. Con ciò anche femminismo e maschilismo sono parole che richiamano contenuti in via di obsolescenza<sup>141</sup>.

Nondimeno, femicidio e femminicidio sono entrati in vario modo in certe legislazioni penali e in guisa più o meno «sessuata». In particolare, bastino alcuni cenni all'esperienza del Sud-america<sup>142</sup> in cui il problema della violenza sulle donne è molto più drammatico che da noi.

Pregno di significatività è anzitutto l'articolo 390 del *Código penal* cileno, che oggi stabilisce: «Chi, essendo a conoscenza delle relazioni che li legano, uccide il

<sup>140</sup> D. Haraway, *Manifeste Cyborg: science, technologie et féminisme socialiste à la fin du XXe siècle*, tr. franc., all'indirizzo <http://www.cyberfeminisme.org/txt/cyborgmanifesto.htm>.

<sup>141</sup> Sotto tutti questi profili, anzitutto, risultava non accettabile la troppo complicata e scarsamente tassativa definizione penalistica di «identità sessuale» data dall'art. 1 della proposta di legge presentata il 15 marzo 2013 dall'On. Scalfarotto, «Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia»: 1. *Ai fini della legge penale, si intende per:* a) «identità sessuale»: l'insieme, l'interazione o ciascuna delle seguenti componenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale; b) «identità di genere»: la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico; c) «ruolo di genere»: qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna; d) «orientamento sessuale»: l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi. Questa definizione non compare più nel testo approvato con modifiche dalla Camera il 19 settembre 2013 (nuovo titolo: «Disposizioni in materia di contrasto della transfobia e dell'omofobia»).

<sup>142</sup> E. Corn, *Il «femminicidio» come reato. Spunti per un dibattito italiano alla luce dell'esperienza cilena*, in «Diritto penale contemporaneo», 2013, p. 3 ss.

padre, la madre o il figlio, qualunque altro dei suoi discendenti o ascendenti o chi è o è stato il suo coniuge o il suo convivente, sarà punito, come parricida, con la pena dal presidio maggiore in grado massimo al presidio perpetuo qualificato.

Se la vittima del reato descritto nel comma precedente è o è stata la coniuge o la convivente dell'autore, il reato prenderà il nome di femminicidio».

Questo è un capolavoro di legislazione penale, almeno sotto il profilo simbolico. Emanuele Corn osserva che così si punisce eventi di femminicidio che si possono definire intimi, cioè che corrispondono a un delitto commesso nell'ambito di una famiglia o «ex-famiglia». Unire la fattispecie di femminicidio a quella di parricidio impone alla prima di condividere la storia della seconda, che fin dall'antichità ha giustificato la propria esistenza e l'aggravamento estremo della pena in virtù dell'obbligo di protezione che il diritto impone ai parenti più stretti. Con l'introduzione di una fattispecie di femminicidio così tratteggiata tutto permane nell'ambito di protezione della famiglia e finisce per essere quest'ultima quella che beneficia dell'aumentata stigmatizzazione, non la donna. Del resto, esistendo fattispecie penali speciali «sesuate», le donne si trasformano in vittime per definizione, con un rafforzamento dell'immagine in sé di vittime che, forse anche da una prospettiva femminista, «finisce per diminuire, nell'immaginario sociale, il senso di legittimazione delle donne»<sup>143</sup>.

Interessante è, inoltre, l'articolo 6 del Decreto del *Congreso de la República de Guatemala*, 2 maggio 2008, n. 22: «Femminicidio: Commette il reato di femminicidio chi, nel contesto delle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, uccide una donna, a causa della sua condizione di donna, avvalendosi di qualsiasi delle seguenti circostanze:

- a. Aver preteso, infruttuosamente, stabilire o ristabilire una relazione di coppia o di intimità con la vittima.
- b. Avere, all'epoca in cui si perpetra il fatto, o aver avuto con la vittima relazioni familiari, coniugali, di convivenza, di intimità o di fidanzamento, amicizia o fraternità o relazioni di lavoro.
- c. Come risultato della reiterata azione di violenza ai danni della vittima.
- d. Come risultato di riti collettivi usando o no armi di qualsiasi tipo.
- e. Con disprezzo del corpo della vittima, per soddisfare istinti sessuali o commettendo atti di mutilazione genitale o qualsiasi altro tipo di mutilazione.
- f. Per misoginia.
- g. Quando il fatto si realizzi in presenza delle figlie o dei figli della vittima.
- h. In presenza di qualsiasi circostanza qualificativa tra quelle indicate nell'articolo 132 del Codice penale.

La persona responsabile di questo reato sarà punita con pena di prigione da venticinque a cinquanta anni e non le si potrà concedere riduzione di pena per nessun

<sup>143</sup> Corn, *Il «femminicidio»*, cit., p. 18 ss.

motivo. Le persone processate per la commissione di questo reato non potranno godere di nessuna misura sostitutiva».

Taluno dei complicati requisiti guatemaltechi rischia di ridurre la fattispecie a un puro valore simbolico. Comunque, qualificare femminicidio l'omicidio in cui la vittima è una donna «per il fatto di essere tale» è un'affermazione priva di fondamento tecnico, che in certa misura sorprende, anche quando si legge all'interno di lavori scientifici. Quando, poi, viene utilizzata in scritti o interventi destinati alla divulgazione, finisce solo per creare disinformazione e conseguente sfiducia nel sistema penale da parte dell'opinione pubblica. Infatti, la parola «per» utilizzata in questo contesto impone al penalista di fare riferimento al movente del reato<sup>144</sup>. In ambito penale non è consigliabile di seguire la definizione fornita dal Devoto-Oli: «Qualsiasi forma di violenza esercitata sistematicamente sulle donne in nome di una sovrastruttura ideologica di matrice patriarcale, allo scopo di perpetuare la subordinazione e di annientare l'identità attraverso l'assoggettamento fisico o psicologico, fino alla schiavitù o alla morte».

L'uomo che maltratta, che violenta, che uccide, che perseguita la donna non lo fa «perché è donna», ma lo fa semmai perché è *quella* donna (moglie, convivente o fidanzata o che altro qualificato comunque da una specifica relazione anche contingente) sulla quale egli tende ad esercitare un potere che non esiste fuori dalla sua mente – tanto varrebbe dire che si tratta dell'omicidio di una donna commesso da chiunque «per il fatto di essere uomo». Più esattamente, a parte pure gli stati emotivi o passionali, nei confronti di quella donna l'uomo si riconosce dotato di *potestas* per non dire sovranità illimitata. Di solito, quanto meno nelle relazioni affettive, egli concepisce, nella sua visione del mondo e più o meno lucidamente, la donna come parte di se stesso in logica proprietaria, la donna perciò *soggetta a legittimo dominio*. L'istituzionalizzazione del dominio comporta un generalizzato trattamento dei maschi-dominatori sulle donne, maschi soggetti e donne oggetti, sicché il costume finisce per associare alla donna un regime di trattamento deteriore appunto in quanto donna.

### 3.3. *L'interruzione della gravidanza e altra normativa di crisi del valore dell'essere umano e della famiglia. Cenni su soggettività centrali (meridiane) e soggettività crepuscolari (marginali)*

Conclusioni come quelle prese dalla Corte costituzionale in tema di incesto o come quelle legislative in tema di «femminicidio» sono importanti al fine dell'apprezzamento del ruolo e dei contenuti assegnati e assegnabili alla considerazione giuridico-penale della famiglia, quindi alla pena, ma non esauriscono le tendenze

<sup>144</sup> Corn, *Il «femminicidio»*, cit., p. 14.

dell'ordinamento, le quali anzi denotano l'accennata crisi del portato simbolico del diritto penale, crisi rispetto alla quale proprio quelle conclusioni costituiscono in buona sostanza un'estrema reazione che oltretutto è stata male indirizzata.

Il fatto è che i temi familiari più rilevanti attingono ben altre realtà inserite nel fuoco delle mire penalistiche, come, per fare l'esempio più pertinente, cui si è già accennato, la creazione della vita umana e la disposizione sulla vita stessa<sup>145</sup>. Qui la pretesa simbolica vorrebbe da parte sua intensificarsi poiché riguarda addirittura una valutazione sulla nozione/meritevolezza di vita<sup>146</sup>, ma si avvia sui sentieri della programmazione riguardo sia alla nascita/inizio della vita sia alla conformazione biologico-genetica del nascituro, con la conseguente complessa difficoltà di soluzione giuridico-penale<sup>147</sup>, sempre affrontando misurazioni della reificazione strumentale cui è ormai soggetto l'essere umano (anche) embrionale o potenziale. L'affermazione di valori tramite l'attrezzo giuridico (anche) penale affronta le sollecitazioni che il cosiddetto progresso tecnico-scientifico reca incrementando le cennate potenzialità di *dominio dell'uomo sull'uomo*, per tale intendendosi, si è già detto, anche il *dominio della famiglia sull'uomo e dell'uomo sulla famiglia*, a partire appunto dalla disposizione creativa riguardo all'essere umano<sup>148</sup>, che volendo potrebbe essere intesa quale atto di manifestazione di familiarità, atto costitutivo.

La crisi avanza dal momento in cui si fa incerto il valore di riferimento, cioè il valore-Umano, come la legge *speciale* cosiddetta sull'aborto (legge 22 maggio 1978, n. 194 – *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*) ha manifestato proceduralizzando la decisione ultima sulla creatura umana, del che tra poco si dirà meglio. Intanto si noti che parte della dottrina penale tenderebbe a confinare anche le questioni concernenti l'identità genetica (identità «familiare»?) in una legge speciale<sup>149</sup>, quindi fuori dal codice penale cioè dal *corpus* penalistico che (forse solo) per tradizione si ritiene rappresentativo dei più importanti beni/interessi stabilmente condivisi<sup>150</sup>. In tutto ciò potrebbe ravvisarsi un ulteriore segnale di quell'«ambiguità» che taluno rileva nel diritto penale familiare

<sup>145</sup> V. A. Santosuosso, *Corpi e soggetti: l'invenzione del sé, tra biotecnologie e categorie giuridico-politiche*, in *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, cit., p. 31 ss.

<sup>146</sup> Per un primo quadro generale su questo tema v. P. Zatti, *I dilemmi della nascita*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. II, Giuffrè, Milano 1998, p. 897.

<sup>147</sup> A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino 2012 (ivi ult. ind.).

<sup>148</sup> Riguardo a tale disposizione v. S. Canestrari, *Procreazione medicalmente assistita e diritto penale*, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1293; R. Riz, *Bioetica-Fivet-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in «Indice penale», 2000, p. 453; L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, Milano 2001.

<sup>149</sup> A. Manna, *Tutela degli embrioni e diritto penale*, in «Politica del diritto», 1990, p. 693; A. Manna, *Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Italia*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1996, p. 535.

<sup>150</sup> Criticamente, G. Fiandaca, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in «Diritto penale e processo», 2001, p. 137 ss.

vigente, nel senso che tale diritto è destinato a sanzionare condotte vieppiù soggette a processi di «privatizzazione»<sup>151</sup> i quali contribuiscono a pervaderle progressivamente di inoffensività per la comunità generale.

Ma la coppia privatizzazione-inoffensività sottende un processo di acquisita indifferenza ai valori. Questi processi sempre più spesso derivano da un mutamento dell'esito del giudizio di anti-giuridicità che presiede (non esclusivamente) alla penalizzazione, quando non da una sospensione dello stesso giudizio. Ciò avviene, appunto, soprattutto rispetto a quanto sta in relazione diretta o indiretta con concezioni tradizionali che nella famiglia concentrano la cennata *regolamentazione della sessualità* e quanto vi si connetta (famiglia come metafora della sessualità), cioè, un tempo, dell'unica e tecnicamente incontrollabile, prima *modalità di riproduzione*, soggetta anche perciò alla *morale (soprattutto sessuale) familiare*<sup>152</sup>, la quale custodiva tra l'altro l'*inizio della vita* che il menzionato modello primatista di famiglia (coniugale, legittima) da sé rappresentava *in potenza*, in funzione promozionale (famiglia come agente sociale della procreazione).

L'evoluzione dei costumi e della tecnica ha comportato una decisiva, compiuta dissociazione del trinomio sessualità, procreazione, affetto/amore, nelle sue componenti e rispetto alla famiglia se intesa come centro di imputazione esclusivo<sup>153</sup>. La stessa relazionalità familiare tende a dissolversi fin dall'inizio della vita. Fatica quindi a sostenersi l'idea, e tanto più in ambito giuridico, che la famiglia sia principio antropologico appartenendo alla struttura costitutiva dell'essere umano – fermo restando l'amaro rilievo del conseguente inaridimento dell'«umanità»<sup>154</sup>. L'incertezza etica che al riguardo attualmente pervade la cosiddetta bioetica e il correlato biodiritto<sup>155</sup> pregiudicano la fondatezza di qualsiasi ricognizione del Torto. C'è un fenomeno di privatizzazione diffusa che si sostituisce alla rilevanza pubblicistica dei valori sottesi alla morale familiare di ispirazione tradizionale, quindi *in primis* del valore dell'uomo, comprese le condizioni «ambientali» *precedenti* la sua iniziale vita/esistenza, gli stessi *fattori della vita*, personali (genitori) e materiali (geni ecc.). È in gioco l'attribuzione e conformazione normativa della dignità umana e quanto ne consegue. L'originaria, unitaria rilevanza pubblicistica tende a stemperarsi sublimandosi in procedure di controllo che sono al contempo procedure di allocazione di potere decisorio privati-

<sup>151</sup> Uccella, *La tutela penale della famiglia*, cit., p. IX.

<sup>152</sup> Criticamente, Violante, *La famiglia nel diritto penale*, cit., p. 35.

<sup>153</sup> Riguardo alla sessualità, il processo si è evoluto con la nuova formulazione dei reati contro la libertà sessuale (legge 15 febbraio 1996, n. 66).

<sup>154</sup> Per una difesa del principio vedi F. D'Agostino, *La famiglia, principio antropologico*, traccia dell'intervento al Convegno delle presidenze diocesane *Le responsabilità pubbliche dell'amore: matrimonio, famiglia, educazione* (Roma, 27-30 aprile 2007) (<http://www.dialoghi.net/wp-content/uploads/2007/04/dagostino.pdf>). Si veda inoltre Id., *Credere nella famiglia*, San Paolo Edizioni, Roma 2010.

<sup>155</sup> Vedi il citato *Trattato di biodiritto*, in particolare i volumi II (*Il Governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011) e IV (*Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere, S. Riondato, Giuffrè, Milano 2011).

stico (privatizzazione) – e con ciò di frammentazione – le quali convergono sulla stessa (attribuzione di) dignità, procedure costruite talvolta formalmente come foriere di bilanciamenti (ma senza che si rinvercano criteri sostanziali di giudizio).

Ne è insuperato esempio, e matrice di ogni ulteriore sviluppo, la cennata legge 22 maggio 1978, n. 194, che tutela solo apparentemente la maternità (mentre pospone tra l'altro la paternità) ma consente a larghissime maglie l'interruzione della gravidanza, costruendo una sfera di potere consustanziato a una inedita *famiglia matriarcale*, cioè dominata dalla genitrice-gestante. Il giure fa luogo alla soppressione (volendo, impedimento) della maternità assieme a quella della nuova creatura umana, coerentemente alla premessa secondo cui in capo ad individui qualificati, «donne», esiste un *diritto alla procreazione* (art. 1). Questo diritto conseguentemente si sostanzia in un diritto sulla creatura (*homo homini deus*). Qui sta il riconoscimento normativo del passaggio dall'*homo faber* all'*homo creator*<sup>156</sup>, passaggio che troverà vieppiù sviluppo col progresso delle conoscenze e delle tecniche, come più avanti di dirà<sup>157</sup>.

Per la legge del '78 la famiglia matriarcale dispone così di sé, secondo le «sue» ragioni che son quelle insindacabili della genitrice (artt. 4 ss.) – perciò si può con ragione sostenere che la Novella del '78 ha determinato per la donna la cessazione della subordinazione biologica dal ruolo di madre<sup>158</sup>. A sua volta, il diritto penale è chiamato a presidiare nude procedure anziché valori-beni-interessi, disperdendo il criterio di apprezzamento dell'essere umano che, perciò, la norma penale non è in grado di nominare (perciò non lo nomina). Questo criterio è il risultato, tendenzialmente pluriverso delle procedure, e non il presupposto tendenzialmente invariato. Esso costituisce l'adeguata chiusura di un regime che perciò è connotato da alti tassi di aporeticità (irriducibilità interpretativa). Il miglioramento della tecnica abortiva – per esempio, cosiddetta pillola del giorno dopo – ridicolizza la stessa procedura, lasciando residuare solo l'effettività indefinitamente espansiva del diritto alla procreazione, che però è inteso secondo modalità di esercizio implicanti la soppressione del procreato, quindi è diritto sul procreato.

Non deve quindi sorprendere che nella dominante dimensione «laica» del diritto penale, la quale è frutto della incessante secolarizzazione del diritto penale, e perciò si trova consustanziata, perfino suo malgrado, al pluralismo individualistico (personalistico), compreso quello giuridico, gli ulteriori sviluppi del diritto alla procreazione, per esempio quelli concernenti le tecnologie riproduttive, siano concepiti secondo una prospettiva di tendenziale «astensionismo» penale<sup>159</sup>, che a veder bene è più esat-

<sup>156</sup> Per una sintetica considerazione critica delle varie posizioni sul punto v. P. Becchi, *Dignità umana*, in U. Pomarici, *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2007, p. 153 ss.

<sup>157</sup> Sotto questi profili parrebbe troppo riduttivo interpretare la legge del '78 come mera tecnica di soluzione del problema posto dall'insostenibilità della coercizione giuridica, come propone D. Pulitanò, *La vita prenatale*, in *Diritto penale. Parte speciale, vol. I. Tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Giappichelli, Torino 2014<sup>2</sup>, p. 103 ss.

<sup>158</sup> P. Violante, *La tutela penale della donna*, in «Indice penale», 1984, p. 659.

<sup>159</sup> S. Canestrari, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla*

tamente una decisione di non luogo a impiegare la sanzione penale, e di ricorrere a punizioni meno gravi, amministrative o disciplinari, più consone a violazioni che appaiono formali, o a non-punizioni, mentre però *violazioni davvero sostanziali non esistono*, sicché la tutela punitiva, laddove ricorre, attinge la mera formalizzazione di un processo decisionale. In effetti, qui è più a monte semmai da reclamare per ragioni di coerenza interna l'astensionismo legislativo *tout court*, dal momento che il diritto legislativo non sa più, nonché porsi come misura, nemmeno coglierne una propria eteroindotta. Una volta persa la «persona umana» in uno con la sua fisicità, si determinano conseguentemente le cosiddette smaterializzazioni delle fattispecie penali che perciò restano soltanto formalmente ascrivibili alla tutela di una dignità umana ridotta così a pura, inconferente astrazione<sup>160</sup>.

Le stesse chiavi di lettura valgono rispetto a ogni successivo sviluppo normativo che nella rincorsa (perdente, a quanto pare) al cosiddetto progresso tecnico-scientifico affronti le sorti dell'uomo «detenuto», per così dire, in atto o in potenza da altri suoi *nuovi tipi artificiali di «famiglia/genitore»* (talvolta concorrenti tra loro e con quelli «naturali»), cioè i *centri di potere in fatto* i quali attendono, anzi ostacolano, una regolamentazione giuridica del proprio diritto sull'«oggetto» per le più disparate utilizzazioni, o semmai pretendono ulteriori ampliamenti dell'onnivora prospettiva giuridica autoreferenziale, tragicamente pregna di avaloriale neo-cannibalismo, che il personalismo individualistico reclama. Quest'ultimo si incarna tra l'altro nel cosiddetto diritto umano alla genitorialità, che da sé esprime non la *pro*-creazione ma solo la creazione, non la dimensione sociale della coppia genitoriale procreativa ma la dimensione individuale del supremo *Creator*. Un passo in questa direzione è ravvisabile anche nella recente sentenza costituzionale che in tema di fecondazione eterologa finisce coll'affermare un nuovo *nomos* dei diritti fondamentali – teoria delle libertà come facoltà consentite all'uomo dalla scienza e dalla tecnica –, annullando il divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge sulla procreazione medicalmente assistita, secondo una concezione della «famiglia» sempre più sganciata dal «matrimonio» di cui al paradigma costituzionale dell'art. 29<sup>161</sup>.

*ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *La tutela penale della persona*, a cura di Fioravanti, cit., p. 57 ss. Cfr. altresì E. Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2008.

<sup>160</sup> Cfr., su questi temi, F. Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona*, a cura di Fioravanti, cit., p. 410 ss.

<sup>161</sup> Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162 (dep. 10 giugno 2014). La pronuncia è stata pubblicata mentre il presente lavoro era già in fase avanzata di stampa. V. al riguardo A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ivi ulteriori commenti): «Quella che pare emergere nella pronuncia in commento è, in sostanza, una concezione delle libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive, lontana dall'idea repubblicana della "libertà sociale". L'idea che i diritti fondamentali siano attribuiti della persona come animale sociale e politico, sembra essere scalzata da un'innovativa teoria delle libertà come facoltà consentite all'uomo dalla scienza e dalla tecnica. Questo ruolo cruciale della scienza nella definizione della persona e dei suoi diritti pare neutralizzare anche il contenuto morale del diritto costituzionale che invece rappresenta l'essenza dello stato costituzionale.

L'affollamento dei temi che queste nuove relazioni «familiari» suscitano, rende da sé il senso della disunità del valore umano e quindi del valore familiare: dalla «maternità surrogata», alla maternità macchinistica congelante e congelata (embrione ibernato), alla gestazione *post mortem*, alla ectogenerazione (relativa, e futuribilmente assoluta), al dominio sul genoma, all'eugenetica selettiva, alla clonazione, al brevetto dell'uomo e conseguenti utilizzi dell'umano e poi dell'umanoide (animaloide?) in intero o in parte, ecc. Basti osservare che sul(l'erroneo<sup>162</sup>) presupposto per cui alla cosiddetta scienza non sono opponibili limiti<sup>163</sup>, si erge l'illimitata disposizione sull'oggetto-umano, aperta dal diritto alla pro-creazione, dove il pro si riflette sul titolare, quindi è rafforzativo del diritto alla creazione, pure ben oltre il diritto alla generazione, mentre il creato gode di dignità soltanto strumentale ai fini del creatore.

Allo stesso modo, una volta ammesso (erroneamente) che non solo la relazionalità sessuale ma anche la connessa (o no, aggiungiamo) attitudine procreativa deve rimanere sottratta a qualsiasi ingerenza giuridica<sup>164</sup>, si apre la via della deresponsabilizzazione per qualsiasi impiego ed esito di tale attitudine, a maggior ragione nell'ipotesi in cui il dominio umano sull'attitudine procreativa riesca a realizzarsi incardinandosi in tutto o in parte su mezzi e modi «artificiali» (disconnessi), per così dire. Nella seconda parte del titolo del paragrafo è ripresa alla lettera una distinzione adottata da Lombardi Vallauri<sup>165</sup>, che tra le soggettività marginali annovera anzitutto l'embrione umano, ma in realtà lo inquadra con molta ragione alla stregua della soggettività centrale costituita dall'individuo umano: «l'unico modo per non riconoscere all'embrione il diritto alla vita è non riconoscerlo all'individuo umano». Altra cosa è, infatti, una volta definite le attribuzioni della vita umana, bilanciare vita con vita o altro, nelle soluzioni giuridiche, senza ipocrisie devalorizzanti nel momento definitorio.

L'umano in bilanciamento, da soggetto diventa oggetto, o quanto meno valore sempre bilanciabile con qualsiasi altro. Intanto, l'ambiente-origine famiglia evapora nullificato o transustanziano in entità ormai irricognoscibili rispetto a un concetto-base tradizionale quale che sia.

Portato alle estreme conseguenze, il primato della scienza può porre in radicale contestazione tutti i valori fondamentali su cui poggia la Costituzione, se e solo se le evidenze scientifiche consentono ciò che la Costituzione o non ha previsto o non ha voluto. Appunto: *ubi scientia, ibi iura*.

<sup>162</sup> V. la Convenzione del Consiglio d'Europa su diritti dell'uomo e biomedicina (4 aprile 1997; in vigore dall'1 dicembre 1999) e il suo Protocollo addizionale sul divieto di clonazione di esseri umani (trattato multilaterale 12 gennaio 1998, n. 168; in vigore dal 4 marzo 2001), avviati dal Parlamento italiano alla ratifica e esecuzione il 14 marzo 2001.

<sup>163</sup> Nella sterminata letteratura, v. J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, tr. it., Einaudi, Torino 2002; H. Jonas, *Sull'orlo dell'abisso. Conversazioni sul rapporto tra uomo e natura*, tr. it., Einaudi, Torino 2000; S. Jasanoff, *Fabbriche della natura. Biotecnologie e democrazia*, tr. it., Il Saggiatore, Milano 2008.

<sup>164</sup> Così (ma incoerentemente rispetto alle premesse e alle conclusioni) L. Eusebi, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in *La tutela penale della persona*, a cura di Fioravanti, cit., p. 55 ss.

<sup>165</sup> L. Lombardi Vallauri, *Abitare pleromaticamente la terra*, in Id. (studi per una ricerca coord. da), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano 1990, p. LX ss.

### 3.3.1. Famiglia della «chimera», famiglia-«chimera», famiglia del robot e famiglia-robot?

Che l'ambiente-origine famiglia evapori nullificato o transustanziato in entità ormai irricognoscibili rispetto ad impianti tradizionali si può bene cogliere anche ipotizzando famiglie in cui entrino nuove soggettività marginali, come gli umanoidi, le chimere, gli stessi animali non umani oggi super-valorizzati<sup>166</sup>, i *robot*. *Robot* e chimere particolarmente animano la formulazione di ipotesi-limite che sollecitano riflessioni sulla «tenuta» della futura famiglia, nel quadro delle riflessioni sulle implicazioni della robotica e della genetica nel diritto e, in particolar modo, nel diritto penale.

Quanto ai *robot*, sono note molte implicazioni giuspenalistiche suscitate dai rapidi sviluppi delle tecnologie robotiche e dal crescente impiego dei *robot* nei più disparati ambiti della vita quotidiana<sup>167</sup>.

Ci sono almeno tre modi in cui i *robot* in ipotesi possono svolgere un ruolo nel diritto penale: come oggetti di tutela penale, beni giuridici; come strumenti per la commissione di un reato; come soggetti, rei ovvero vittime. Di questi tre aspetti, il più problematico, sul quale esclusivamente ci soffermeremo pur brevemente, è sicuramente quest'ultimo, perché implica un'equazione (quantomeno fittizia) tra il *robot* e l'essere umano, con le relative problematiche soprattutto filosofiche e giuridiche<sup>168</sup>. La questione non è così bizzarra come potrebbe di primo acchito

<sup>166</sup> Per tutti, S. Castignone, L. Lombardi Vallauri, *La questione animale*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano 2012, *passim*.

<sup>167</sup> Per una panoramica generale sull'impatto dei *robot* sul diritto (incluso il diritto penale) si veda U. Pagallo, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, Dordrecht 2013. Si veda inoltre Id., *Robotica*, in M. Durante, U. Pagallo (eds.), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, UTET, Torino 2012, p. 141 ss.; i contributi di P. Moro (*Biorobotica e diritti fondamentali*) e M. B. Magro (*Biorobotica, robotica e diritto penale*) in *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, in corso di pubblicazione (Padova University Press); R. Cordeschi, *Intelligenza artificiale e soggettività*, in L. Lombardi Vallauri (studi per una ricerca coord. da), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 657; G. Taddei Elmi, *I diritti dell'«intelligenza artificiale» tra soggettività e valore; fantadiritto o ius condendum?*, *ivi*, p. 685.

<sup>168</sup> La considerazione dei *robot* come strumenti di reato e la loro qualificazione come beni giuridici da tutelare, non comporta necessariamente un'assimilazione tra uomo e *robot*; piuttosto, può presupporre una netta separazione tra gli stessi. Tuttavia, le novità dell'inarrestabile progresso scientifico-tecnologico, sollevano la questione se sia opportuno impedire persino la creazione di determinati «animali tecnologici», anche attraverso delle norme penali, laddove appropriato. Se consideriamo i *robot* come macchine incapaci di quelle abilità morali, psicologiche, intellettuali, razionali e ragionevoli specificamente umane, allora possiamo ben considerarli come oggetti. Come tali, possono essere ben degni d'essere tutelati dalla legge, anche con gli strumenti tipici del diritto penale, se necessario (per esempio, quando i *robot* sono particolarmente preziosi e sofisticati o quando vengono utilizzati per scopi sociali importanti). Alla luce di tale concezione, la qualifica di *robot* come oggetto di tutela penale non crea nessun particolare problema teorico o pratico. Comunque, soprattutto in previsione dei futuri sviluppi della robotica, potremmo tranquillamente ammettere i *robot* quali possibili beni giuridici che meritano d'essere tutelati dal diritto penale, fino ad ipotizzare che, in una certa misura, alcune raffinate entità di

apparire. Essa si pone non solo in relazione a prevedibili sviluppi della robotica (e in particolar modo delle entità IA), ma anche già per la recente comparsa di orientamenti interpretativi volti a considerare in termini di soggettività i *robot* come forme di vita non umane e titolari di diritti e interessi. Il problema della qualificazione dei *robot* (in modo particolare delle entità IA) come soggetti di diritto penale, dipende strettamente dalla soluzione della questione più generale se un *robot* possa essere legalmente titolare di diritti e doveri – in altre parole, se il *robot* possa essere considerato un centro d'imputazione giuridica. La risposta a tale interrogativo dipende alla visione antropocentrica o non-antropocentrica del mondo che si assume come punto di partenza. Nella maggior parte delle giurisdizioni Occidentali, il diritto penale è incentrato sulla persona umana. Molte tradizioni costituzionali, così come le carte internazionali dei diritti umani (il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, New York 1966; la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ecc.) si basano sulla comune ammissione e sul riconoscimento del valore della persona *umana* e si impegnano alla

IA potrebbero essere equiparate a «forme di vita non-umane». D'altro canto, diversi sistemi di diritto penale prevedono già, per gli esseri non umani, una tutela dai danni. L'esempio più evidente è la tutela penale degli animali (non-umani). La qualifica dei *robot* come strumenti del reato presuppone una concezione dei *robot* come sempre dipendenti dall'essere umano e incapaci di un'azione propriamente autonoma. Tale qualificazione implica che i *robot* siano impiegati dagli uomini come mezzo per compiere i reati – allo stato attuale della tecnologia robotica, questo è probabilmente il caso più consueto. Gli esempi concreti di tale ipotesi sono i più disparati e coprono praticamente ogni settore della criminalità, compresi i reati di negligenza. Dai dispositivi IA utilizzati per disattivare il sistema di sicurezza informatico di una banca o per distruggere o danneggiare i dati di un computer, agli aerei, soldati o armi robotiche utilizzati nella guerra moderna; dai *robot* industriali che accidentalmente provocano lesioni personali ad un lavoratore, alle armi automatiche teleguidate che uccidono un uomo innocente nel corso di un'operazione militare. La concezione dei *robot* come strumenti del reato comporta una netta distinzione tra il mezzo e l'azione, nella teoria e nella struttura del reato, così come individuata da Delogu diversi anni fa (T. Delogu, *Lo «strumento» nella teoria generale del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1974, p. 275). L'azione è sempre attribuita all'essere umano, sia *oggettivamente* (dal punto di vista causale, il *robot* non può eseguire nessuna azione senza una precedente creazione e programmazione) sia *soggettivamente* (l'azione, a prescindere da quanto sia complessa, in definitiva appartiene all'agente umano che con coscienza e volontà la realizza). Per inciso, questo è vero anche per i reati di negligenza, poiché – almeno secondo il sistema penale Italiano – anche l'azione negligente è volontaria e consapevole, mentre in questo caso è l'evento dannoso a non essere voluto dall'agente, nonostante quest'ultimo potesse prevederlo e prevenirlo. Lo strumento, viceversa, esiste *al di fuori* dell'individuo (umano) e, perciò, può essere completamente robotizzato, pur essendo impiegato dagli uomini per integrare o per compiere le loro azioni criminali. In tal senso anche «azioni» complesse di un'entità robotica (il movimento di un braccio robotico, i calcoli di un elaborato sistema di intelligenza artificiale, i colpi sparati da un soldato-*robot*...) sono da considerarsi strumentali all'azione criminale (tecnicamente ritenute come un elemento del reato) e interamente attribuibili all'essere umano. In questa concezione, la natura robotica dello strumento può avere un particolare rilievo, tra l'altro, come elemento per misurare l'intensità della *mens rea* così come la pericolosità o la dannosità dell'azione complessiva, il che può essere valutato come elemento aggravante o attenuante dal giudice in fase di condanna (nel sistema italiano il riferimento è all'articolo 133 del codice penale). Gli strumenti del crimine sono inoltre rilevanti anche come beni che possono essere confiscati o sequestrati, sia in applicazione delle misure preventive o di sicurezza sia come conseguenza dell'applicazione di una condanna penale.

tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali. L'utilizzo dell'aggettivo «umano» per descrivere tali diritti è, di per sé, significativo. L'orientamento personalistico del diritto e del diritto penale in particolare, trova conferma nel diritto positivo, dal momento che numerose disposizioni fanno riferimento alla nozione di «persona». Si tratta di un'acquisizione giuridica lungamente consolidata anche se, con il passare del tempo, la nozione giuridica di «persona» si è estesa al di là del significato naturalistico originario del termine, tanto da includere altri soggetti che, pur non essendo «persone» in natura, vengono considerate tali giuridicamente («persone giuridiche» o enti giuridici). In tal modo, il diritto – lo stesso diritto creato dagli esseri umani – ha dimostrato d'essere sufficientemente elastico per adattarsi alla nascita di nuovi centri di imputazione. In diverse giurisdizioni, ciò ha portato all'estensione della responsabilità penale anche ad entità che non sono individui umani. Il caso più tipico è quello delle società, che sono considerate «soggetti» del reato, ad esempio in quei sistemi giuridici che adottano dei modelli di responsabilità penale societaria in forza dei quali le società possono essere ritenute responsabili di reati. Ci siamo già soffermati sulla responsabilità dell'ente da reato nel sistema italiano. Enti e società sono generalmente contemplate anche come vittime del reato e, come tali, sono titolari del diritto al risarcimento dei danni. Un altro esempio è dato dal fatto che recentemente alcuni autori e alcuni tribunali hanno suggerito che gli animali (non umani) potessero essere considerate vittime del reato<sup>169</sup> (d'altronde, la qualità di vittima del reato non presuppone il possesso degli stessi requisiti psicologici della responsabilità penale).

Tuttavia, non si può ignorare che proprio tali estensioni della nozione di «persona» e, più specificatamente, la qualificazione delle entità non-umane come «soggetti» del reato, siano solitamente finalizzate a promuovere o proteggere gli interessi e i valori tipici dell'essere umano. Infatti, l'attribuzione di diritti, interessi ed obblighi a entità non-umane – siano esse animali o società – avviene sempre in base ai valori e al senso di giustizia del legislatore umano. In altre parole, sono gli uomini a decidere cosa è giusto o sbagliato per le entità non-umane. In conclusione, in quanto prodotto umano, il diritto penale (e il diritto in generale) non può che essere costruito attorno al valore ultimo della persona umana.

Sulla base di tale inquadramento, non ci sono ragioni particolari per escludere radicalmente una qualche inclusione dei *robot* nella nozione estesa di «persona» tito-

<sup>169</sup> Cf. A.N. Ireland Moore, *Defining Animals as Victims of Crime*, in «Journal of Animal Law», 2005, p. 91 ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza, si veda la decisione della Corte d'Appello dell'Oregon sul caso *State of Oregon v. Arnold Weldon Nix* riportato in 251 Or App 449, 283 P3d 442 (2012), nella quale si sosteneva che gli animali potessero essere considerati vittime del reato. La Corte Suprema acconsentì alla richiesta di revisione del caso, proprio in relazione alla questione se gli animali possano essere considerati come «vittime» ai sensi dello Statuto Rivisto dell'Oregon (sec. 161.067), qualora un imputato fosse reo di «abbandono di animali di secondo grado» (ORS 167.325).

lare di diritti e doveri<sup>170</sup>, fermo restando che: a) il riconoscimento giuridico ai *robot* degli attributi della «personalità» o delle caratteristiche umane, sarebbe puramente fittizia. Infatti i *robot* non sono dotati delle stesse qualità morali, psicologiche e intellettuali dell'uomo. Persino le forme più sofisticate di Intelligenza Artificiale (IA) seguono gli algoritmi e i percorsi prestabiliti dai loro creatori umani: anche i *robot* che sono capaci di agire indipendentemente e in modo imprevedibile, sono programmati per farlo (il che dovrebbe significare che gli uomini hanno sempre il potere di impedirlo); b) un tale riconoscimento sarebbe sempre giustificato dalla necessità o opportunità di perseguire particolari obiettivi umani, fondamentalmente connessi con la tutela di valori squisitamente umani; c) sono sempre gli uomini a stabilire cosa sia giusto e sbagliato per i *robot*, secondo il loro personale senso di giustizia.

Al di fuori dei confini e dei limiti del quadro sopra menzionato, è molto difficile, se non impossibile, concepire una piena assimilazione giuridica dei *robot* agli uomini ai fini del diritto penale. È possibile che alcuni trovino insoddisfacente una visione così riduttiva ed è possibile che essi spingano l'analogia tra uomini e *robot* fino a conseguenze più estreme. Infatti, alcuni hanno effettivamente concepito dei modelli di responsabilità penale diretta per i *robot*, fondati sulla discutibile premessa che i *robot* siano capaci di azione (*actus reus*) e colpevolezza (*mens rea*)<sup>171</sup>. Tralasciando i (molti) vizi teorici, tali modelli non sono comunque in grado di contraddire l'idea di fondo in base alla quale persino una responsabilità penale diretta dei *robot* sarebbe, alla fin fine, al servizio degli obiettivi umani (come il controllo sociale) e si baserebbe sul senso di giustizia umano.

Oltre all'estensione della nozione di personalità giuridica tale da inglobare le entità non-umane, un'opposta tendenza merita d'essere considerata. È la tendenza, condivisa da diversi ordinamenti giuridici, a declassare lo *status* giuridico di particolari persone (umane) al fine di privarli dei diritti e delle libertà che gli apparterrebbero in quanto esseri umani, generalmente (ma non necessariamente) a causa della loro pericolosità (a questa tendenza appartengono i modelli della teoria del diritto penale del nemico<sup>172</sup>). In tal modo, determinate persone diventano non-persone. Il

<sup>170</sup> Sul tema L. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in «North Carolina Law Review», 1992, p. 1231 ss. Per un parallelismo tra la responsabilità penale delle società e l'eventuale responsabilità penale dei *robot* si veda P.M. Asaro, *Robots and Responsibility from a Legal Perspective*, Atti del Convegno IEEE su «Robotics and Automation, Workshop on Roboethics», Roma, 14 Aprile 2007.

<sup>171</sup> Cf. G. Hallevy, *The Criminal Liability of Artificial Entities – from Science Fiction to Legal Social Control*, in «Akron Intellectual Property Journal», n. 4, 2010, p. 171 ss. e Id., «I, Robot – I, Criminal» – *When Science Fiction Becomes Reality: Legal Liability of AI Robots committing Criminal Offenses*, in «Syracuse Science & Technology Law Reporter», n. 22, 2010, p. 1 ss. Si veda inoltre, *amplius*, Id., *When Robots Kill: Artificial Intelligence under Criminal Law*, Northeastern University Press, Boston 2013.

<sup>172</sup> G. Jakobs, *On the Theory of Enemy Criminal Law*, 2010, in [www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/foundation/Jakobs%20current.pdf](http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/foundation/Jakobs%20current.pdf) (13 Aprile 2014); M. Tondini, *Beyond the Law of the Enemy. Recovering from the Failures of the Global War on Terrorism through Law*, 2007, [www.juragentium.org/topics/wlgo/cortona/en/tondini.htm](http://www.juragentium.org/topics/wlgo/cortona/en/tondini.htm), (13 Aprile 2014); C. Gomez-Jara Diez, *Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law*, in «Buffalo Law Review», 7, 2008, p. 491 ss.; C. Saas, *Exceptional Law in Europe*

caso più paradigmatico è quello dei cosiddetti «stranieri nemici»<sup>173</sup>, una categoria giuridica creata dal governo americano al fine di privare singoli individui non solo delle garanzie assicurate dalla costituzione degli Stati Uniti ai cittadini americani, ma anche del godimento di alcuni diritti umani fondamentali (al punto tale che alcuni di essi sono stati sottoposti a tortura).

Alla luce di tale tendenza, non è improbabile che i *robot*, una volta ritenuti dannosi o pericolosi per gli uomini, siano trattati e combattuti come nemici. La reazione umana ad un *robot* che minacciasse gravi danni a importanti beni e interessi umani, sarebbe probabilmente quella di ritenere i *robot* indegni del trattamento legale garantito agli esseri umani (cioè i diritti e le garanzie tipiche del diritto e della procedura penale) e meritevoli di essere neutralizzati o distrutti. La natura non-umana dei *robot* renderebbe la «guerra ai *robot*» meglio giustificabile rispetto alle molte altre guerre che gli uomini stanno recentemente dichiarando con così tanta facilità (la «guerra alla povertà», la «guerra al crimine», la «guerra al terrorismo» ecc.), dove il «nemico» e lo «straniero» sono un altro essere «umano» o un «umano non-umano».

Inoltre, la creazione di *robot* che replicano in modo troppo preciso le qualità umane, di «animali tecnologici», potrebbe di per sé essere vista con diffidenza dalla legge. Non solo per la visione personalistica (se non antropocentrica) adottata da molte giurisdizioni, ma anche a causa dell'esistenza di specifiche disposizioni che vietano la creazione di esseri non-umani dotati di caratteristiche umane. Tali disposizioni rivelano un legittimo timore umano: la paura che un giorno, l'uomo possa perdere il controllo delle proprie creazioni tecnologiche, le quali potrebbero rivoltarsi contro di lui<sup>174</sup>. Il problema principale che hanno in comune tutti i settori finora esaminati, è la possibile incontrollabilità da parte dell'uomo delle sue stesse creature tecnologiche dotate di qualità essenziali umane o comunque simili a quelle umane, compreso il potenziamento delle stesse fino ad oltrepassare il limite dell'umano attraverso entità sovraumane e/o non-umane, che agiscono in autonomia più o meno relativa. L'impiego bellico di tali entità, apre prospettive terrificanti.

In Italia, una disposizione legislativa che esprime questo tipo di timore, si può trovare nell'articolo 13 della legge n.40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Tra i tanti divieti riguardanti la sperimentazione e la ricerca sugli embrioni umani stabiliti dall'articolo 13, vi è il divieto generale di produrre ibridi e chimere.

*with Emphasis on «Enemies». Preventive Detention and Criminal Justice*, 2012, in [www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/exceptionallawsineuropewithemphasisonenemiesapril2012.pdf](http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/exceptionallawsineuropewithemphasisonenemiesapril2012.pdf), (13 Aprile 2014); M. Papa, *Droit pénal de l'ennemi e de l'inhumaine: un débat international*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», n. 1, 2009, p. 1.

<sup>173</sup> Si veda, tra tutti, D. Cole, *Enemy aliens: double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*, New Press, New York-London 2003 e Id., *Enemy Aliens*, in «Stanford Law Review», 54, 2002, p. 953 ss.

<sup>174</sup> Un timore che ispirò molte opere di fiction, a partire da *Possum's Universal Robots* di Čapek, che per primo introdusse il termine *robot*, dalla parola ceca «*robotá*» (lavori forzati), [K. Čapek, *R.U.R. (Rosumovi Uměli Roboti)*, 1920].

La creazione di chimere è espressamente vietata anche in altre giurisdizioni, per esempio gli Stati Uniti d'America (*USA Human Chimera Prohibition Act 2005*), e il Canada (*Canadian Assisted Human Reproduction Act 2004*), il che conferma che la necessità di controllare e regolare la produzione di creature non-umane dotate di caratteristiche umane, non sia una preoccupazione esclusivamente Italiana.

L'articolo 13 della Legge italiana 40/2004 tecnicamente si riferisce ai cosiddetti esseri viventi interspecie; mentre le «chimere» sono organismi che contengono cellule con patrimonio genetico diverso, provenienti da due o più animali geneticamente distinti, appartenenti alla stessa specie o a specie differenti, mentre gli «ibridi», sono organismi nei quali tutte le cellule condividono lo stesso patrimonio genetico, che è originato da incroci tra specie diverse, così come specificato dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB)<sup>175</sup>. Tuttavia, nel linguaggio comune la parola «chimera» è anche utilizzata per indicare un mostro polimorfo (nella mitologia Greca la «chimera» era un mostro sputafuoco: leone nella parte anteriore, capra nel mezzo e drago nella parte posteriore) oppure, in senso più ampio, un'idea fantastica o frutto dell'immaginazione<sup>176</sup>, il che può ben includere la possibilità di *robot* «umanizzati».

Per di più, i *robot* condividono con gli animali (non-umani) – che sono i componenti principali delle chimere nella concezione tradizionale o biologica – la caratteristica comune d'essere capaci di azioni ma non di pensiero razionale e morale. Perciò, se la *ratio* dell'articolo 13 della Legge 40/2004 è quella di impedire la creazione di esseri che presentano allo stesso tempo qualità animali ed umane (quali la forza di una tigre e l'intelletto dell'uomo), allora la norma potrebbe ben precludere ad un divieto analogo nei confronti della creazione di esseri dotati, allo stesso tempo, di qualità robotiche ed umane (come la durata e la potenza di una macchina e l'intelligenza di un uomo) da definirsi una volta che la robotica sarà in grado di realizzare una tale creazione.

La cosa interessante è che l'esistente divieto di realizzare chimere, è accompagnato da una sanzione penale. La violazione di tale divieto è sanzionata con la stessa pena prevista per la generica violazione del divieto di sperimentazione sugli embrioni, e cioè con la reclusione fino a tre anni e ad una multa che va da 50.000 a 150.000 Euro (ma il giudice può aumentare la pena).

In altre parole, il diritto penale viene utilizzato per impedire (e reprimere) la creazione di esseri (non-umani) che condividono caratteristiche umane. Vi è l'aspirazione a tutelare l'essenza “naturale”, per così dire, della persona umana rispetto alla

<sup>175</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica (Italy), *Chimere ed ibridi con una riflessione particolare sugli ibridi citoplasmatici*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 26 giugno 2009.

<sup>176</sup> «Chimera», in *Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online*, Encyclopædia Britannica Inc., 2014, in <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/111597/Chimera>>, (05 April 2014); E. Casetta, *Dall'ornitorinco alle chimere. Una sfida al realismo tassonomico*, in «Intersezioni», n. 2, 2010, p. 277 ss.

creazione di diverse creature dotate di alcune caratteristiche umane, utilizzando il più forte e rigoroso strumento a disposizione, la pena.

Tutto ciò non sembra coerente con una prospettiva che predichi l'ammissibilità giuridica della creazione di sofisticate entità IA praticamente dotate degli stessi sentimenti emotivi, morali ed intellettuali degli uomini. Tuttavia, a prescindere dalla loro ammissibilità giuridica, non si può escludere che, nella concretezza della realtà fattuale, entità robotiche di questo genere possano effettivamente essere create. In tal caso si darebbero due scenari alternativi che derivano dalla duplice prospettiva (inclusivista/esclusivista o assimilazionista/separazionista) che abbiamo fin qui delineato. O i *robot* si integreranno totalmente negli ordinamenti giuridici umani, diventando titolari di tutti i diritti e le libertà di cui sono titolari gli uomini – senza limitazioni o distinzioni – oppure *robot* e uomini saranno in disaccordo su cosa sia giusto e cosa sia sbagliato (i *robot* potrebbero rifiutarsi di essere assoggettati alla legge umana e potrebbero rivendicare delle proprie leggi). Tra i possibili esiti di quest'ultimo scenario, vi è quello della guerra finale tra uomini e *robot*, che potrebbe potenzialmente portare alla distruzione della razza umana.

Al momento, la prospettiva esclusivista e separazionista sembra prevalere – almeno nelle giurisdizioni, come l'Italia, che respingono la possibilità della creazione di esseri fantastici che potenzialmente possono sfuggire al controllo dell'uomo – giacché questa guerra finale, con i suoi effetti distruttivi, è esattamente ciò che le leggi umane che abbiamo sopracitato, sono finalizzate a prevenire.

#### 4. Inesistenza di obblighi costituzionali di penalizzazione in materia di famiglia

L'importanza dei beni giuridici coinvolti nella tutela della famiglia ha suscitato l'interrogativo se il legislatore sia costituzionalmente obbligato a sancire penalmente determinati fatti lesivi di tali beni. La dottrina prevalente non riconosce di principio rigidi obblighi costituzionali di penalizzazione, mentre ammette, al più, molto limitatamente e problematicamente, interventi cosiddetti *in malam partem* ad opera della Corte costituzionale, in ragione di applicazioni del principio di eguaglianza-ragionevolezza<sup>177</sup>. Il principio di stretta legalità (art. 25, co. 2, Cost.) si opporrebbe a

<sup>177</sup> Il tema, che ha un alto tasso di problematicità, deve qui rimanere soltanto accennato. Si rinvia pertanto, riguardo alla soluzione negativa, a G. Marinucci, E. Dolcini, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1994, p. 385; D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1983, p. 518; riguardo alla soluzione affermativa, S. Riondato, *Competenza penale della Comunità europea*, CEDAM, Padova 1996, p. 289; P. Patrono, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, CEDAM, Padova 1992, *passim*. In tema di famiglia, per l'inesistenza degli obblighi in questione, Scordamaglia, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, cit., p. 377.

creazioni penalistiche scaturenti da fonti diverse da quella parlamentare cui sarebbe riservata in via esclusiva la decisione politico-penale e politico-criminale.

La stessa Corte, nonostante certe aperture a un sindacato di costituzionalità con esiti penalizzanti (comunque non retroattivi)<sup>178</sup>, che a rigore costituisce una notevole apertura di principio agli obblighi in esame, ha tuttavia sempre esercitato in complesso un intenso *self-restraint* in nome dell'istanza legalitaria. Ciò è avvenuto anche con riguardo a questioni di costituzionalità in cui veniva lamentata una carenza di tutela penale di interessi familiari. Comunque, nella situazione in cui si trova il bene giuridico «famiglia» pare davvero difficoltoso rinvenire percorsi obbligati di penalizzazione.

Una certa significatività è rintracciabile in due vicende giudiziarie.

La prima. Nel corso di un procedimento concernente un reato di corruzione di minorenni (abrogato art. 530 c.p.), un pretore<sup>179</sup> ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 29, co. 1, 31, co. 2, e 32 Cost., dell'art. 1, legge 15 febbraio 1996, n. 66 (*Norme contro la violenza sessuale*), nella parte in cui abroga detto art. 530 c.p. Ad avviso del giudice, poiché non potrebbe essere riconosciuta all'infrasedicenne la piena disponibilità dei propri atteggiamenti e delle proprie condotte in campo sessuale, la l. n. 66 del 1996, che pur accorda una maggiore tutela ai minori contro gli abusi sessuali, anche attraverso la introduzione della nuova fattispecie delittuosa degli atti sessuali con minorenne (art. 609 *quater* c.p.), avrebbe irragionevolmente aperto un vuoto di tutela del minore di età compresa fra quattordici e sedici anni, depenalizzando – attraverso l'abrogazione dell'art. 530 e la configurazione della più ristretta fattispecie di cui al nuovo art. 609 *quinquies* c.p. – la consumazione di atti sessuali nei confronti, o in presenza, di minore di età fra i quattordici e i sedici anni, purché consenziente e non legato al soggetto attivo da rapporti familiari, di affidamento o di convivenza che valgono, ai sensi del nuovo art. 609 *quater*, n. 2, c.p. a rendere punibile il compimento di atti sessuali con persona infrasedicenne. L'abrogazione in questione contrasterebbe anzitutto con l'art. 2 della Costituzione, che tutela il diritto dell'adolescente di età compresa fra quattordici e sedici anni di essere lasciato crescere con il rispetto che gli compete. Sarebbero altresì violati i diritti della famiglia come società fondata sul matrimonio, riconosciuti dall'art. 29, co. 1°, Cost.: contrasterebbe infatti con la tutela psicologica ed etica della famiglia accollare preventivamente ai genitori «il rischio della liceità penale del divenire il proprio figlio o figlia oggetto di appetito o perverso desiderio sessuale di un individuo anche in età avanzata, in assenza dei presupposti dei casi limite della costrizione mediante violenza, minaccia o abuso di autorità, di cui al nuovo art. 609 *bis*

<sup>178</sup> Corte cost., 3 giugno 1983, n. 148, in «Cassazione penale», 1983, p. 1909, con nota di G. Lattanzi, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale*.

<sup>179</sup> Pret. Sondrio, sez. dist. Morbegno, ordinanza 6 giugno 1996, in «Gazzetta ufficiale», prima serie sp., n. 38/1996.

e delle circostanze aggravanti di cui all'art. 609 *ter* del codice penale». Sussisterebbe altresì contrasto con l'art. 31, co. 2, Cost., che imponendo la protezione della gioventù si riferisce alle persone, diverse dai bambini, non ancora adulte, le quali potrebbero essere pregiudicate da esperienze sessuali abusivamente indotte. Infine, sarebbe compromessa l'esigenza che l'adolescente fruisca «di tutte le possibilità per portare a compimento il suo io *in fieri* e maturare secondo le sue proiezioni senza che nessuno lo disturbi lungo il suo difficile cammino» – onde sarebbe violato anche il principio costituzionale di tutela della salute (art. 32 Cost.).

La Corte costituzionale<sup>180</sup> ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile. A detta della Corte, la questione, investendo la norma di abrogazione espressa dell'art. 530 cit., che avrebbe determinato il venir meno della tutela penale dell'adolescente di età compresa fra quattordici e sedici anni, tende a una pronuncia che ripristini la fattispecie incriminatrice abrogata. La Corte, quindi, richiamandosi a precedente sua giurisprudenza, reputa inammissibile il giudizio, «in quanto contrasta con il principio di stretta legalità in materia di reati e di pene, sancito dall'art. 25, comma 2, della Costituzione, una questione di legittimità costituzionale il cui accoglimento si concreti nella creazione, ovvero nel ripristino, di fattispecie incriminatrici diverse o ulteriori rispetto a quelle configurate dal legislatore (sentenze nn. 42 del 1977 e 108 del 1981; ordinanza n. 288 del 1996)».

La seconda vicenda riguarda il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2, del d.p.r. 27 aprile 1955, n. 547 (*Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*), promosso dal Pretore di Udine<sup>181</sup> nel corso di un procedimento penale per violazione delle norme antinfortunistiche e per lesioni personali colpose, a carico del titolare di un pubblico esercizio la cui moglie aveva subito un infortunio durante alcuni lavori di pulizia. Il Pretore ha sollevato la questione in relazione all'art. 3 Cost., con riferimento alla parte del citato art. 3 d.p.r. n. 547/1955 che non comprende anche i partecipanti all'impresa familiare tra i soggetti – equiparati ai lavoratori subordinati – rispetto ai quali va osservata la normativa di prevenzione degli infortuni sul lavoro. A parere del giudice, la norma impugnata, nell'escludere per i partecipanti all'impresa familiare gli obblighi di prevenzione, irrazionalmente priverebbe questi ultimi di tutela, discriminandoli anche rispetto ad altri soggetti, come i soci-lavoratori. L'assenza di obblighi e quindi di responsabilità del titolare dell'azienda con riguardo ai familiari sarebbe inoltre in contraddizione con il riconoscimento dell'istituto dell'impresa familiare contenuto nel codice civile, e accentuerebbe la «soggezione economica e sociale» dei partecipanti nei rapporti con il capofamiglia-imprenditore. Tale ordine di idee risulterebbe altresì sotteso alla sentenza costituzionale n. 476/1987, con la quale è stata dichiarata illegittima l'esclusione dell'obbligo assicurativo per infortuni

<sup>180</sup> Corte cost., 13 novembre 1997, n. 355, in «Giurisprudenza costituzionale», 1997, vol. III, p. 3483 ss.

<sup>181</sup> Pret. Udine, sez. Cervignano del Friuli, ordinanza 8 aprile 1992, in «Gazzetta ufficiale», prima serie sp., n. 27/1992.

e malattie professionali dei familiari che prestino opera lavorativa o a questa assimilata quali partecipanti all'impresa familiare.

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile<sup>182</sup>, sul presupposto, anzitutto, che alla stessa Corte veniva richiesta una decisione di tipo additivo che avrebbe comportato inevitabilmente anche la creazione di una fattispecie penale nuova, consistente nell'applicazione delle sanzioni descritte dal titolo XI del d.p.r. n. 547/1955 ai titolari d'impresa familiare, nonché la configurabilità di reati colposi contro la vita e l'incolumità delle persone, ove l'inosservanza delle misure di prevenzione avesse prodotto tali conseguenze lesive. La Corte ha quindi valorizzato la stretta riserva di legge in favore dello Stato in materia penale, rilevando in particolare che «tale appartenenza esclusiva della potestà punitiva si appalesa tanto più evidente in rapporto alla peculiarità dell'impresa familiare cui è stata estesa l'assicurazione contro gli infortuni (così appagando una diffusa esigenza di tutela del lavoro: cfr. sentenza n. 476 del 1987), ma che resta comunque permeata di legami affettivi, onde appare quanto meno problematico l'innesto di obblighi e doveri sanzionati attraverso ipotesi di reato procedibili d'ufficio».

### 5. Pena, misure penali e famiglia

Il tema richiederebbe autonoma trattazione in prospettiva interdisciplinare. Qui ci si limiterà a taluni cenni rivolti a far emergere taluni principali nodi problematici.

La Raccomandazione n. 3/87 sulle regole penitenziarie europee (Comitato dei Ministri, 12 febbraio 1987), ribadita nelle Regole penitenziarie europee del 2006, con riguardo agli obiettivi del trattamento indica di «mantenere e rinforzare i legami dei detenuti con i membri della loro famiglia e la comunità esterna al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie» (regola n. 65)<sup>183</sup>.

Tuttavia, la regola è consustanziata al menzionato «doppio taglio» dell'arma penale con l'incoerente polifunzionalità della pena, che si abbattono soprattutto sul «terzo innocente», vittima dimenticata<sup>184</sup>, e assumono volto ancor più tragico a causa del noto assetto fattuale quartomondista dell'apparato penitenziario italiano<sup>185</sup>: la

<sup>182</sup> Corte cost., 3 maggio 1993, n. 212, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, p. 1591 ss.

<sup>183</sup> *Le nuove regole penitenziarie europee*, versione europea rivista e aggiornata delle regole minime per il trattamento dei detenuti, *Raccomandazione R(87)3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987, nel corso della 404esima riunione dei Delegati dei Ministri, in *www.rassegnapenitenziaria.it*.

<sup>184</sup> J. Matthews, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London 1983.

<sup>185</sup> V., per tutti, A. Gargani, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino 2011, p. 1037; A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Pasotto, M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, Giappichelli, Torino 2013.

combinazione di famiglia e pena detentiva dà luogo a miscele connotate da notevole, paradossale esplosività<sup>186</sup>.

Ciò già emerge con desolante lucidità da un quadro normativo fedelmente riproduttivo del paradosso e non scevro da laceranti contraddizioni: pur ammesso, che la pena costituisca da un lato strumento di tutela sul piano della prevenzione generale, quindi che essa sia fattore di valore, perfino di valore familiare; tuttavia, dall'altro lato e al contempo la pena (non solo quella detentiva<sup>187</sup>), è fattore di crisi familiare (disvalore) in *fase esecutiva*. Questa doppia anima si rivela già in *fase commisurativa*, poiché la pena deve attagliarsi secondo i suoi vari fini al concreto reo (individualizzazione), e richiede perciò che si tenga conto, tra l'altro, delle condizioni familiari. In ogni caso, sia pur in diverse maniere e misure, emergono interessi familiari, in capo sia al reo che ai membri della sua famiglia, interessi talvolta in contrasto. Questi interessi si confrontano poi in peculiar modo all'interno della disciplina della pena che incida su beni diversi dalla libertà personale e dal patrimonio (non detentiva né pecuniaria).

### 5.1. La famiglia del reo tra commisurazione ed esecuzione della pena

Nella *fase di commisurazione* di una pena irroganda, la famiglia del reo entra in considerazione, le «condizioni di vita familiare del reo» essendo contemplate dall'art. 133 c.p. in materia di capacità a delinquere e ai fini del concreto calcolo penale, assieme alle condizioni individuali e sociali. Ma la famiglia stessa viene assunta in termini normativi anodini quanto al valore (o disvalore) non solo della pena<sup>188</sup> ma anche della famiglia medesima (compresa la relativa nozione) all'effetto penale.

In particolare, la famiglia emerge per un verso come fattore di disvalore nel momento in cui favorisca le attitudini delinquenziali, e per altro verso come fattore di valore nel caso opposto. Tuttavia, in entrambi i casi le condizioni familiari, misurate secondo la loro *potenzialità criminogena*, sono in grado di orientare la pena verso l'alto o verso il basso, a seconda del ruolo che si assegna alla capacità a delinquere e a

<sup>186</sup> Per tutti, A. Ciavola, *Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); S. Talini, *Famiglia e carcere*, in [www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/TALINI.pdf](http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/TALINI.pdf); F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 4, 2012; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2002.

<sup>187</sup> Cfr. Corte cost., 15 giugno 1995, n. 283, in «Giurisprudenza costituzionale», 1995, vol. II, p. 2007 ss. In relazione alla posizione dei genitori chiamati ad adempiere, in forza dell'art. 196 c.p. all'obbligazione civile per pena pecuniaria inflitta al figlio insolubile (sui problemi posti dall'art. 196 c.p., v., per tutti, A. Bernardi, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1993, p. 514 ss.).

<sup>188</sup> E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, CEDAM, Padova 1979, p. 325; P. Dusi, *Discorso giuridico penale e cultura della società*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis, G. Palombardini, CEDAM, Padova 1984, p. 165 ss.

seconda del fine (della pena) cui si attribuisca rilevanza nella commisurazione<sup>189</sup>. Per esempio, se la capacità a delinquere viene intesa nella sua proiezione verso il futuro, in prospettiva special-preventiva, le condizioni familiari tenderanno tanto più verso l'incremento della pena quanto più siano connotate in termini di disvalore rivelandosi condizioni positive della pericolosità del reo<sup>190</sup>. Se, invece, si rivolge l'attenzione al passato mirando alla retribuzione e considerando la capacità a delinquere quale criterio di commisurazione della colpevolezza, le potenzialità criminogene della famiglia tenderanno tanto più ad attenuare la pena quanto più esse fuoriescano dalla capacità di dominio del reo, e viceversa<sup>191</sup>. Non è nemmeno escluso che la capacità a delinquere assuma al contempo un ruolo bidimensionale (passato e futuro), con quanto ne consegue circa la duplice valutazione delle condizioni familiari.

Su questi temi, peraltro, la *giurisprudenza* è latitante, la discrezionalità del giudizio commisurativo risolvendosi in genere nell'applicazione di pena in base a pseudo-motivazioni stereotipe – del resto, in generale il nostro sistema processuale è inadeguato a realizzare adeguatamente presupposti e condizioni del giudizio commisurativo. Anche in tema di famiglia la tradizione giurisprudenziale dimostra di non cogliere nell'art. 133 c.p. un qualsiasi significato finalistico che esprima chiare direzioni di misura.

Ne è sufficiente testimonianza quanto affermato dalla Corte di cassazione in una pronunzia che ha dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità dell'art. 133, co. 4, c.p., in relazione al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)<sup>192</sup>. La Corte ha rilevato che l'art. 3 Cost., accanto al principio dell'uguaglianza di diritto (la legge è uguale per tutti), pone quello dell'uguaglianza di fatto, cioè della pari dignità sociale, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, opinioni politiche e di «condizioni personali e sociali». Con tali principi, a detta della Corte, non è in contrasto l'art. 133 cit., il quale stabilisce che il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale diretto all'applicazione della pena, deve tener conto, oltre che della gravità del reato, della capacità a delinquere del colpevole, desunta, tra l'altro, «dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo»: dette condizioni servono, assieme agli altri elementi, a stabilire se il reo sia pervenuto al delitto per effetto di impulsi ambientali o di fattori endogeni; le condizioni familiari e sociali sono quelle che servono a caratterizzare la personalità dell'individuo e non hanno riferimento con la nascita o col censo; esse valgono a definire la maggiore o minore attitudine della persona alla violazione delle norme giuridiche penali e non incidono

<sup>189</sup> In generale, riassuntivamente, E. Dolcini, sub *art. 133*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, Padova 2008<sup>5</sup>, p. 454 ss.

<sup>190</sup> Per tutti, M. Romano, in M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, Milano 1990, p. 287 ss.

<sup>191</sup> Per tutti, G. Bettioli, *Diritto penale*, CEDAM, Padova 1976<sup>9</sup>, p. 753 ss.

<sup>192</sup> Cass., sez. III, 24 aprile 1974, Pierucci, in «Cassazione penale – Massimario annuale», 1975, p. 1109 (e p. 1263 per la motivazione).

in alcun modo sull'uguaglianza di diritto e di fatto proclamata dalla Costituzione.

Resta fermo, comunque, che la *nozione di famiglia implicata dall'art. 133 c.p.* non soffre limitazioni in fatto, quanto meno perché si tratta di un giudizio che per sua natura tende a coinvolgere l'intero dato storico in qualsiasi modo connesso alla vita del reo. Al contempo non soffre limite neppure in diritto, nel senso che non rilevano valutazioni giuridiche penali o extrapenali, che ad altri effetti risultino limitative del novero familiare o tendano a connotare comunque la famiglia. In particolare, non è esclusa l'ipotesi-limite del caso in cui condizionamenti rilevanti criminogeni siano ricollegati a concretizzati *modelli familiari giuridici extrapenali* (non solo, quindi, la famiglia cosiddetta disgregata, ma anche quella giuridicamente aggregata in un certo modo). Parimenti non è escluso il caso in cui condizionamenti nel verso contrario siano ascritti a *modelli familiari fattuali che ad altri fini siano giuridicamente irrilevanti o financo «illegittimi»*.

Analoghe conclusioni valgono per la *nozione di famiglia implicata in fase esecutiva*<sup>193</sup>.

L'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354 – *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), dedica numerose norme ai rapporti del detenuto con la sua famiglia (v. tra l'altro artt. 14 *quater*, co. 4 e 5, 15, co. 1, 18, co. 3, 28, 29, 30, 42, co. 2, 45, co. 2, 75 n. 5)<sup>194</sup>, compreso il convivente. L'art. 28 impone che particolare cura sia dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie; l'art. 45 prevede azioni di assistenza alle famiglie<sup>195</sup>. Nell'affidamento in prova la relazione familiare è considerata per più versi (art. 47).

<sup>193</sup> V. anche i rilievi di L. Pistorelli, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 97 ss.

<sup>194</sup> C. Ghetti, *Famiglie e detenzione*, in *Lavorare con le famiglie*, a cura di O. Cellentani, Franco Angeli, Milano 1998; Id., *Carcere e famiglia: gli aspetti del disagio*, in Caritas Italiana – Fondazione Zancan, *La rete spezzata: rapporto su emarginazione e disagio nei contesti familiari*, Feltrinelli, Milano 2000, p. 171; G. Della Casa, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in «Diritto penale e processo», 1999, p. 122 (anche per riferimenti al diritto internazionale e ult. ind.); A. Presutti (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, CEDAM, Padova 1998; G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano 1998<sup>4</sup>; P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, CEDAM, Padova 1998<sup>3</sup>; G. Di Gennaro, M. Bonomo, R. Breda, R. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, nuova ed. riv., Giuffrè, Milano 1997, *passim*; G. Biondi, *I figli dei detenuti*, in «Diritto penale e processo», 1997, p. 632 ss.; G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano 1987, *passim*; P. Corso, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Il Mulino, Bologna 1981, p. 180 ss.

<sup>195</sup> L'ordinamento penitenziario prevede, inoltre, tra l'altro, che i «*rapporti con la famiglia*» siano elementi del trattamento (art. 15 ord. penit.), che particolare cura sia dedicata affinché detenuti e internati mantengano, migliorino o ristabiliscano «*relazioni con le famiglie*» (art. 28), che vi siano *colloqui con i congiunti* e siano favoriti quelli *con i familiari* (art. 18), che il trattamento sia integrato da un'azione di *assistenza alle famiglie* (art. 45), che *esigenze familiari* giustificchino misure alternative alla detenzione (art. 47 *ter*) e licenze agli internati (art. 53), che dei «*carichi familiari*» si tenga conto ai fini dell'assegnazione al lavoro (art. 20).

Il regolamento penitenziario (d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 – *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà* contempla programmi di «ricostruzione» della famiglia<sup>196</sup>, contro la «crisi» causata dalla pena (artt. 61 e 45)<sup>197</sup>. Vi è perfino la pretesa di «promuovere un processo di modificazione», tra l'altro, «delle relazioni familiari ... che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale» (art. 1, co. 2). Il processo rieducativo dovrebbe tendere a coinvolgere i membri della famiglia.

Un esempio per tutti evoca la drammaticità del connubio pena-famiglia nel momento esecutivo della pena: gli «infanti in carcere» con le rispettive madri detenute (e magari altri congiunti in altro carcere), che costituiscono parte del problema del rapporto tra pena che affligga la madre e le esigenze della coppia madre-figlio (famiglia carcerata: v. art. 19, d.p.r. n. 230/2000, cit.).

Il legislatore è radicalmente intervenuto dapprima (solo) nel 2001 approntando misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (legge 8 marzo 2001, n. 40). La Novella del 2001 tende a concretizzare il principio per cui la pena, poiché deve tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, co. 3, Cost.), implica la cosiddetta risocializzazione nonché la cosiddetta non-desocializzazione che di per sé è istanza contraria alla pretesa punitiva (comporta infatti che la pena per quanto possibile non sia essa stessa fattore di disgregazione sociale per chi la subisce direttamente o indirettamente). Più di recente miglioramenti sono stati recati dalla legge 21 aprile 2011, n. 62, a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori, con l'introduzione tra l'altro della «casa famiglia protetta».

## 5.2. Esigenze familiari tra nuove pene «di pace» e improcedibilità per tenuità del fatto nel procedimento «di pace»

Quanto testé illustrato assume un significativo rilievo, inoltre, nella riforma del novero delle pene comminate per taluni reati, occasionata dalla creazione della «giurisdizione di pace» con correlato regime sia di diritto processuale sia, per certi (altri) versi, anche di diritto sostanziale (artt. 14-21 legge-delega 24 novembre 1999, n. 468 – *Modifiche alla legge 21 novembre 1991, n. 374, recante istituzione del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace e modifica dell'articolo 593 del codice di procedura penale*; d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274 - *Dispo-*

<sup>196</sup> V., sul nuovo regolamento dell'ord. penit., il *Commento* di P. Canevelli, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1321 ss.

<sup>197</sup> Come ognuno sa, già l'inizio di un processo penale è grave afflizione la quale a sua volta deve coerentemente e a maggior ragione comportare misure positive di sostegno rispetto agli effetti negativi che si producono anche in ambito familiare (v. art. 1, co. 3, d.p.r. n. 230, cit.).

*sizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468*)<sup>198</sup>.

Si consideri anzitutto che la riforma (inopinatamente) *non* riguarda le pene previste per i reati contro la famiglia, e peraltro investe il regime punitivo di certi reati, come per esempio i delitti contro la persona contemplati dalla Novella (v. artt. 4 e 63, d. lgs. n. 274/2000), che di fatto possono essere commessi in ambito familiare (si pensi, appunto, alla menzionata violenza intradomestica).

Ciò posto, merita segnalare che le «esigenze familiari», e le esigenze «di famiglia» del condannato trovano una qualche considerazione nel procedimento di commisurazione concreta delle pene nuove, cioè rispettivamente l'obbligo di permanenza domiciliare (art. 53, d. lgs. n. 374/2000, cit.) e il lavoro di pubblica utilità (art. 54 stesso decreto).

La pena della permanenza domiciliare (da sei a quarantacinque giorni; di sabato e domenica) già di per sé prefigura concreti scenari in cui la famiglia è ambiente di «detenzione» punitiva e il domicilio familiare costituisce il luogo in cui tale «detenzione» si svolge<sup>199</sup>. Tuttavia, la stessa pena può consistere, anziché nell'obbligo di rimanere presso la propria abitazione, anche nell'obbligo di rimanere presso altro luogo di privata dimora ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza. Non è però testualmente previsto che nella scelta si tenga conto delle esigenze *della* famiglia, e tanto meno del gradimento dei membri della famiglia, o comunque dei rapporti familiari sotto il profilo delle esigenze di membri della famiglia diversi dal condannato. Tutte queste esigenze non sono menzionate neppure in ordine alla scelta contemplata in sede di previsione generale della nuova pena, laddove cioè la permanenza domiciliare è concepita come pena principale in alternativa alla pena pecuniaria e (o) al lavoro di pubblica utilità (art. 52).

In tema di permanenza domiciliare è previsto soltanto che il giudice abbia riguardo alle esigenze familiari (oltre che di lavoro, di studio o di salute) *del condannato* al fine di disporre che la pena sia eseguita in giorni diversi della settimana (lunedì- venerdì) ovvero, a richiesta del condannato stesso, continuativamente. Inoltre, il giudice, valutata la capacità a delinquere (quindi anche le condizioni familiari), può imporre al condannato il divieto di accedere a specifici luoghi, tenuto conto delle stesse esigenze familiari.

In tema di lavoro di pubblica utilità, i contro-interessi della famiglia o dei suoi membri parrebbero considerati diversamente. L'attività non retribuita a favore della collettività, attività in cui consiste la pena, deve svolgersi con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze *di famiglia* del condannato (oltre che quelle di lavoro,

<sup>198</sup> Per un commento alla riforma v. i lavori pubblicati in «Diritto penale e processo», 2001, n. 1 (p. 17 ss.) e n. 2 (p. 145 ss.), a cura di vari Autori (G. Diotallevi, C. Pansini, E. Gallucci, P. Canevelli, M. Papa, A. Bernardi, R. Bartoli, I. Leoncini).

<sup>199</sup> L'art. 53, co. 2, precisa che il condannato *non è considerato* in stato di detenzione.

studio, salute), tra le quali esigenze dovrebbero potersi includere quelle della famiglia, o comunque dei membri della famiglia, nei confronti del condannato.

Nella stessa direzione pare avviarsi la causa di esclusione della procedibilità (art. 34, d.lgs. n. 274/2000), correlata alla particolare tenuità del fatto. Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, *di famiglia* o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato (nelle indagini preliminari il giudice dispone con decreto di archiviazione, sempre che non risulti un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento; dopo l'esercizio dell'azione penale, il giudice emette sentenza ma solo se l'imputato o la persona offesa non si oppongono).

Il pregiudizio alle esigenze (tra l'altro) di famiglia, inteso come requisito esterno non solo al reato, ma anche all'autore del reato, ha destato critiche in quanto contrasterebbe con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.): per esempio, si compara il caso dello scapolo a quello del buon padre di famiglia, e si sostiene che per il secondo le esigenze di famiglia potranno rivelarsi decisive ai fini del riconoscimento dell'improcedibilità, mentre il primo non potrà avvalersene<sup>200</sup>.

Tuttavia, la diversificazione pare non irragionevole in relazione all'obiettivo di frustrare l'effetto cosiddetto desocializzante prodotto dal processo (non solo nei confronti dell'indagato ma anche rispetto ad aggregati sociali di appartenenza, come appunto la famiglia).

Diversa questione è quella dell'eccesso nella previsione di istituti rivolti allo stesso obiettivo, eccesso che sarebbe individuabile nell'intera previsione della improcedibilità per tenuità del fatto<sup>201</sup>. La questione però investe a ben vedere la discrezionalità politica del legislatore, e riguarda piuttosto l'intera riforma del 2000, che non l'una o l'altra delle norme che a tale obiettivo mirano.

La relativa decisività del dato familiare solleva ancora una volta la questione circa eventuali requisiti della famiglia considerata. Tenuto conto della sopra rilevata scarsa operatività che la prassi concede ai criteri commisurativi, ragioni di economia espositiva consigliano di lasciare aperto l'interrogativo, rinviando per la ricerca di un principio di soluzione a quanto finora e nel seguito illustrato.

<sup>200</sup> R. Bartoli, *Le definizioni alternative del procedimento*, in «Diritto penale e processo», 2001, p. 179 ss.

<sup>201</sup> Bartoli, *Le definizioni*, cit., p. 179 ss.

### 5.3. Nozione di famiglia e misure di prevenzione: l'allontanamento dalla casa familiare e l'ordine di protezione cosiddetto civilistico; famiglia come convivenza

Problemi di contemperamento rispetto a istanze familiari si sono posti con peculiare intensità perfino con riguardo ad un altro strumento penalistico, la misura (di sicurezza ovvero) di prevenzione (art. 25, co. 3, Cost.)<sup>202</sup>. Al già cennato (in tema di violenza sulle donne) monito della dottrina, secondo cui non si può chiedere al diritto penale più di quel (poco) che può dare, specie in tema di famiglia<sup>203</sup>, un sordo legislatore risponde coniando «*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*» (legge 4 aprile 2001 n. 154)<sup>204</sup>, cioè creando una nuova misura di prevenzione, l'allontanamento dalla *casa familiare*. La misura consiste in ciò, che il giudice prescrive all'imputato di lasciare immediatamente la casa familiare, ovvero di non farvi rientro, o di non accedervi senza l'autorizzazione del giudice che procede (art. 282 *bis* c.p.p., come introdotto dalla l. n. 154 cit.).

Questa misura ha sì una collocazione formale endoprocessuale (è vestita da misura cautelare personale, coercitiva), ma assolve soprattutto ad una finalità esoprocessuale, di diritto sostanziale, cioè la tutela dell'incolumità della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti contro la pericolosità dell'imputato (più o meno presuntivamente ritenuta), come già l'intitolato della legge ben indica [e cfr. art. 274, lett. c), c.p.p.]. Tale finalità si rivela testualmente laddove è previsto che il giudice possa, inoltre, prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, in particolare tra l'altro al domicilio della «famiglia di origine» (della persona offesa, è da credere).

Del resto, la legge finisce addirittura col mascherare una misura di prevenzione sotto il manto formal-civilistico di un ordine di protezione (appunto) contro gli abusi familiari (nuovo Titolo IX *bis* del codice civile, introdotto dall'art. 2, l. n. 154/2001 cit.; nuovo capo V del Titolo II del Libro quarto del codice di procedura civile, introdotto dall'art. 3 della stessa legge). Di certo, lo schema civilistico non rassicura, almeno dal momento in cui risulti che, quanto meno contro il principio di tassatività (previsione dei «casi»: art. 25, co. 3, Cost.), se non immediatamente

<sup>202</sup> V. (oltre a quanto sopra riportato in tema di violenza sulle donne), per tutti, L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, Padova University Press, Padova 2012; R. Guerrini, L. Mazza, S. Riondato, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, cit.; e, per i profili giurisprudenziali anche costituzionali, S. Riondato, sub *legge 27 dicembre 1956, n. 1423*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, CEDAM, Padova 2014, *post* art. 240.

<sup>203</sup> Per tutti, Scordamaglia, *Prospettive*, cit., p. 378 e *passim*.

<sup>204</sup> L. Pistorelli, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari: allontanamento dalla casa familiare; pagamento di un assegno*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 103 ss.; A. di Martino, *Honestanda domus. Appunti sull'«allontanamento dalla casa familiare» come misura cautelare personale*, in *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione – Profili di diritto civile, penale e comparato*, a cura di M. Paladini, CEDAM, Padova 2009, p. 255 ss.

contro fondamentali libertà individuali, l'abuso familiare risulti in buona sostanza indefinito, risolvendosi tra l'altro in un (*grave*, ma secondo quali criteri?) *pregiudizio* all'«integrità morale» del coniuge o di «altro convivente» (adulti compresi). Affiora così un pericoloso strumento di sindacato del giudice, imperniato su di una morale (individuale; e familiare?) tutta da scoprire, che la Repubblica del terzo millennio sta inopinatamente risuscitando, sotto l'egida dell'esigenza di «tempestivo intervento»<sup>205</sup>, in forme molto meno garantiste di quelle che, come poco più avanti si dirà, il legislatore prerепubblicano (anche) in materia familiare era in apprezzabile misura riuscito a mantenere pur mirando ad analoghi obiettivi di ispirazione autoritaristica<sup>206</sup>.

Ora, rispetto alla Novella, sarebbe da chiedersi almeno, ma non si intravedono risposte, quale obiettivo abbia ispirato la schizofrenica divaricazione di regime, (solo) processuale penale da un lato, e civilistico (sostanziale e processuale) dall'altro lato, precludendo la previsione di un armonico regime unitario benché modulato, che avrebbe preteso, almeno in funzione di garanzia (comunque da rafforzare rispetto all'usuale, insoddisfacente *standard*), l'impiego degli schemi penalistici della misura di prevenzione, compreso il processo di prevenzione, previa adeguata riconsiderazione nella specifica materia familiare. Non meraviglia, quindi, che la garanzia costituzionale di tassatività (previsione dei «casi») sia sistematicamente elusa nella riforma in esame.

Ai nostri fini merita ulteriormente considerare soltanto che una grande ampiezza acquisisce la nozione di «casa familiare», casa intesa, a mente dell'intitolato della legge, quale luogo delle «relazioni familiari». Tali relazioni sono rilevanti sotto il profilo criminologico-preventivo già illustrato nei suoi termini essenziali con riguardo alla pena, il quale produce *in subiecta materia* analoghe, indefinite estensioni. Del resto, la Novella pare assumere una nozione di familiarità che tende a coincidere con quella di (mera) «convivenza», non meglio precisata, quindi di natura qualsiasi (non soltanto la convivenza *more uxorio*), come si evince soprattutto dal peraltro difficoltoso ma doveroso coordinamento tra la disciplina dell'«allontanamento» penalistico e quella dell'«allontanamento» cosiddetto civilistico.

Il riferimento alla convivenza *tout court* non è nuovo nell'ambito della disciplina delle misure di prevenzione. Basti considerare, per esempio, i divieti e le decadenze concernenti chi conviva col prevenuto, secondo quanto sanciscono certe disposizioni contro la mafia, che più volte la Corte costituzionale ha rifiutato di censurare nonostante la cospicua serie di dubbi formulata da molti giudici di merito. La Corte ha precisato, tra l'altro, che la nozione di convivenza ivi implicata deve essere intesa secondo caratteri congruenti alla *ratio* dei provvedimenti che su di essa si basa-

<sup>205</sup> Adesivamente, M.F. Mina, *L'intervento del giudice penale nei conflitti familiari*, in «Critica del diritto. Stato e conflitto di classe», 2000, p. 164 ss.

<sup>206</sup> V., intanto, Roppo, *Il giudice*, cit., p. 83 ss.

no<sup>207</sup>: rileva insomma indefinitamente tutto quanto assuma senso in funzione dello

<sup>207</sup> Corte cost., 20 novembre 2000, n. 510, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1588, con riferimento all'art. 10, co. 4, della legge 31 maggio 1965, n. 575 (*Disposizioni contro la mafia*), nel testo sostituito dall'art. 3 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*). Il giudizio è stato promosso dal Tribunale di Avellino che ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 27 e 41 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 4, cit. «nella parte in cui la suddicata norma, estendendo ai conviventi i divieti e le decadenze previsti nei commi 1 e 2 dello stesso articolo, non consente alcuna prova o accertamento contrario». Ad avviso del Tribunale, la disposizione della cui applicazione si tratta presenterebbe profili di incostituzionalità, e ciò nonostante che la Corte costituzionale, in una sua precedente decisione (ord. n. 675/1988), abbia dichiarato manifestamente infondata una questione allora sollevata circa l'estensione degli effetti interdittivi a soggetti terzi, ritenendo ragionevole la presunzione di intestazione fittizia dei beni sottesa alla norma impugnata. Il dubbio di costituzionalità concerne comunque aspetti diversi da quelli già esaminati dalla Corte nella richiamata decisione del 1988, e precisamente riguarda la prescrizione che impone al giudice di applicare al convivente di chi sia stato sottoposto a una misura di prevenzione secondo la legge antimafia – dunque a una persona che come tale non ha subito alcun procedimento – il divieto di iscrizione nei registri delle camere di commercio e, con esso, il divieto di ottenere licenze o autorizzazioni all'esercizio del commercio. Ciò che appare irragionevole al Tribunale, anche avuto riguardo alle conclusioni della richiamata ordinanza n. 675 del 1988, è il carattere assoluto della presunzione di intestazione fittizia dei beni per eludere la disciplina antimafia, presunzione che è posta appunto nell'ipotesi dell'estensione degli effetti della misura: l'impossibilità di fornire una prova contraria per il convivente contrasta con la possibilità di svolgere accertamenti patrimoniali per verificare se la persona pericolosa disponga di beni e capitali suscettibili di essere reinvestiti nell'attività commerciale che fa capo alla persona convivente o se invece quest'ultima disponga autonomamente di mezzi finanziari allo scopo. Del resto, aggiunge il giudice, non può sostenersi che la censurata presunzione – che l'attività commerciale del terzo costituisca attività di «copertura» di quella illegale del prevenuto – sia necessariamente corrispondente alla realtà dei fatti, poiché può ben darsi il caso che l'attività commerciale del parente/convivente venga iniziata e svolta in modo autosufficiente; ne è esempio, prosegue il Tribunale, proprio il caso di specie, giacché il prevenuto risulta da tempo e tuttora detenuto in esecuzione di condanne penali, ciò che legittima il dubbio circa la sua possibilità di finanziare il coniuge-convivente ai fini dell'esercizio del commercio. La presunzione assoluta oggetto della questione sarebbe, secondo l'ordinanza di rinvio, in contrasto con il canone generale di ragionevolezza della legge, e inoltre con: a) l'art. 3, co. 2, Cost., sotto il profilo della rimozione degli ostacoli di ordine sociale al lavoro, costituendo anche l'unione matrimoniale o la convivenza una condizione di vita sociale, «non sempre scelta in piena libertà»; b) l'art. 4 Cost., circa l'effettività del diritto al lavoro; c) l'art. 27 Cost., per l'estensione a una persona estranea al procedimento di conseguenze *lato sensu* penalistiche, poiché, secondo il Tribunale, la misura di prevenzione postulerebbe pur sempre un accertamento di responsabilità penale, solo variando il grado probatorio necessario; d) l'art. 24 Cost., perché vengono applicate conseguenze sfavorevoli a un soggetto che nel procedimento giurisdizionale di prevenzione non ha avuto la possibilità di interloquire e difendersi; e) l'art. 41 Cost., perché ne deriva un ostacolo alla libera iniziativa economica dell'individuo. La Corte costituzionale, nella valutazione della legittimità costituzionale della disposizione denunciata, conclusasi con pronuncia di infondatezza, ha tenuto conto nel suo complesso della ponderazione fatta dal legislatore degli interessi implicati nella disciplina in esame, nella quale entrerebbe, come ragione determinante, l'esigenza di contrastare l'attività economica di soggetti colpiti da misure di prevenzione antimafia tramite, in particolare, il reimpiego del danaro proveniente da attività criminosa. Invero, gli invocati artt. 4, 24, 27 e 41 della Costituzione prevedono diritti che, secondo l'ordinanza del giudice rimettente, sarebbero irragionevolmente sacrificati dalla presunzione assoluta che sottostà alla disposizione impugnata. Di qui, il riferimento all'art. 3 della Costituzione che impone al legislatore il rispetto del canone della ragionevolezza o non-arbitrarietà nella valutazione comparativa e complessiva degli interessi che la norma mette in gioco. In questa valutazione ponderata, la Corte ha innanzitutto considerato la determinazione

scopo preventivo. In tema di prevenzione penalistica, ha larga rilevanza il sospetto sulla connivenza di «appartenenti al nucleo familiare» del prevenendo. Si veda per esempio, in tema di riciclaggio e terrorismo la (peraltro non chiarissima) definizione di «*diretti familiari*» (corsivo nostro), comprendente chi, rispetto all'interessato, abbia *convissuto* nell'ultimo quinquennio col di lui coniuge o con i di lui figli e/o rispettivi coniugi (allegato tecnico, art. 1, co. 2, al d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, decreto che dà attuazione alla direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché alla direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione)<sup>208</sup>.

dell'efficacia quinquennale dei divieti, stabilita nell'ultima parte del medesimo co. 4 dell'art. 10 (quale sostituito con la l. n. 55/1990); la possibilità di richiedere la riabilitazione – alla quale consegue la cessazione dei divieti previsti dall'art. 10 della l. n. 575/1965 – dopo tre o cinque anni, a seconda del tipo di criminalità al quale la misura di prevenzione si riferisce (riabilitazione introdotta dall'art. 15 della legge 3 agosto 1988, n. 327, e, nell'area della criminalità organizzata, dall'art. 14 della l. n. 55/1990), nonché la deroga (introdotta anch'essa dall'art. 3 della l. n. 55/1990) contenuta nello stesso art. 10, al co. 5, che prevede la possibilità che il giudice escluda la decadenza e il divieto (eccettuate le autorizzazioni e le licenze di polizia relative alle armi, alle munizioni e agli esplosivi) nel caso in cui, per effetto di tali provvedimenti, vengano a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia. Ma soprattutto la Corte ha dato rilievo all'art. 10 *quater* della l. n. 575/1965 (nella versione risultante dalla l. n. 55/1990). Esso stabilisce che il tribunale, prima di adottare un provvedimento previsto dall'art. 10, co. 4, con decreto motivato chiama a intervenire nel procedimento le parti interessate, e quindi anche il convivente nei cui confronti hanno da essere disposti divieti e decadenze, e che le parti possono, anche con l'assistenza di un difensore, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile alla decisione. Ciò di per sé vale a escludere il prospettato contrasto con l'art. 24 Cost., secondo la Corte. La Corte aggiunge al riguardo che la medesima disposizione prevede che, ai fini dei relativi accertamenti – cioè degli accertamenti che si rendono necessari per l'estensione delle interdizioni e delle decadenze nei confronti dei conviventi –, si applicano le disposizioni degli artt. 2 *bis* e 2 *ter* della legge. In particolare, l'art. 2 *bis* riguarda l'effettuazione di indagini sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie, sul patrimonio e in genere sulle condizioni economiche dei soggetti indicati nell'art. 1 (indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni aventi caratteristiche analoghe a quelle mafiose), nei cui confronti possa essere proposta la misura della sorveglianza speciale (co. 1). Analoghe indagini, secondo il co. 3 dello stesso art. 2 *bis*, sono condotte anche nei confronti di altri soggetti che possono avere a che fare con le attività economiche dei primi, tra i quali i conviventi (nell'ultimo quinquennio). Dalle disposizioni da ultimo citate risulta alla Corte che il giudice deve tenere conto di una serie di elementi utili a ricostruire la posizione economica non solo della persona sospettata ma anche di quella convivente, potendosi ricavare così che le misure di cui all'impugnato co. 4 dell'art. 10 presuppongono l'esistenza di una «convivenza» avente caratteri congruenti alla *ratio* dei provvedimenti che su di essa si basano: una convivenza segnata in concreto da coinvolgimento negli interessi economici del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione; coinvolgimento di cui le «parti interessate», nel procedimento previsto dalla legge, sono abilitate a dimostrare l'inesistenza, senza di che le norme ora citate risulterebbero prive di senso. Il che, secondo la Corte, è quanto dire che, se tra la convivenza assunta dalla legge come condizione delle misure previste dal co. 4 dell'art. 10 e queste ultime v'è automatismo, non qualunque tipo di convivenza può essere a base di tale automatismo e che il soggetto interessato è abilitato a difendersi fornendo la prova dell'inesistenza in essa di quei caratteri che, soli, giustificano le misure stesse.

<sup>208</sup> V. anche gli obblighi di segnalazione concernenti operazioni bancarie svolte da tali persone, già previsti in materia di lotta al riciclaggio (art. 3, d.l. 3 maggio 1991, n. 143, convertito in legge 5 luglio 1991, n. 197, recante *Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle*

#### 5.4. Incostituzionalità dell'esclusione da pubblici concorsi a causa di condanna subita da un familiare

Un breve cenno, senza rischiare un fuor d'opera, meritano talune evoluzioni di certi effetti «non penali», a rigor di tecnica, ma comunque alquanto gravosi ed evocativi di giudizi di disvalore, se non di punizioni, collettivo-familiari.

Si tratta dell'esclusione dall'accesso a certi impieghi nella pubblica amministrazione e nella magistratura, che il legislatore aveva collegato alla circostanza che una persona avesse parenti penalmente condannati. Una sorta di indegnità di natura familiare.

Questi effetti sono stati espunti dall'ordinamento già per opera di pronunzie della Corte costituzionale. L'atteggiarsi di questi effetti, gli esiti caducatori e le correlate ragioni possono essere ben riassunte tramite l'esposizione dell'ultima vicenda costituzionale e delle successive riforme legislative che hanno definitivamente escluso istituti del genere in questione.

È stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 26 della legge 1° febbraio 1989, n. 53 (*Modifiche alle norme sullo stato giuridico e sull'avanzamento dei vicebrigadieri, dei graduati e militari di truppa dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché disposizioni relative alla Polizia di Stato, al Corpo degli agenti di custodia e al Corpo forestale dello Stato*), con ordinanza del T.A.R. Lazio<sup>209</sup>, in due giudizi riuniti aventi ad oggetto l'impugnazione di altrettanti decreti di dimissione dei ricorrenti dal Corpo di polizia penitenziaria per difetto dei requisiti prescritti dall'art. 6, co. 2, del d.lgs. 17 novembre 1997, n. 398 (*Modifica alla disciplina del concorso per uditore giudiziario e norme sulle scuole di specializzazione per le professioni legali, a norma dell'articolo 17, commi 113 e 114, della legge 15 maggio 1997, n. 127*). Il Tribunale ha sollevato la questione in riferimento agli artt. 3 e 51 Cost. con riguardo alla parte in cui l'art. 26 cit., rinviando per l'accesso ai ruoli della polizia penitenziaria al possesso delle qualità morali e di condotta stabilite dall'art. 124 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (*Ordinamento giudiziario*) (come sostituito dall'art. 6, co. 2, del d.lgs. n. 398/1997) per l'ammissione ai concorsi della magistratura ordinaria, prevede che siano esclusi coloro i cui parenti, in linea retta entro il primo grado e in linea collaterale entro il secondo, abbiano riportato condanne per taluno dei delitti di cui all'art. 407, co. 2, lettera a), del codice di procedura penale. L'art. 26 della l. n. 53/1989 prevedeva che per l'accesso ai ruoli del personale della Polizia di Stato e delle altre forze di polizia indicate dall'art. 16, della legge 1 aprile 1981, n. 121 (*Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*) – tra cui il Corpo degli agenti di custodia, divenuto poi il Corpo di polizia penitenziaria – fosse richiesto

*transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio*). Questo articolo è stato abrogato dall'art. 64, co. 1, lett. a) d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

<sup>209</sup> T.A.R. Lazio, sez. I, 7 aprile 1999, n. 712, in «Gazzetta ufficiale», prima serie sp., n. 52/1999.

il possesso delle qualità morali e di condotta stabilite per l'ammissione al concorso della magistratura ordinaria dall'art. 124 del r.d. n. 12/1941, che, all'ultimo comma, disponeva appunto l'esclusione di coloro che non risultassero, per le informazioni assunte, di moralità e condotta incensurabili e appartenenti a famiglia di estimazione morale indiscussa. Si noti che questo sistema normativo era stato espressamente confermato, nell'ambito della disciplina del pubblico impiego, dall'art. 41, co. 2, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 – *Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421* (in seguito trasfuso nell'art. 36, co. 6, del medesimo decreto dagli artt. 22 e 43 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 – *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*), il quale aveva appunto ribadito che «ai fini delle assunzioni presso (...) le amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia e di giustizia si applica il disposto di cui all'art. 26 della legge 1 febbraio 1989, n. 53». Solo successivamente alla vicenda giudiziaria in esame l'art. 36 del d.lgs. 29/1993 è stato abrogato, in forza del d.lgs. n. 165/2001, e la disciplina del reclutamento del personale è ora contenuta agli articoli 35 e 36 del suddetto decreto ove non si fa alcun riferimento all'incidenza di condanne subite da familiari sulla possibilità di accedere ai pubblici concorsi.

Il giudice *a quo* richiama la sentenza costituzionale n. 108 del 1994<sup>210</sup>, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 26 della l. n. 53/1989, nella parte in cui, rinviando al testo originario dell'art. 124 citato, prevedeva l'esclusione di coloro che, per le informazioni raccolte, non risultassero, secondo l'apprezzamento insindacabile del Ministro competente, appartenenti a famiglia di estimazione morale indiscussa. Ad avviso del giudice, neppure la nuova formulazione dell'art. 124 si sottrarrebbe alle censure risultanti dalla predetta sentenza: il requisito prescritto dalla norma impugnata, infatti, si risolverebbe in un'irragionevole limitazione dell'accesso ai pubblici uffici, in quanto non riguarderebbe capacità, attitudini o condotte dell'interessato, ma valutazioni o comportamenti imputati all'ambiente familiare, che, in base ad un'arbitraria presunzione legislativa, verrebbero automaticamente riferiti al medesimo soggetto; essa, inoltre, rifletterebbe una situazione sociale storicamente superata, nella quale la famiglia costituiva l'ambito di socializzazione pressoché esclusivo dei giovani, laddove, per effetto dello sviluppo delle possibilità reali di frequentare istituti di istruzione fino al livello universitario, nonché dell'accresciuta possibilità

<sup>210</sup> Corte cost., 23 marzo 1994, n. 108, in «Giurisprudenza costituzionale», vol. I, 1994, p. 927 ss., con nota di G. Cattarino, osservazioni di R. Sacco, *Accesso ai pubblici uffici e requisito dell'estimazione morale indiscussa della famiglia di appartenenza* e di F. Bientinesi, *Un caso di illegittimità conseguenziale in materia di requisiti di accesso alla Polizia di Stato e alla Magistratura ordinaria*.

di interazione in ambienti extrafamiliari, non potrebbe negarsi l'eventualità che i soggetti maturino in sé stessi la credenza in valori diversi e antitetici rispetto a quelli propri della famiglia di origine e ispirino la propria condotta a modelli di convivenza sociale differenti o contrari rispetto a quelli seguiti dagli altri componenti del nucleo familiare.

La Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione<sup>211</sup>. Secondo la Corte, anche se il nuovo testo contiene un più preciso riferimento, da un lato, a un ambito familiare delimitato dall'indicazione di un determinato grado di parentela con il candidato e, dall'altro lato, a specifiche figure criminose giudizialmente accertate, resta comunque il fatto che condotte criminose di soggetti diversi dal candidato all'ammissione nel ruolo vengono prese in considerazione per desumere, incontestabilmente, l'inidoneità del candidato medesimo a ricoprire l'ufficio pubblico cui aspira. In questo modo non viene eliminata, ma anzi si perpetua, quella presunzione legislativa, già connessa al precedente requisito dell'appartenenza a famiglia di estimazione morale indiscussa, la cui palese arbitrarietà ha indotto la stessa Corte a ravvisarvi un'irragionevole limitazione dell'accesso ai pubblici uffici. Nella menzionata decisione n. 108/1994 è stato infatti precisato che non è irragionevole che la moralità e la condotta di un soggetto che aspiri a esercitare funzioni di polizia possano essere accertate anche con riferimento all'atteggiamento e al comportamento tenuti dall'interessato nei suoi ambienti di vita associata, compresa la famiglia, ma è «invece arbitrario (...) presumere che valutazioni o comportamenti riferibili alla famiglia di appartenenza o a singoli membri della stessa diversi dall'interessato debbano essere automaticamente trasferiti all'interessato medesimo». Questa stessa *ratio decidendi* è stata applicata al nuovo testo della norma, anche se più rigoroso nei termini di riferimento soggettivi e oggettivi, in quanto la condizione di ammissione ai ruoli del personale di polizia che la medesima norma prefigura non riguarda capacità, attitudini o condotte proprie del candidato, ma piuttosto comportamenti riferibili ai suoi più stretti parenti; comportamenti che assumono, anche in questa ipotesi normativa, un valore preclusivo assoluto all'ammissione in ruolo del candidato stesso.

Sotto questi profili, è evidente per la Corte l'illegittima limitazione all'accesso ai pubblici uffici, in quanto se è vero che l'art. 51, co. 1, della Costituzione rinvia alla legge ordinaria per la determinazione dei requisiti necessari a essere ammessi ai pubblici uffici, è altrettanto vero che l'esercizio della discrezionalità legislativa in materia deve pur sempre svolgersi nei limiti della ragionevolezza e della non arbitra-

<sup>211</sup> Corte cost., 13 luglio 2000, n. 391, in «Giurisprudenza costituzionale», 2000, p. 2745 ss.; v., inoltre, per quanto valga, Corte cost., 12 luglio 2000, n. 332, in «Giurisprudenza costituzionale», 2000, p. 2455, che ha dichiarato l'incostituzionalità di numerose norme che prevedevano il requisito dell'«essere senza prole» per l'accesso a ruoli delle forze armate; infine v., con riferimento al requisito dell'ottima condotta morale, Corte cost., 18 luglio 1996, n. 311, in «Giurisprudenza Costituzionale», vol. II, 1996, p. 2563 ss., con nota di A. Concaro, *L'ottima condotta morale e politica» per la nomina a guardia giurata all'esame della Corte costituzionale: un'interpretativa «mascherata» nella forma dell'accoglimento parziale?*

rietà delle scelte compiute. In questo senso, secondo la giurisprudenza costituzionale, ben può ammettersi «la previsione di requisiti attitudinali o di affidabilità per il corretto svolgimento della funzione o dell'attività, desunti da condotte del soggetto interessato, anche diverse da quelle aventi rilievo penale e accertate in sede penale, ma significative in rapporto al tipo di funzione o di attività da svolgere», ma in ogni caso deve essere sempre rispettata l'esigenza di riconducibilità delle condotte prese in considerazione al soggetto interessato (sent. n. 311/1996).

Pertanto, il contenuto del requisito in questione è risultato contrastare con il divieto costituzionale di arbitrarie discriminazioni nell'accesso ai pubblici uffici, in quanto comporta la pregiudiziale esclusione da determinati impieghi pubblici in ragione di elementi di apprezzamento estranei alla persona del candidato.

La Corte ha esteso la dichiarazione di incostituzionalità all'art. 24, co. 7, del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (*Ordinamento giudiziario*), nella parte in cui, nel disciplinare i requisiti di ammissione ai concorsi della magistratura ordinaria, prevede che non siano ammessi al concorso i candidati i cui parenti, in linea retta entro il primo grado e in linea collaterale entro il secondo, hanno riportato condanne per taluno dei delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p.

## 6. Concezioni penalistiche della famiglia nelle fattispecie incriminatrici

In tema di descrizione delle figure di illecito penale, la menzionata tendenza verso una concezione relativamente autonoma (non meramente sanzionatoria) del diritto penale in materia familiare, risulta confortata anzitutto dall'esistenza di *definizioni penalistiche autonome* legislativamente espresse quanto a rapporti di indole familiare, definizioni presenti fin dall'originaria formulazione codicistica del '30 e non coincidenti con i termini della legislazione extrapenale contemporanea e successiva. Esse sono segnali dell'orientamento di fondo impresso al quadro penalistico in materia, che già nell'intenzione storica dichiarata e in quella oggettivo-formale originariamente espressa ha assunto direzioni di tutela non armonizzabili con quelle extrapenali, talvolta perfino potenzialmente foriere di aporie – peraltro anche interne –, e comunque rivolte, in distonia con la restante legislazione, alla *valorizzazione immediata di realtà familiari fattuali* (altrove giuridicamente irrilevanti, quando non confinate in tutto o in parte in attribuzioni di disvalore), nonché *di realtà familiari normative extragiuridiche*.

### 6.1. Concezioni originarie codicistiche della famiglia: i delitti contro la famiglia

La parte speciale del codice penale era in origine informata da un'esigenza di tutela della famiglia intesa come oggetto/bene giuridico di categoria, trascendente gli interessi dei singoli suoi componenti, abbisognevole di protezione penale contro fatti ritenuti dannosi o pericolosi. Vi compaiono, infatti, i cennati *delitti contro la famiglia* (Titolo XI del Libro secondo), ripartiti come delitti contro il *matrimonio* (artt. 556-558 c.p.), delitti contro la *morale familiare* (artt. 564 e 565 c.p.), delitti contro lo *stato di famiglia* (artt. 566-569 c.p.) e delitti contro l'*assistenza familiare* (artt. 570-574 c.p.).

È possibile desumere una prima nozione generalissima di famiglia, alla luce dell'intenzione storica, sia tramite la considerazione dei vari rapporti interpersonali che, oltre al matrimonio, sono menzionati in questo Titolo sotto il segno di «famiglia» la quale a sua volta è nominata anche in certe fattispecie (artt. 570, 572 c.p.), sia tramite il coordinamento sistematico con altre figure codicistiche che definiscono taluni di tali rapporti in termini di «parentela» (art. 540 c.p.) o implicando la nozione di «*prossimi congiunti*» (art. 307 c.p.)<sup>212</sup>. Si tratta di nozione che peraltro ha accezione plurima e come si dirà non priva di incongruenze, cioè quella di (consorzio o) *società coniugale e/o società parentale* (società coniugale; società parentale; società coniugale e parentale), nozione proposta da Arturo Rocco nella formulazione più matura<sup>213</sup>, debitrice in parte di riflessioni ordinatorie risalenti a Carrara<sup>214</sup> e ripresa dai codificatori del 1930<sup>215</sup>.

La famiglia – scriveva Rocco – è «prima elementare e universale forma di comunanza sociale, fondata su vincoli di affetto e di sangue, nella quale l'uomo trova le naturali condizioni del suo svolgimento fisico, intellettuale e morale»; «il diritto penale tutela giuridicamente non soltanto i diritti privati dei singoli membri della famiglia l'un verso l'altro, ma tutela, insieme ad essi e al disopra di essi, i beni e gli interessi della società familiare, come tale, di fronte ai singoli non appartenenti alla famiglia, e così li trasforma in beni e interessi propri della famiglia, considerata nella totalità di coloro che la compongono, cioè come una collettività di individui deter-

<sup>212</sup> Riguardo a queste norme v. per tutti, G. Cerquetti, voce *Parentela*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXXI, Giuffrè, Milano 1981, p. 662 ss.

<sup>213</sup> A. Rocco, *L'oggetto del reato*, Fratelli Bocca Edizioni, Milano 1913, p. 590 ss.

<sup>214</sup> F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. III, Firenze 1887, par. 1861.

<sup>215</sup> V. la *Relazione del Guardasigilli* Alfredo Rocco, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, *Relazione sui libri II e III del Progetto*, Roma 1929, p. 336 ss.; e la *Relazione introduttiva* di Giovanni Appiani, negli stessi *Lavori*, vol. IV, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte I, *Relazione introduttiva* di S.E. Giovanni Appiani, *Presidente della Commissione*, Roma 1929, p. 438 ss.

minati legati da vincoli giuridici reciproci, collettività tuttavia non giuridicamente personificata»<sup>216</sup>.

Su questa base, i codificatori ritenevano «di avere, mediante il complesso di tutte queste norme punitive, apprestata una energica e valida difesa contro l'attività criminosa sempre più vasta e allarmante, che tende a disgregare l'organismo familiare, considerato come «società coniugale» e come «società parentale». – Lo Stato deve rivolgere costantemente, e col massimo interesse, la sua attenzione all'istituto etico-giuridico della famiglia, che è il centro di irradiazione di ogni civile convivenza. Nella comunione familiare i genitori con la parola, e più con l'esempio, plasmano l'anima del fanciullo, che sarà poi il cittadino: secondo che l'ambiente domestico è moralmente puro, o viziato e malsano, germina in esso e fiorisce la pianta dell'uomo onesto, ovvero vi alligna quella triste e attossicata del criminale. – Il legislatore deve, con tutti i mezzi dei quali può disporre, cercare di rinsaldare, nella sua esistenza fisica e nella sua compagine morale, l'organismo familiare; e a tale scopo serve anche la sanzione punitiva con la sua minaccia contro gli attentati all'istituto del matrimonio, che costituisce il fulcro di ogni ben costituita società, e contro l'organismo familiare»<sup>217</sup>.

Rispetto alla configurazione rocchiana, si è così realizzata una ulteriore, marcata svalutazione dei profili individualistici, a beneficio di una invasiva concezione ordinamentale, organico-istituzionale, in un quadro di rafforzamento dell'intervento penale nella dinamica delle relazioni familiari<sup>218</sup>.

## 6.2. La famiglia coniugale legittima

Quanto alla società coniugale, il matrimonio quale istituto di diritto civile ne era inteso come esclusivo dato fondante (matrimonio cosiddetto legittimo<sup>219</sup>), foriero di *famiglia coniugale legittima* che a sua volta prelude e comprende la *filiazione legittima* e così consustanzia in dimensione giuridica, entro i suoi limiti, società coniugale e

<sup>216</sup> Rocco, *L'oggetto*, cit., p. 590 ss.

<sup>217</sup> *Relazione* Rocco, cit., p. 334 ss.

<sup>218</sup> V. Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale*, cit., p. 86 ss. Ricognizioni critiche rispetto alla concezione originaria, sotto i vari profili, si trovano, inoltre, in F. Resta, *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia, II. Rapporti personali e patrimoniali*, diretto da G. Ferrando, Zanichelli, Bologna 2008, p. 155 ss.; Pezzi, voce *Famiglia*, VI, *Delitti contro la famiglia*, cit., p. 1 ss.; Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 111; F. Fierro Cenderelli, *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè, Milano 1984, *passim*. Sulla nozione penalistica di famiglia in epoca anteriore alla riforma del diritto di famiglia del '75, v. G.D. Pisapia, *Delitti*, cit.; Id., voce *Famiglia (diritto penale)*, cit., p. 52 ss.; A. Candian, *Riflessioni sui rapporti di famiglia nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1943; M. Manfredini, *Delitti contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, Vallardi, Milano 1934, p. 260 ss.; G. Leone, *La nuova sistemazione dei delitti contro la famiglia nel progetto Rocco*, Jovene, Napoli 1930.

<sup>219</sup> Manzini, *Trattato*, cit., vol. VII, p. 754.

società parentale, con prevalente attenzione alla *famiglia coniugal-parentale legittima nucleare* (coniugi e figli), concepita come base-modello familiare nel sostrato ideologico-promozionale codicistico.

Si confermavano in tal modo tradizioni e convinzioni, di impronta anche gerarchica e autoritaria, compreso e principalmente il ruolo subordinato della donna<sup>220</sup>, che avevano radici profonde nella società (non solo) italiana. Esse ben si adattavano, senza rivoluzionarie innovazioni rispetto al previgente codice Zanardelli – però con una più attenta classificazione ordinatoria<sup>221</sup> –, alla concezione della famiglia coniugal-parentale legittima come «nucleo politico»<sup>222</sup>, asse portante dello Stato e dell'ideologia fascista, asse rispetto al quale lo Stato, tramite il diritto penale, recuperava energicamente alla propria regolamentazione anche parte di quanto poco prima aveva ceduto alla Santa Sede tramite il Concordato del '29<sup>223</sup>. Etica, religione, e politica riuscivano così a ricomporsi in un diritto penale che, in fondo, rifletteva ampiamente le istanze normative sociali largamente diffuse e dominanti.

Il più riconoscibile avamposto della difesa accordata al nucleo familiare così concepito era costituito dai *delitti contro il matrimonio*.

Di questi delitti resta oggi ben poca cosa<sup>224</sup>. Adulterio (art. 559 c.p.) e concubinato (art. 560 c.p.) sono stati espunti dalla Corte costituzionale<sup>225</sup>: a parte ogni altro rilievo, differenze del genere nel trattamento penale rispettivamente di moglie e marito non trovano ragionevole fondamento nel limite dell'unità della famiglia (art. 29 Cost.), nonostante questo limite sia foriero di eventuali compressioni del principio di uguaglianza tra i coniugi<sup>226</sup>.

La bigamia (art. 556 c.p.) rappresenta il baluardo nominale di un matrimonio il cui volto giuridico è spettrale rispetto alla concezione originaria, a seguito dell'evoluzione dei costumi prima ancora che in forza delle riforme del diritto di famiglia – e

<sup>220</sup> Fierro Cenderelli, *Famiglia (rapporti)*, cit., p. 129; M. Graziosi, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in «Democrazia e diritto», 1993, n. 2, p. 99 ss.

<sup>221</sup> Fierro Cenderelli, *Profili penali*, cit., p. 18 ss.; Santoro, *Manuale di diritto penale*, vol. IV, cit., p. 1 ss.

<sup>222</sup> P. Nuvolone, *Appunti in materia di autorità maritale*, in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, CEDAM, Padova 1969, p. 779 ss.

<sup>223</sup> Roppo, *Il giudice*, cit., p. 83.

<sup>224</sup> S. Ardizzone, voce *Matrimonio*. V) *Delitti contro il matrimonio*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XIX, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma 1990. V. anche R. Borsari, *Delitti contro il matrimonio*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 371 ss.

<sup>225</sup> Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126, in «Giurisprudenza costituzionale», 1968, p. 2175; Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 147, *ivi*, 1969, p. 2230. Per il rigetto di una questione di costituzionalità dell'art. 559 c.p. v. Corte cost., 28 novembre 1961, n. 64, *ivi*, 1961, p. 1224.

<sup>226</sup> E. Dolcini, G. Marinucci, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale» 1994, p. 344; cfr. Fierro Cenderelli (*op. cit.*, p. 23), la quale intende il principio di unità non come materia di limiti all'eguaglianza ma nel senso di comunione spirituale; ammette l'interesse della famiglia (p. 27) quale complesso delle istanze dei diversi membri della comunità tra loro coordinate, con prevalenza sugli interessi dei singoli salvo il limite degli interessi individuali fondamentali; ma l'aspetto comunitario della famiglia si configurerebbe, anche sulla base delle indicazioni giusciviltistiche, *non in funzione coercitiva* (p. 28).

soprattutto dell'introduzione del divorzio –, oltre che dei sempre più intensi condizionamenti provenienti dalla normativa straniera e internazionale nonché dall'incessante immigrazione di individui legati a culture non ostili nei confronti della poligamia.

È caduta, altresì, tra l'altro, la potestà maritale, quindi anche la corrispondente pena accessoria (artt. 19, co. 1, n. 5, 32, co. 2, 34, co. 1-4, 98, co. 2, 140, 541, co. 1, 562, co. 1, c.p.), così come ogni ipotesi di *ius corrigendi* maritale<sup>227</sup>.

La società coniugale matrimoniale conserva oggi nella considerazione penale un certo, rilevante «privilegio», per così dire, tramite altre norme che ancora s'intende disconoscano unioni «coniugali» di fatto.

### 6.3. *La famiglia parentale legittima; la famiglia parentale naturale (illegittima) e gli aggregati non originati da matrimonio; la famiglia contra ius*

Quanto alla famiglia intesa come società parentale, nella codificazione del '30 compare, secondo una (anticipatoria) *netta linea di separazione tra famiglia parentale e famiglia coniugale*, una notevole apertura rispetto alla filiazione che all'epoca era chiamata illegittima e oggi è (malamente) detta naturale. Infatti, la considerazione *penale* del rapporto di parentela comporta che tale filiazione sia equiparata alla filiazione legittima, entro certi limiti (art. 540 c.p.), sicché il rapporto in esame, quale che ne sia il grado, e con quel che ne consegue, è costituito anche se ha per tramite una o più filiazioni naturali<sup>228</sup>.

Si assiste perciò all'entrata della *famiglia parentale naturale* (già *illegittima*) nel novero della famiglia assunta a obiettivo di tutela penale, accanto alla *famiglia parentale legittima* e alla famiglia coniugale legittima.

La valorizzazione della famiglia naturale parentale emerge chiaramente nei delitti contro la morale familiare, laddove già riguardo all'incesto (art. 564 c.p.) i rapporti di parentela rilevanti sono concepiti dal legislatore storico secondo il predetto «vincolo di parentela naturale» penalmente rilevante<sup>229</sup>. Risultano, quindi, infondati i tentativi di ricondurre la tutela all'ambito della famiglia legittima, mentre fondata è la corrispondente preoccupazione che l'apertura in esame finisca in realtà, come avviene, per riconoscere in funzione di *tutela* unità elementari familiari in *aggregati*

<sup>227</sup> Riassuntivamente, G. Conso, *Il nuovo regime dei rapporti tra coniugi nelle sue incidenze penalistiche*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1981, p. 829 ss.

<sup>228</sup> Cerquetti, voce *Parentela*, cit., p. 662 ss. V. ora la modifica apportata all'art. 540 c.p. dall'art. 93, co. 1, lett. i), decr. lgs. n. 154/2013.

<sup>229</sup> *Relazione Rocco*, cit., p. 347; Paterniti, *La famiglia nel diritto penale*, cit., p. 41 ss.

*non originati da matrimonio*<sup>230</sup>, oltretutto *contrassegnati da illegittimità* (all'epoca, nel caso) sotto certi profili e a certi effetti<sup>231</sup>.

Del resto, anche i delitti contro lo stato *di famiglia* erano stati concepiti sul presupposto che la tutela fosse indirizzata alla famiglia-società parentale nella sua struttura giuridica comprensiva della parentela naturale – e nella conseguente sua disciplina economica –, contro lesioni del principio di sicurezza dello stato civile delle persone e dell'ordinamento alimentare e successorio<sup>232</sup>. Peraltro si affacciava (quasi in forma di *excusatio non petita*) la paradossale idea che la sicurezza circa la filiazione illegittima rilevasse in funzione di certezza rispetto a quella legittima<sup>233</sup>.

#### 6.4. *Concezione codicistica originaria della famiglia di fatto e rilevanza della morale familiare; relatività della concezione giuridica*

Le aperture in tema di parentela naturale, sopra segnalate, comportano e favoriscono, (almeno) *ove previsto*, il *recepimento di una morale familiare* che a sua volta prescinda in qualche misura dall'istituto matrimoniale o comunque dai connotati giuridicamente legittimanti il dato familiare, connotati preesistenti o coesistenti rispetto alla legge penale.

Al riguardo, occorre ulteriormente precisare, rispetto a quanto finora illustrato, che la *famiglia in senso penalistico*, legittima o naturale che sia, fin dal 1930 rimane in complesso solo tendenzialmente benché prevalentemente concepita, e in particolare tra l'altro con riferimento ai soggetti e alle condotte, sulla scorta di *rapporti all'uopo giuridicamente già riconosciuti*<sup>234</sup>, siano questi riproposti traendoli immediatamente dal giure civile, oppure creati per l'effetto penale, eventualmente correggendo o integrando l'indicazione civilistica – cosiddetta *concezione giuridica* della famiglia, o concezione istituzionale. Non manca, cioè, la possibilità di prescindere almeno in qualche misura dalla natura di elemento cosiddetto normativo giuridico assegnabile al dato familiare, e quindi di assumerlo immediatamente come *elemento normativo extragiuridico* o come *elemento cosiddetto descrittivo*, valorizzando quindi le *realità che si chiamano familiari nella vita individuale e sociale*: cosiddetta *concezione fattuale (famiglia di fatto)*<sup>235</sup>, che in ambito penalistico va in principio assunta come riferita a *qualsiasi tipo di relazione familiare* (non solo a rapporti simil-«coniugali»).

<sup>230</sup> Pecorella, voce *Famiglia (delitti contro la)*, cit., p. 802. *Contra*, per tutti, Manzini, *Trattato*, cit., vol. VII, p. 784 ss.

<sup>231</sup> Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 139.

<sup>232</sup> *Relazione introduttiva* Appiani, cit., p. 450 ss.; *Relazione* Rocco, cit., p. 335 ss.

<sup>233</sup> *Relazione* Rocco, cit., p. 335 ss. [«... (filiazione legittima)...»].

<sup>234</sup> Riguardo alla distinzione tra famiglia giuridicamente costituita e famiglia legittima intesa come tale in quanto fondata sul matrimonio v. Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 139 ss.

<sup>235</sup> In tema di rilevanza penalistica della famiglia di fatto, tra i contributi più recenti si segnalano: M. Riverditi, *La doppia dimensione della famiglia (quella «legittima» e quella «di fatto») nella prospettiva del*

Ciò si verifica anzitutto, a parte pure quanto già rilevato riguardo all'art. 133 c.p., in tema di attentati alla morale familiare (art. 565 c.p.), laddove l'offesa non può riposare che sul portato etico-normativo di *modelli familiari esistenziali (di fatto)* che in ipotesi possono anche non coincidere con quelli giuridici.

Inoltre, estensioni del genere si riscontrano chiaramente impiegate in taluni dei delitti contro l'assistenza familiare, delitti «che si riferiscono ai doveri di reciproca assistenza tra i componenti la stessa famiglia», e a loro volta operano «oltre i limiti della parentela legittima»<sup>236</sup>. Per ora basti osservare la formulazione dell'art. 570 c.p., in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare. Vi si realizza un curioso, significativo confronto, quanto meno in funzione tipizzante la condotta, tra da un lato la «condotta contraria all'ordine e alla morale delle famiglie» e dall'altro lato l'inadempimento degli obblighi di assistenza. Gli obblighi di assistenza, che, come pare, nell'intenzione storica contribuiscono a tipizzare sul versante giuridico, in uno con la condotta, l'ambito familiare implicato, e fungono così anche da contro-limiti all'estensione di tale ambito (genitore, coniuge, figlio), trovano a loro volta sul versante normativo extragiuridico (costituito dall'ordine e dalla morale delle famiglie) taluni limiti provenienti da famiglie che potrebbero risultare definite altrimenti che in senso corrispondente a quello giuridico<sup>237</sup>. E (non solo) viceversa<sup>238</sup>.

In effetti, nulla vieta di principio alla norma penale di valorizzare profili di divergenza tra il quadro giuridico extrapenale e il quadro etico-sociale, allo scopo, in

*diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Giappichelli, Torino 2011, p. 555 ss.; F. Mantovani, *Il concetto di famiglia nella giurisprudenza penale*, in *Iustitia*, 2010, n. 1, p. 5; B. Nascimbene, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in «Il corriere giuridico», 2010, p. 101 ss.; P. Pittaro, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in «Famiglia e diritto», 2010, p. 933 (accurata indagine sulla giurisprudenza); V. Pezzella, *Convivente more uxorio e coniuge: per il Codice Penale non è la stessa cosa*, in «Giurisprudenza di merito», 2009, p. 3093 ss.; D. Ferrari, *Il concetto di «persona della famiglia». A proposito della «convivenza» quale presupposto dei maltrattamenti in famiglia*, in «Giurisprudenza italiana», 2009, p. 705 ss.; S. Beltrani, *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale*, in «Cassazione penale», 2008, p. 2860 ss.; M. Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2008, p. 572 ss.; S. Beltrani, *Rilevanza giuridica delle unioni di fatto nel diritto penale: fattispecie, disciplina e orientamenti*, in «Diritto&Giustizia», 2007, p. 2860 ss.; B. Pastore, *La famiglia di fatto: analisi e disciplina di un modello familiare attuale e diffuso*, UTET, Torino 2007; D. Riccio, *La famiglia di fatto*, CEDAM, Padova 2007; S. Prosdocimi, *Prospettive etiche e tutela dei beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, p. 31 ss.; P. Cendon, *Il diritto delle relazioni affettive*, CEDAM, Padova 2005; L. Balestra, *La famiglia di fatto*, CEDAM, Padova 2004; S. Asprea, *La famiglia di fatto: in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano 2003; ult. ind. nel prosieguo.

<sup>236</sup> *Relazione* Rocco, cit., p. 335 ss.

<sup>237</sup> A questa nostra risalente lettura sul ruolo di principio dell'elemento normativo extragiuridico in questione [S. Riondato, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in Id. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, cit.] pare aderire A. di Martino, *Diritto penale e «crediti da crisi familiare». Accessorietà della tutela fra assetti consolidati e recenti modifiche normative*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, cit., p. 837 ss.

<sup>238</sup> Cfr. Delogu, in *Commentario*, cit., p. 436 ss.

ipotesi per esempio, di segnare *soglie (non già di liceità bensì) di meritevolezza di pena, e/o di offensività, e/o criteri di apprezzamento della colpevolezza*, che limitino l'intervento penalistico impedendo che quest'ultimo pressoché coincida con la mera violazione civile.

Questa in sé nobile tensione, che per certi versi è una manifestazione di sapienza penale al contempo culturale e tecnica, è affatto pretermessa oggi, per esempio quando la Corte di cassazione<sup>239</sup> si arrocca sul matrimonio allo scopo di penalizzare l'abbandono del domicilio coniugale da parte di una moglie che così agisca al fine di coltivare una relazione sentimentale extraconiugale.

Secondo la Corte, «*la violazione degli obblighi di assistenza è in re ipsa*, non potendosi supporre che a breve termine (l'imputata) potesse mutare contegno e riprendere convivenza e comunione di vita con il consorte» (corsivo nostro). La tesi difensiva secondo cui l'evoluzione del costume e della normativa sul diritto di famiglia è tale da rendere modificabile il rapporto di coniugio attraverso la volontà di rompere il vincolo matrimoniale manifestata anche da uno solo dei coniugi, viene ritenuta «intuitivamente eversiva delle basi sulle quali ancora sono fondati gli istituti del matrimonio e della famiglia».

In realtà, sarebbe stato meglio, anziché affidarsi all'intuizione enfatizzando eccessi espressivi dell'argomento difensivo, considerare il nucleo significativo di quest'ultimo nei termini dei limiti penalistici sopra menzionati, per esempio valutando la consistenza dell'offensività in concreto. Su questa base dovrebbe ergersi un'adeguata ponderazione in concreto della rilevanza penale attribuibile all'abbandono del domicilio coniugale, al di là della esistente, pur (volendo) ingiustificata ma non perciò solo assorbente violazione civile.

La circostanza che la descrizione della condotta, nel quadro dell'art. 570, co. 1, c.p., faccia riferimento, come ha riconosciuto la Corte costituzionale respingendo un sospetto di indeterminatezza, «*a concetti extragiuridici diffusi e generalmente compresi nella collettività in cui il giudice opera*»<sup>240</sup> implica appunto che il giudice deve rivolgersi al dato descrittivo e normativo extragiuridico che penalmente è rilevante, e non indulgere in promozionali riaffermazioni di un impianto giuridico extrapenale che al riguardo è inconferente<sup>241</sup>.

Certo, a suo tempo il legislatore del '30 metteva in conto una coincidenza talmente larga tra morale familiare e diritto della famiglia (compreso il diritto penale), concepiti in prospettiva di mutua integrazione armonica, da trascurare l'ipotesi che nella morale comune prevalessero *elementi disgregatori* della relativamente monolitica benché complessa concezione giuridica, e compiacersi invece dell'instaurata simme-

<sup>239</sup> Cass., sez. III, 5 settembre 2000, A. Spinelli, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1464 ss. (solo riassunto).

<sup>240</sup> Corte cost., 24 febbraio 1972, n. 42, in «Giustizia penale», 1972, vol. I, p. 348 ss.

<sup>241</sup> V. anche i rilievi di M.T. Cusumano, *Delitti contro l'assistenza familiare*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 566 ss.

tria tra, da un lato, l'ordine e il buon costume delle famiglie, e dall'altro lato il diritto, perfino equivocando tra i due fronti<sup>242</sup>, nonostante tali elementi gli fossero noti fino al punto che proprio contro di essi affermava tale concezione<sup>243</sup>.

L'esigenza penalistica premeva, tuttavia, affinché la pena conservasse presupposti aderenti, nella prospettiva dell'epoca, alla realtà individuale e sociale. Non meraviglia che perciò sia stata attribuita rilevanza sul piano soggettivo alla «causa d'onore», compreso l'«onore della famiglia», in vista del temperamento, per esempio, del trattamento di un omicidio commesso nell'atto della scoperta di una relazione carnale «illegittima», secondo quanto prevedeva l'art. 587 c.p. – articolo abrogato, assieme ad altre ipotesi di rilevanza penale della causa d'onore (art. 592), (solo) dalla legge 5 agosto 1981, n. 442 – *Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*<sup>244</sup>. Si intendeva che «illegittima» fosse non soltanto la relazione considerata tale dalla legge (legge eventualmente penale: adulterio o concubinato), ma anche quella contraria alla valutazione (normativa) sociale, cioè al buon costume<sup>245</sup> che nel caso implicava il riferimento a un ordine familiare ulteriore rispetto a quello giuridico – e addirittura a un ordine familiare *contra jus* (cosiddetta pena di morte a iniziativa privata<sup>246</sup>).

Parimenti, non meraviglia che, in analoga prospettiva, sia stata prevista, sia pur nell'ambito dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, laddove peraltro la libertà sessuale era concepita in dimensione promozionale rispetto alla procreazione legittima<sup>247</sup>, quindi rispetto alla famiglia, la particolare figura «lieve» del ratto a fine di matrimonio (art. 522 c.p.), con la sua altrettanto significativa attenuante della «restituzione alla famiglia», tutte fattispecie sopravvissute fino alla riforma dei reati contro la libertà sessuale (cennata legge 15 febbraio 1996, n. 66, art. 1).

D'altro canto, la cultura giuridica penale pre-repubblicana, e per lungo tempo perfino quella post-costituzionale, le quali in definitiva rappresentavano una cultura morale (almeno) largamente corrente, hanno esercitato sul codice pressioni interpretative di ogni genere in senso spesso sorprendentemente correttivo, al fine di contenere l'espansione della famiglia illegittima e di privilegiare la famiglia legittima, sul

<sup>242</sup> *Relazione Rocco*, cit., p. 352 ss.

<sup>243</sup> *Relazione Rocco*, cit., p. 334 ss.

<sup>244</sup> R. Guerrini, *L'abrogazione dell'art. 587 c.p.: la causa d'onore come elemento circostanziale*, in «Archivio penale», 1982, p. 526; I. Caraccioli, *Commento alla legge 5 agosto 1981, n. 442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, in «La legislazione penale», 1982, p. 21 ss.; F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, CEDAM, Padova 1983, p. 325 ss.

<sup>245</sup> V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, 5<sup>a</sup> ed., aggiornata da P. Nuvolone e G.D. Pisapia, vol. VIII (a cura di G.D. Pisapia), UTET, Torino 1985, p. 144 ss.

<sup>246</sup> Per l'icastica espressione v. M. Pisani, *Pena di morte all'italiana*, in *Tutela penale e processo*, Zanichelli, Torino 1978, p. 409. Riflessioni analoghe a quelle svolte nel testo contribuiscono a chiarire il fondamento della rinuncia alla potestà punitiva sancita dall'art. 544 c.p. (pure abrogato dalla cit. l. n. 218/1981) in caso di matrimonio tra il reo e la vittima di reati contro la libertà sessuale o del reato di corruzione di minorenni.

<sup>247</sup> T. Padovani, *sub art. 1*, in *Commentario delle «norme contro la violenza sessuale» (legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, coordinato da A. Cadoppi, CEDAM, Padova 1996, p. 5 ss.

fronte sia coniugale che parentale<sup>248</sup>. A parte più o meno lodevoli, contrarie ma in complesso isolate letture, e la (sofferta) ridetta caducazione delle norme più stridenti ad opera della Corte costituzionale, come in tema di adulterio e concubinato, si è dovuto attendere la riforma del diritto di famiglia (1975) per iniziare una complessiva rivoluzione legislativa e al contempo interpretativa in campo penalistico, che ancora è frenata dalla sopravvivenza di buona parte dell'impianto codicistico penale originario e non sempre è ben favorita dalla importante ma scoordinata serie di mini-riforme che in materia hanno attinto il codice o innovato il settore delle leggi complementari.

### 6.5. Ulteriori estensioni codicistiche del novero familiare: la famiglia in senso romanistico; le estensioni nominalistiche; il caso del mobbing/bossing/stalking

Oggi, che almeno in parte è mutato il clima giuridico soprattutto per l'incidenza della Costituzione, ogni *estensione codicistica* dell'ambito designato come familiare assume una più intensa importanza, dato che vanno affermandosi di fatto ma anche di diritto modelli familiari un tempo imprevedibili o comunque confinabili nell'area del giuridicamente indifferente. In questa prospettiva acquista peso notare ulteriormente, sempre restando ancorati alla classificazione del '30 che quanto meno riflette l'intenzione legislativa storica, e a parte per ora ogni altro rilievo anche critico, l'*ascrizione al novero familiare* di tutti i vari *rapporti «disciplinari»* contemplati dall'art. 571 c.p. in tema di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina – *famiglia in un senso romanistico*, peraltro alquanto esteso –; e così pure vale indicare la considerazione nel quadro familiare dei *rapporti tutore-pupillo* contemplati in tema di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.), nonché i notevoli ampliamenti che attingono la famiglia sottesa alla figura della sottrazione di persone incapaci (art. 574), laddove la sottrazione va a scapito del genitore, del tutore ma anche del solo *curatore* e perfino del *vigilante o custode*, e riguarda un minore o un *infermo di mente*; infine, la figura dei maltrattamenti (art. 572 c.p.), si riferisce da una parte alla «famiglia», e dall'altra ad una serie di *rapporti di autorità o affidamento per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia*.

In quest'ultimo caso, laddove si afferma una nozione di famiglia giocoforza diversa dall'altra implicata per prima, riecheggiano forse influenze romanistiche e comunque, per quel che qui conta, *estensioni nominalistiche, normative* del novero familiare (cosiddetto rapporto parafamiliare<sup>249</sup>), fondate su *dati che da sé non esprimono un*

<sup>248</sup> Per un quadro esauriente v. Roppo, *Il giudice*, cit., *passim*; Coppi, *Maltrattamenti*, cit., *passim*; Fierro Cenderelli, *Profili penali*, cit., *passim*.

<sup>249</sup> Delogu, in *Commentario*, cit., p. 649 ss.; G. Bettiol, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco nella società italiana*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in «La questione criminale», 1981, p. 30 ss.

carattere familiare derivato dalla realtà extragiuridica, e/o non caratterizzano soltanto il consorzio familiare – almeno per quanto pare se ne possa predicare ai nostri giorni. Estensioni di questo genere non sono del tutto estranee neppure alle figure dianzi evidenziate.

Un esempio può trarsi da una applicazione dell'art. 572 c.p. (maltrattamenti; per la parte in cui questa disposizione contempla il fatto commesso a danno della «persona sottoposta alla sua autorità»), confermata dalla Corte di Cassazione<sup>250</sup>. Si tratta di applicazione al caso di angherie (riconducibili a *mobbing/bossing*<sup>251</sup>) inflitte da un *manager*, capogruppo di un *pool* di giovani venditori porta a porta, agli stessi suoi dipendenti. Erano state commesse ripetute e sistematiche vessazioni fisiche e morali, anche al fine di costringere gli interessati a sopportare forsennati ritmi di lavoro<sup>252</sup>. Tali vessazioni erano consistite in schiaffi, calci, pugni, morsi, insulti, molestie sessuali, nonché ricorrente minaccia di troncamento del rapporto di lavoro (nero) senza neppure pagare le retribuzioni convenute («condizioni di sfruttamento di tipo schiavistico»).

La Corte ha al riguardo precisato che la norma richiede non già coabitazione o convivenza, bensì «solo un rapporto continuativo dipendente da cause diverse da quella familiare», come appunto il rapporto datore di lavoro-subordinato che è rapporto di autorità nel senso voluto dalla norma, essendo «caratterizzato da potere direttivo e disciplinare». La Corte però aggiunge la notazione che «nel caso di specie il rapporto interpersonale che legava autore del reato e vittime era particolarmente intenso, poiché, a parte il contatto quotidiano dovuto a ragioni di lavoro, nel corso delle lunghe trasferte, viaggiando su un unico pulmino, consumando insieme i pasti e alloggiando nello stesso albergo, si realizzava tra le parti un'assidua *comunanza di vita*» (corsivo nostro).

In un'altra più recente occasione, la Corte di Cassazione<sup>253</sup> ha invece avuto modo di negare l'applicabilità dell'art. 572 c.p. in un caso di cosiddetto *mobbing* sul lavoro, poiché mancava la «comunanza di vita» stretta e intensa, l'affidamento del dipendente sul sovraordinato, che avrebbe potuto permettere un accostamento tra il rapporto di lavoro e l'ambiente familiare in senso lato.

Nello specifico, l'imputato era accusato di aver maltrattato una sua dipendente, sottoposta alla sua autorità per l'esercizio della professione, assumendo nei suoi confronti sistematici comportamenti ostili, umilianti, ridicolizzanti e lesivi della dignità

<sup>250</sup> Cass., sez. VI, 22 gennaio 2001, Erba e altri, in «Diritto e giustizia», 2001, n. 47.

<sup>251</sup> Per un primo quadro sul trattamento penale di questi fenomeni, peraltro non ancora ben esplorato, v. U. Oliva, *Mobbing, quale risarcimento?*, in «Danno e responsabilità», 2000, p. 27 ss.

<sup>252</sup> Vi è stata applicazione, inoltre, dell'art. 610 c.p., violenza privata, che ha riguardato pure il contestuale, connesso caso di mancato intervento da parte del titolare della ditta nei confronti dello stesso *manager*; il titolare è stato ritenuto responsabile ex artt. 610 e 40 cpv. c.p., e 2087 c.c.

<sup>253</sup> Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 26594, in «Guida al diritto», 2009, p. 38 ss. In proposito si veda anche Cass., sez. III, 5 giugno 2008, n. 27469, in «Guida al diritto», 2008, p. 38 ss.

personale, tanto da procurarle lesioni gravi e gravissime soprattutto a livello psichico. Il Tribunale di Torino – sezione di Susa – aveva però negato l'esistenza dei maltrattamenti *ex art.* 572 c.p., per difetto di affidamento inteso come «stretta relazione personale continuativa, caratterizzata da sistematicità, tra datore di lavoro e lavoratore» (e poiché inoltre mancava la prova dell'attribuibilità soggettiva delle condotte ipotizzate all'imputato).

Nel ricorso per cassazione da parte del Procuratore Generale, per violazione dell'art. 572 c.p., si rileva tra l'altro, che non era stata adeguatamente valorizzata la relazione intersoggettiva sussistente tra datore di lavoro e lavoratore subordinato, caratterizzata da un potere direttivo e disciplinare del primo nei confronti del secondo, potere di per sé sufficiente, in presenza degli altri elementi tipici, a integrare la fattispecie.

La Cassazione ha ritenuto che, nell'ambito dei delitti contro l'assistenza familiare, siano ricomprese fattispecie la cui portata supera i confini della famiglia, comunque essa venga intesa: la formulazione linguistica scelta dal legislatore postula infatti un chiaro riferimento anche a rapporti implicanti una subordinazione, sia essa giuridica o di mero fatto, che possa indurre il soggetto attivo a tenere una condotta abitualmente prevaricatrice nei confronti del soggetto passivo, tra i quali rientra pacificamente anche il rapporto che lega il lavoratore al suo datore di lavoro. Tuttavia la Corte ha osservato che, alla luce della *ratio* della norma in questione, tale rapporto deve essere caratterizzato da una «familiarità» nel senso che, pur non inquadrandosi nel contesto tipico della famiglia, comporti comunque relazioni abituali e intense, comuni consuetudini di vita e vincoli di fiducia tra i soggetti coinvolti, da cui derivi una situazione di affidamento del soggetto più debole – il lavoratore – nei confronti di quello più forte – il suo datore di lavoro –.

Solo quindi in un contesto che si possa qualificare come «para-familiare» si può ipotizzare, secondo la Corte, e sempre che si verifichi lo svilimento e l'umiliazione della dignità fisica e morale del soggetto passivo, il reato di maltrattamenti: «L'inserimento dei maltrattamenti tra i delitti contro l'assistenza familiare è infatti in linea col ruolo che la stessa Costituzione assegna alla famiglia, quale società intermedia destinata alla formazione e all'affermazione della personalità dei suoi componenti, e nella stessa ottica vanno letti e interpretati soltanto quei rapporti interpersonali che si caratterizzano, al di là delle formali apparenze, per una natura parafamiliare».

La Cassazione ha finito per escludere tale connotazione parafamiliare nel caso in esame dal momento che la vittima era inserita in una realtà aziendale complessa, con centinaia di dipendenti, la cui articolata organizzazione «non implicava una stretta e intensa relazione diretta tra datore di lavoro e dipendenti, sì da determinare una comunanza di vita assimilabile a quella caratterizzante il consorzio familiare».

Questa decisione lascia perplessi anzitutto sotto il profilo del disconoscimento della sufficienza del rapporto continuato ed effettivo di subordinazione lavorativa a

instaurare le qualifiche soggettive tipiche a mente dell'art. 572 c.p. Gli è che la Corte non esprime affatto la *ratio* che pur invoca a più riprese, e quindi arbitrariamente individua una categoria detta «parafamiliarità» e intesa come comunanza «stretta» di vita nel cui contesto oltretutto inserisce un non richiesto «affidamento» nonché «fiducia» del dipendente rispetto al sovraordinato. L'affidamento come stato soggettivo del dipendente nei confronti del sovraordinato non è richiesto nemmeno con riguardo alle realtà più pacificamente concepibili come «famiglie»; non si vede dunque per quale ragione esso dovrebbe rilevare con riguardo alla comunanza di vita richiesta dalla Corte rispetto all'ambito lavorativo. L'affidamento rilevante è invece quello oggettivo per il cui il dipendente è affidato al sovraordinato; si tratta cioè dell'affidamento che la legge assume riconoscendo in capo al sovraordinato la signoria che fonda doveri di protezione, e che si rivela per il sol fatto che il sovraordinato è dotato di autorità sul dipendente. La Cassazione invece scambia un eventuale elemento di prova dell'esistenza di un rapporto tipico con un requisito necessario del rapporto stesso. Inoltre, la «comunanza di vita» dovrebbe essere intesa come comunanza di vita *lavorativa*, sicché la semplice effettività di rapporti in ambiente lavorativo, come nel caso, dovrebbe essere sufficiente a costituirlo.

Del resto la Corte non ha adeguatamente motivato sulla ritenuta inesistenza di norme incriminatrici del *mobbing*, quanto meno perché non ha considerato l'ipotesi che nei congrui casi si attagli la nuova fattispecie cosiddetta di *stalking* (atti persecutori: art. 612 *bis* c.p.<sup>254</sup>)<sup>255</sup>.

In occasione della ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, firmata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, vi sono stati taluni adattamenti dell'ordinamento italiano in esecuzione di obblighi internazionali assunti in sede pattizia. La l. n. 172/2012 ha apportato alcune modifiche all'art. 572 c.p., con la tecnica della sostit-

<sup>254</sup> A.M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, Torino 2010; Sereni, *Maltrattamenti e atti persecutori*, cit.

<sup>255</sup> In una più recente decisione la Corte ha preso in considerazione la distinzione tra il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) e quello di atti persecutori, cosiddetto *stalking* (art. 612 *bis*), premettendo che le condotte materiali dei reati appaiono omologabili per modalità esecutive e per tipologia lesiva. Il reato di maltrattamenti familiari è un reato proprio, potendo essere commesso soltanto da chi ricopra un «ruolo» nel contesto della famiglia (coniuge, genitore, figlio) o una posizione di «autorità» o peculiare «affidamento» nelle aggregazioni comunitarie assimilate alla famiglia dall'art. 572 c.p. Il reato di atti persecutori è, invece, un reato contro la persona e in particolare contro la libertà morale, che può essere commesso da chiunque con atti di minaccia o molestia « reiterati » (reato abituale) e che non presuppone l'esistenza di interrelazioni soggettive specifiche. Il rapporto tra tale reato e il reato di maltrattamenti è regolato dalla clausola di sussidiarietà prevista dall'art. 612 *bis*, co. 1 c.p., che rende applicabile – nelle condizioni date prima descritte – il reato di maltrattamenti, più grave per pena editale rispetto a quello di atti persecutori nella sua forma generale di cui all'art. 612 *bis*, co. 1 c.p. (Cass., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24575, in *www.penalecontemporaneo.it*). V. il commento di L. Pistorelli, *Delitti contro la libertà individuale*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 992 ss.; A. Galanti, *Prime considerazioni in ordine al reato di stalking: se diventasse (anche) mobbing?*, in «Giustizia penale», 2010, vol. II, p. 57 ss.

tuzione integrale [art. 4, co. 1, lett. *d*) l. n. 172 cit.], rubrica compresa, ora intitolata «Maltrattamenti contro familiari o conviventi». Sono stati aggiunti al novero dei soggetti passivi del reato i «comunque conviventi», così recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale ma perdendo l'occasione di chiarire meglio, non solo tramite quel «comunque», che si tratta di comunanza di vita anche settoriale e non necessariamente stabile o implicante coabitazione.

Tra le varie modifiche introdotte dalla recente novella, può non essere inopportuno soffermarsi brevemente sull'anzidetta nuova rubrica della norma. Proprio la collocazione dell'art. 572 c.p. tra i delitti contro la famiglia, e proprio la sua vecchia rubrica («Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli»), costituiscono la pietra angolare di quell'interpretazione giurisprudenziale – tendenzialmente maggioritaria – che nega l'applicabilità di questa fattispecie ai casi di *mobbing* quando il rapporto mobbizzante/mobbizzato non assuma il carattere della parafamiliarità. È lecito aspettarsi, infatti, che la nuova rubrica dell'art. 572 c.p. fornisca ulteriore linfa a quest'indirizzo, giacché si potrebbe essere portati a ritenere che la novella costituisca la «prova provata» che la norma intenda tutelare la *famiglia, giuridica o di fatto*, e non le relazioni sociali a essa non accostabili. Quindi, nel caso d'impresie di grandi dimensioni, dove il rapporto tra datore di lavoro/superiore gerarchico e il lavoratore non può assumere caratteristiche assimilabili ai rapporti di famiglia, l'art. 572 c.p. non potrebbe trovare applicazione, e il *mobbing* dovrebbe rimanere non punibile ai sensi di questa norma incriminatrice. Ma a veder meglio non è così, perché la rubrica, se già prima non impediva l'opposta interpretazione, tanto più ora la rafforza quando alle persone della famiglia vengono accostati, diversificandoli, i «comunque conviventi», mentre l'ipotesi della subordinazione all'autorità permane nella sua relativa autonomia. La rilevata diversificazione rinforza l'insostenibilità del requisito «parafamiliare» individuato dalla giurisprudenza.

### 6.6. *L'incidenza del pluralismo culturale sui modelli familiari di riferimento*

Grandemente attuale è l'incidenza del sempre più consistente pluralismo culturale sugli statuti familiari, a fronte della protezione della «persona familiare» che il diritto penale vorrebbe fornire anche quando codici culturali diversi dal nostro (occidentale) tenderebbero a legittimare o scusare condotte offensive di diritti fondamentali.

I modelli familiari delineati da culture diverse dalla nostra si pongono infatti oggi necessariamente all'attenzione, mettendo in luce il problema di un multiculturalismo che, senza lasciare sguarnito di tutela il singolo individuo, deve rispettare famiglie differenti da quelle che hanno determinato la cultura cui si rifà il legislatore

storico<sup>256</sup>: per effetto dei flussi migratori soprattutto dai paesi africani e asiatici sono infatti ormai diffusamente presenti anche in Italia, così come in altri paesi occidentali, gruppi costituiti da immigrati portatori di culture «altre».

Il pluralismo culturale richiama gli operatori del diritto alla necessità di garantire per quanto possibile anche un «pluralismo normativo»<sup>257</sup>, frutto della sovrapposizione e commistione tra diverse modalità di regolamentazione dei medesimi aspetti dell'esperienza umana, in alcuni casi anche tra loro confliggenti.

L'arrivo in un paese ospitante di un individuo proveniente da un contesto culturale molto lontano, non solo per distanza geografica ma anche per principi ispiratori e regole di comune convivenza, lo pone necessariamente in una situazione di «inter-

<sup>256</sup> Si vedano sul tema: C. Cassani, *Tutela penale della famiglia. Rapporti con il multiculturalismo*, Dike, Roma 2013; L. Stortoni, S. Tordini Cagli (a cura di), *Atti del Convegno 12 dicembre 2011 Cultura, culture e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna 2012; F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente orientati*, Giuffrè, Milano 2010; A. Bernardi, *Il «fattore culturale» nel sistema penale*, Giappichelli, Torino 2010; C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modello penale*, ETS, Pisa 2010; P. Pittaro, *Impiego di minore nell'accantonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, in «Famiglia e diritto», 2009, p. 238 ss.; F. Basile, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente orientati*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2008, p. 149 ss.; B. Pastore, L. Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino 2008; C. Grandi, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati da fattore culturale*, in «Diritto penale e processo», 2008, p. 501 ss.; A. Bernardi, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, in «Politica del diritto», vol. XXXVIII, 2007, p. 3 ss.; F. Basile, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, p. 1296 ss.; A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturali*, Giappichelli, Torino 2006; A. Bernardi (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milano 2006; S. Riondato, *Diritto penale e reato culturale, tra globalizzazione e multiculturalismo. Recenti novità legislative in tema di opinione, religione, discriminazione razziale, mutilazione genitale femminile, personalità dello Stato*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di S. Riondato, CEDAM, Padova 2006, p. 81 ss.; A. Bernardi, *Società multiculturali e «reati culturali». Spunti per una riflessione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano 2006, p. 45 ss.; M. Delmas-Marty, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 3 ss.; B. Pastore, *Multiculturalismo e processo penale*, in «Cassazione penale», vol. XLVI, 2006, p. 3030 ss.; C. De Maglie, *Società multiculturali e diritto penale. La cultural defense*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano 2006, p. 215 ss.; C. De Maglie, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, p. 173 ss.; A. Bernardi, *Minoranze culturali e diritto penale*, in «Diritto penale e processo», 2005, p. 1193 ss.; M. Papa, *Il diritto penale dell'Europa e la presenza delle comunità islamiche*, in S. Canestrari, L. Foffani, *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano 2005, p. 60 ss.; F. Belvisi, *Società multiculturali, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in «Ragion pratica», 2004, p. 24 ss.; L. Monticelli, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in «Indice penale», 2003, p. 535 ss.; A. Bernardi, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2002, p. 485 ss.; E. Colombo, *Le società multiculturali*, Carocci, Roma 2002; M. Bouchard, *Identità culturale, uguaglianza e diversità: pluralismo e mediazione culturale*, in «Questione giustizia», 2001, p. 471 ss.; M. Bouchard, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturali: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 2000, p. 19 ss.

<sup>257</sup> Pastore, Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit.

legalità», con il conseguente incontro – e in alcuni casi scontro – tra codici di vita molto diversi tra loro.

La già difficile compenetrazione tra modelli culturali difformi si rende ancora più ostica quando una condotta percepita come perfettamente lecita e pacificamente accettata nel paese d'origine integra invece gli estremi di un reato perseguito nel nostro ordinamento: quando pratiche proprie delle singole etnie e culture ricadono nella sfera di applicazione del diritto penale degli ordinamenti occidentali, la dottrina è solita parlare di «reati culturalmente orientati» o «reati culturali»<sup>258</sup>.

L'incidenza di tali reati influenzati dal fattore culturale è particolarmente frequente proprio nell'ambito familiare, soprattutto laddove siano poste in essere condotte fondate su un'idea dello *jus corrigendi* o della potestà maritale affatto diversa rispetto alla nostra<sup>259</sup> (e peraltro spesso simile o analoga alla nostra di non molto tempo fa): la cronaca sempre più spesso porta infatti l'opinione pubblica a conoscenza di casi in cui gli autori di reati quali l'abuso di mezzi di correzione o di disciplina di cui all'art. 571 c.p. o i maltrattamenti contro familiari e conviventi di cui all'art. 572 c.p.<sup>260</sup> giustificano la propria condotta in relazione a usanze e costumi della loro terra d'origine, nel tentativo di impegnare i giudici in un'opera di conciliazione tra il necessario rispetto per le diversità culturali e l'esigenza di punire tali condotte illecite.

Un significativo tentativo di conciliazione è ravvisabile nella vicenda giudiziale che ha impegnato dapprima il Tribunale di Verona<sup>261</sup> e poi la Corte d'Appello di Venezia<sup>262</sup> in un caso concernente una mutilazione di organo genitale femminile (art. 583 *bis* c.p.<sup>263</sup>). Si trattava di una donna nigeriana, ostetrica nel suo paese d'origine, accusata sia di aver effettuato un intervento mutilatorio sugli organi genitali di una bimba di pochi mesi, sia di essere in procinto di mutilare un'altra minore in tenerissima età, sempre su richiesta dei genitori delle piccole, i quali a loro volta erano

<sup>258</sup> Bernardi, *Modelli penali e società multiculturali*, cit.; Id., *Minoranze culturali e diritto penale*, cit.; Monticelli, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, cit.; De Maglie, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, cit.

<sup>259</sup> Bernardi, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, cit.

<sup>260</sup> Con riferimento all'incidenza dei diversi modelli culturali familiari in relazione al reato di maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli si veda più diffusamente la trattazione di M. Meneghello, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, cit., p. 635 ss.

<sup>261</sup> Trib. Verona, 14 aprile 2010, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, p. 838 ss., con nota di C. Pecorella, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*.

<sup>262</sup> Corte App. Venezia, 23 novembre 2012-21 febbraio 2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. Basile, *Il reato di «pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili» alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*

<sup>263</sup> Si tratta, come detto, di tipico esempio di reato culturalmente orientato. V. al riguardo, criticamente, per tutti, De Maglie, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, cit., p. 175 ss.; Monticelli, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, cit., p. 540 ss.; Bernardi, *Minoranze culturali e diritto penale*, cit., p. 1193 ss.; Basile, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, cit., p. 1339 ss.; Riondato, *Diritto penale e reato culturale*, cit.

accusati di concorso nello stesso reato. I Giudici di prime cure hanno ritenuto applicabile la fattispecie di lesioni prevista dal secondo comma dell'art. 583 *bis* c.p., ravvisando in fatto interventi non consistenti in una vera e propria mutilazione e il dolo specifico riferito alla menomazione delle funzioni sessuali delle minori. Secondo il tribunale, la circostanza che l'incisione venga effettuata proprio sul clitoride – parte del corpo avente maggiore sensibilità sessuale e la cui stimolazione provoca l'orgasmo – esprime una valenza di controllo della sessualità femminile, nonostante il gesto rivesta simbolicamente anche altre funzioni attinenti all'iniziazione del soggetto e al riconoscimento di un individuo nel proprio gruppo etnico. Peraltro, nella concreta commisurazione della pena, il Tribunale ha tenuto in considerazione mitigatoria la circostanza che le condotte illecite erano state realizzate «sulla base di forti spinte culturali e radicate tradizioni etniche».

Più incisivamente sotto i profili che a noi interessano, la Corte di Appello di Venezia ha in seguito integralmente riformato la sentenza veronese, assolvendo gli imputati per carenza di dolo. In appello è emersa meglio la natura di pratica rituale delle lesioni inferte, e la Corte ha valorizzato le dichiarazioni dei testi ricostruttive delle ragioni per cui le tradizioni dei gruppi di appartenenza prevedono questi riti simbolici, tradizioni poi ritenute idonee a ricostruire corrispondentemente la finalità perseguita dagli agenti, una finalità che ad avviso della Corte non coincide con il dolo specifico richiesto dalla norma in questione, dato che le provate motivazioni socio-culturali non implicavano lo scopo di menomare le funzioni sessuali delle vittime.

Vi è diffusione nel tessuto sociale anche di altre usanze risalenti a modelli familiari ben lontani da quello della coppia di coniugi con eventuali figli che rappresenta il tradizionale prototipo della famiglia occidentale: l'immigrazione di individui legati a culture non ostili nei confronti della poligamia pone evidentemente problemi in relazione soprattutto alla configurabilità del reato di bigamia, che rappresenta una delle norme simboliche cardinali quanto alla difesa del modello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio come relazione esclusiva tra due individui<sup>264</sup>.

Occorre allora chiedersi se perseguire un'istanza di globalizzazione-uniformazio-

<sup>264</sup> Il Tribunale di Bologna (ordinanza del 12 marzo 2003) è giunto a riconoscere indirettamente quello che la dottrina ha definito come un vero e proprio «diritto alla poligamia» anche in Italia, sostenendo che «il reato di bigamia può essere commesso solo dal cittadino italiano sul territorio nazionale, essendo irrilevante il comportamento tenuto all'estero dallo straniero la cui legge nazionale riconosce la possibilità di contrarre più matrimoni» e che «nessun principio di ordine pubblico appare leso laddove i matrimoni contratti all'estero dal padre siano privi di effetti civili per l'ordinamento italiano». Si veda in proposito P. Palermo, *Parità coniugale e famiglia multiculturali in Italia*, in «Famiglia e diritto», n. 6, 2011, p. 628 ss. Per altro verso, la pratica della poligamia ha trovato invece una ferma e chiara censura, se e per quanto valga, nella *Carta dei diritti e doveri degli immigrati* (Decreto Ministro dell'interno 23 aprile 2007) ove all'art. 17 si afferma: «Il matrimonio è fondato sulla eguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie, ed è per questo a struttura monogamica. La monogamia unisce due vite e le rende corresponsabili di ciò che realizzano insieme, a cominciare dalla crescita dei figli. L'Italia proibisce la poligamia come contraria ai diritti della donna, in accordo con i principi affermati dalle istituzioni europee».

ne, ancorata al principio di uguaglianza formale, o piuttosto un'istanza di differenziazione-multiculturalismo, che rimanda al principio di uguaglianza sostanziale<sup>265</sup>.

Si può notare come la risposta data dai diversi ordinamenti a tale problema vari tendenzialmente in base al rapporto che sussiste, in ciascuno di questi contesti, tra la maggioranza dominante e la minoranza etnica portatrice di usi e costumi diversi da quelli socialmente e giuridicamente accolti.

Quando infatti si tratta di minoranze stabilmente inserite *ab origine* nel tessuto sociale, si tende a optare per una scelta di differenziazione finalizzata al rispetto della diversità culturale, anche attraverso la mitigazione e l'adattamento dello strumento penale alle diverse realtà culturali locali di minoranza: è in questi contesti che si ammette l'introduzione delle cosiddette difese culturali<sup>266</sup> di cui possono fruire coloro che pongono in essere condotte giustificate da fattori culturali, ma oggettivamente illecite in base alle norme penali del luogo.

Quando invece il reato «culturalmente orientato» viene posto in essere da cittadini immigrati e provenienti da culture affatto diverse da quella di approdo, la tendenza è quella di rifiutare qualsiasi rilevanza del fattore culturale, perseguendo piuttosto l'assimilazione e l'integrazione tra individui tramite l'imposizione di regole uguali per tutti e ispirate alla cultura dominante<sup>267</sup>.

Al fine di individuare una soluzione a tale conflitto normativo tre sono i modelli prospettabili di reazione del nostro legislatore<sup>268</sup>: un «*diritto penale dell'intolleranza*» suggerirebbe di adottare una risposta punitiva particolarmente severa nei confronti degli autori di questi reati culturali. Secondo questa prospettiva, la motivazione culturale è fattore di maggior gravità della condotta, che giustificherebbe un inasprimento della reazione sanzionatoria, così da affermare la superiorità della cultura maggioritaria e autoctona su quella «importata»; un «*diritto penale dell'indifferenza*» porterebbe a ritenere del tutto irrilevante l'origine culturale del soggetto attivo del reato, e non contemplerebbe istituti peculiari finalizzati ad aggravare, attenuare o escludere il trattamento sanzionatorio a carico di quei soggetti che risultino essere stati influenzati nella loro condotta dalla propria estrazione culturale; un «*diritto penale della tolleranza*», infine, richiederebbe un'accettazione dei comportamenti estranei alla cultura maggioritaria, purché essi non sfocino in una lesione di beni e interessi primari e inviolabili<sup>269</sup>.

<sup>265</sup> Riondato, *Diritto penale e reato culturale*, cit., p. 81 ss.

<sup>266</sup> Tali «difese» (*defenses*) possono consistere tra l'altro nella previsione di cause di non punibilità o attenuanti di tipo culturale, nella disposizione di circuiti giudiziari appositi o nell'esclusione della colpevolezza quando sia ravvisabile un errore culturalmente condizionato.

<sup>267</sup> Per un approfondimento sul modello assimilazionista si veda Bernardi, *Società multiculturale e «reati culturali»*. *Spunti per una riflessione*, cit., p. 63 ss.

<sup>268</sup> Bernardi, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, cit.

<sup>269</sup> Pastore, *Multiculturalismo e processo penale*, cit.: un diritto penale «tollerante» porta a prevedere la punibilità dei reati culturalmente orientati, riconoscendo però un valore attenuante della responsabilità alla circostanza che il soggetto che ne è autore abbia violato la norma a causa del condizionamento

Laddove si verificano ipotesi di conflitto tra il principio di tolleranza culturale e di riconoscimento delle differenze e l'imprescindibile tutela della persona umana che comporta la necessità di ingerenze pubblicistiche nell'ambito familiare, la composizione del conflitto è oggi lasciata in larga parte al giudizio prudenziale ed equitativo dei giudici, senza che vi sia stato un adattamento *ad hoc* della disciplina comune<sup>270</sup>.

Dato che per ora rimane solo alla giurisprudenza di dover risolvere il cosiddetto «dilemma giuridico dell'incontro interculturale», è auspicabile che per quanto possibile da un lato si eviti che il principio dell'uguale trattamento diventi foriero di ingiustizia laddove porti ad imporre indiscriminatamente agli immigrati, tramite anche lo strumento penale, di rispettare costumi estranei, se non contrari alle loro abitudini, senza tener conto della loro particolare situazione culturale, e, dall'altro lato si eviti che la non ammissione di giustificazioni «culturalmente motivate»<sup>271</sup> porti a punire condotte lesive di diritti che la nostra Costituzione considera, sì, inviolabili, ma non consente di tutelarli penalmente senza percorrere adeguatamente le vie indicate dal principio di colpevolezza (art. 27, co. 1, Cost.). La soluzione del problema immigrazione sta fuori del diritto penale.

Una tendenziale «tolleranza zero» caratterizza l'orientamento seguito costantemente dalla Cassazione in materia. È respinta qualsiasi difesa volta a giustificare condotte di maltrattamento del marito nei confronti della moglie «sulla base di opzioni sub-culturali relative ad ordinamenti diversi da quello italiano»: «Dette culture, ove vigenti, si pongono in assoluto contrasto coi principi che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., che trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli articoli 29-31 Cost.»<sup>272</sup>.

culturale da lui subito.

<sup>270</sup> Pastore, Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit., i quali ritengono (pretendono) che il giudice meglio di chiunque altro possa fungere da mediatore imparziale ed elemento di integrazione delle differenze, adattando la disciplina comune alle esigenze del caso di specie, così da individuare una soluzione conforme al valore dell'uguale rispetto per tutte le persone coinvolte e dell'uguale considerazione per tutte le prospettive prese in considerazione. Sul punto si veda anche Belvisi, *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, cit.

<sup>271</sup> Per un'analisi degli aspetti critici legati all'ammissibilità delle *cultural defenses* si veda Pastore, Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit., p. 15 ss.

<sup>272</sup> Cass., sez. VI, 20 ottobre 1999, n. 3398, in «Rivista penale», 2000, p. 238 ss. Si vedano anche Cass., sez. I, 4 dicembre 2013, in «Diritto e giustizia», 2013; Cass., sez. VI, 26 aprile 2011, in «Cassazione penale», 2012, p. 2960 ss. (con nota di Piquè, *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo*, cit.); Cass., sez. V, 28 settembre 2012, in «Guida al diritto», 2012, p. 49 ss.; Cass., sez. V, 17 settembre 2008, n. 44516, in «Famiglia e diritto», 2009, p. 235 ss. (con nota di Pittaro, *Impiego di minore nell'accattonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, cit.); Cass., sez. VI, 29 maggio 2009, n. 22700, in «Guida al diritto», 2009, p. 29 ss.; Cass., sez. VI, 17 dicembre 2009, n. 48272, in «CED Cassazione penale» 2009; Cass., sez. V, 2 agosto 2007, in «Diritto penale e processo», 2008, p. 498 ss. (con nota di Grandi, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati da fattore culturale*, cit.); Cass., sez. VI, 30 gennaio 2007, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 2007, p. 179 ss.; Trib. Bologna, 22 gennaio 2007;

Rispetto a condotte lesive dell'integrità fisica e psichica di una persona, la Corte ha negato l'assenza di colpevolezza, che la difesa aveva fondato sull'esistenza nel paese di origine di una concezione della convivenza familiare e dei poteri del capo famiglia secondo cui comportamenti inquadabili, in base all'ordinamento italiano, in una figura di reato sarebbero invece accettati come normali<sup>273</sup>.

In buona sostanza, lo stesso giudizio di colpevolezza nei confronti dei «barbari» troverebbe limiti di ordine pubblico (costituzionale), finendo per risolversi una presunzione invincibile di colpa, sostenuta paradossalmente dai diritti inviolabili della persona (quelli della vittima), gli stessi diritti inviolabili che dovrebbero fondare, di contro, l'ascrizione di responsabilità penale soltanto sulla base di una colpa concretamente apprezzabile (art. 27, co. 1, Cost.).

Trib. Torino, 21 ottobre 2002, in «Questione giustizia», 2003, p. 666 ss.; Trib. Udine, 21 novembre 2002, Nasri, in «Rivista italiana di medicina legale», 2003, p. 704 ss.; Cass., sez. VI, 8 gennaio 2003, Khouider, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 285 ss.

<sup>273</sup> Cass., sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 46300, in «Guida al diritto», 2009, n. 11, p. 63 ss.: «Relativamente ai cosiddetti reati culturali, qualificati dal fatto che la norma penale va applicata nei confronti di cittadini di cultura ed etnia diversa, i quali risultino portatori di tradizioni sociologiche e abitudini antropologiche confliggenti con la norma penale, il giudice non può sottrarsi al suo compito di rendere imparziale giustizia applicando le norme vigenti, non potendosi ammettere qualsivoglia soluzione interpretativa che pretenda di escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, invocando le convinzioni religiose e il retaggio culturale dell'imputato, perché tale interpretazione finirebbe con il porsi in contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali» (sost. conf. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2003, in «Rivista penale» 2003, p. 220 ss., con riferimento a consuetudini, prassi, costumi ritenuti «barbari» e in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost.). Se e per quanto valga v. la Carta dei diritti e dei doveri degli immigrati (Decreto Ministro dell'Interno 23 aprile 2007 pubblicato in G.U. n. 137 del 15 giugno 2007): si sancisce che, pur essendo garantita pienamente la libertà religiosa e di coscienza di ciascun individuo, regolare o clandestino che sia, che giunge nel nostro Paese, mai l'adempimento di prescrizioni culturali-religiose può giustificare una violazione di norme penali o comunque di altrui diritti. Anche la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell'11 maggio 2011 (cosiddetta Convenzione di Istanbul), ratificata dall'Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77, ha di recente chiaramente negato che fattori culturali o religiosi possano avere una qualsivoglia valenza giustificatrice di condotte vessatorie intrafamiliari. L'art. 42 della citata convenzione (rubricato «Giustificazione inaccettabile dei reati, compresi quelli commessi in nome del cosiddetto onore») impone alle Parti contraenti di adottare misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che nei procedimenti penali intentati a seguito della commissione di qualsiasi atto di violenza che rientra nel campo di applicazione della Convenzione «la cultura, gli usi e costumi, la religione, le tradizioni o il cosiddetto «onore» non possano essere addotti come scusa per giustificare tali atti». E' manifesto il pericolo attuale che trionfi una responsabilità penale senza colpevolezza, fondata essenzialmente sulla funzione cosiddetta «esemplare» della pena.

### 7. Problematiche intorno alle formazioni sociali-famiglie di fatto: il convivente more uxorio nel delitto di maltrattamenti

La cosiddetta concezione fattuale essenzialmente descritta e le appena menzionate estensioni nominalistiche stanno a capo del risalente problema insistente sulla rilevanza penalistica delle famiglie di fatto. Tale problema, come accennato, si presenta oggi con notevole prepotenza all'attenzione degli interpreti, soluzioni inclusive tendendo talvolta a prevalere anche sulla scorta di implicazioni costituzionali.

I cennati maltrattamenti contro «una persona della famiglia» (art. 572 c.p.), fattispecie compresa tra i menzionati delitti contro l'assistenza familiare forieri di peculiari estensioni della nozione di famiglia, hanno storicamente assunto le vesti di banco di prova e cartina al tornasole vuoi rispetto all'ampliamento contenutistico della cosiddetta concezione giuridica, vuoi nei confronti della valorizzazione immediata del dato extragiuridico sia normativo che fattuale. La figura dei maltrattamenti in famiglia ha in buona sostanza il ruolo problematico di madre di tutte le battaglie contro ogni limite derivante da qualsiasi nozione di famiglia, e così rappresenta permanentemente il tramonto delle ideologie sulla famiglia. Mancano, infatti, note tipiche idonee a fornire una stringente descrizione del novero degli appartenenti alla famiglia (maltrattati e maltrattanti) e dei relativi rapporti con gli implicati interessi, sicché non è letteralmente escluso ogni ampliamento nelle direzioni indicate. Contribuisce in questo senso, in letture informate allo scopo preventivo, la riconosciuta rilevanza, sia pur secondaria almeno nell'originario sistema codicistico, ma oggi rivalutata come primaria, dell'offesa a beni dell'individuo (salute, dignità, onore, ecc.) e tramite particolari modalità di condotta, le quali altrimenti, in molti casi, o non sarebbero penalmente significanti, oppure lo sarebbero in una cornice di molto meno intensa gravità e nel quadro di una procedibilità condizionata a querela (la considerazione dei maltrattamenti è rara, se non eccezionale, in ambito penalistico).

Il *leading case* è integrato dalla *famiglia more matrimoniali*, cioè tra l'altro *convivenza more uxorio* (meno avvertito è il caso della convivenza *more maritali*<sup>274</sup>), che, non importa ora se adulterina (o concubinesca) o no, e più o meno o affatto stabile, infrangerebbe il ruolo esclusivo assegnato alla famiglia legittima sul versante del consorzio coniugal-familiare, una volta che ne fosse affermato l'inserimento nell'ambito di tutela segnato dall'art. 572 c.p.

<sup>274</sup> Per una curiosa previsione testuale (solo) del «convivente *more uxorio*» (nonché del «convivente nei tre anni precedenti»), quale legittimato all'accesso al Fondo vittime estorsione e usura in ipotesi di morte della persona offesa, v. l'art. 8 legge 23 febbraio 1999, n. 44.

### 7.1. Il ruolo fondante della «coscienza comune» e la dissoluzione della nozione tradizionale di famiglia: la famiglia come luogo degli affetti e dei comuni interessi

La soluzione inclusiva si è talvolta imposta, anche in giurisprudenza, anzi è ormai pressoché pacifica rispetto all'ipotesi di maltrattamenti della convivente *more uxorio*<sup>275</sup>. Le ragioni della soluzione divergono, tuttavia, secondo che sia impegnata (almeno prevalentemente) la concezione fattuale (compresa quella normativa extra-giuridica) o (almeno prevalentemente) la concezione giuridica. Comunque, interagisce il (vario) significato attribuito ai disposti costituzionali in tema di famiglia.

Nel primo senso parrebbe orientata la dottrina che designa la famiglia coniugale, con riguardo ai maltrattamenti, come «luogo degli affetti» dove si svolgono i valori della persona che la norma penale tutela valorizzando la famiglia-formazione sociale *ex art. 2 Cost.* (prima ancora che formazione sociale qualificata *ex art. 29 Cost.*), luogo determinato secondo il «comune sentire» circa i connotati tipici del vincolo familiare, per cui il rapporto rilevante si riconoscerebbe secondo lo «spirito dei sentimenti» che condurrebbe alla decisione «di unire le loro vite nello stesso spirito e nello stesso programma di mutua assistenza morale e materiale»<sup>276</sup>.

La relativizzazione della concezione «giuridica della famiglia» tramite l'affermazione della famiglia cosiddetta di fatto, comporterebbe, peraltro, che la concezione giuridica fungesse ancora da modello sul quale, tuttavia, verrebbe plasmata la famiglia di fatto nelle sue originariamente plurime accezioni, fino al punto che rispetto ad ogni rapporto familiare «legale» sarebbe rilevabile un identico rapporto «di fatto»<sup>277</sup>; ma non si va oltre – o, comunque, l'assunzione della famiglia di fatto resterebbe condizionata da un *limite di provenienza giuridica*.

Gli esempi negativi, però, esaltano la problematicità della soluzione:

<sup>275</sup> In tema di maltrattamenti in famiglia *ex art. 572 c.p.*, è idea ormai consolidata che debba considerarsi come famiglia ogni consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà, senza la necessità di un fondamento legittimo del rapporto: ne consegue che il delitto si consuma anche tra persone legate soltanto da un puro rapporto di fatto, che, per le intime relazioni e consuetudini di vita correnti tra le stesse, presenti somiglianza e analogia con quello proprio delle relazioni coniugali. Si vedano in proposito: Cass., sez. V, 3 marzo 2010, n. 24668, in «Redazione Giuffrè», 2010; Cass., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 9242, in «Diritto e giustizia», 2010; Cass., sez. II, 2 ottobre 2009, n. 40727, in «Il Foro italiano», 2010, III, c. 132 ss.; Cass., sez. III, 19 settembre 2008, n. 39338, in «Il Foro italiano», 2009, c. 12; Cass., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, in «Rivista penale», 2008, p. 881 ss.; Cass., sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 21329, in «Cassazione penale», 2008, p. 1411 ss.; Cass., sez. III, 8 novembre 2005, n. 44262, in «CED Cassazione penale», 2005. Di recente si è giunti a negare anche la necessità di una situazione di convivenza tra i soggetti coinvolti nel reato ai fini della sua configurabilità, allorché la condotta del soggetto agente realizzi comunque gli elementi strutturali tipici della ipotesi criminosa di cui all'art. 572 c.p. attraverso ripetute e insistenti manifestazioni di offensività e aggressività attuate in danno del coniuge separato (Cass., sez. VI, 21 gennaio 2009 n. 16658, in «Cassazione penale», 2010, p. 606 ss. con nota di E. Lo Monte, *Art. 572 c.p.: maltrattamenti infraconiugali in ipotesi di interruzione della convivenza*).

<sup>276</sup> Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 249 ss.

<sup>277</sup> Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 255 ss.; A. Segreto, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 1998, p. 1659 ss.

- l'unione a fini meramente sessuali è esclusa. Ma la giurisprudenza la include perfino nel caso di relazione sessuale abituale con la concubina *non* convivente<sup>278</sup>;

- così pure si tendeva a escludere l'unione tra persone dello stesso sesso<sup>279</sup>, caso che oggi va acquistando, almeno in alcuni ampi settori di opinione corrente, sempre più connotazioni in accezione non solo familiare ma anche coniugal-familiare<sup>280</sup>, e che per certi versi già è ancorato problematicamente alla risalente tradizione penalistica in materia familiare, per esempio con riguardo alla configurabilità del delitto di incesto nella modalità omosessuale<sup>281</sup>.

Emerge, quindi, il rischio che la valorizzazione della famiglia di fatto secondo ispirazioni che solo apparentemente risultano progressiste, almeno in quanto propugnino una «tutela *socialmente adeguata* della comunità familiare»<sup>282</sup>, continui a manifestare nei suoi esiti, e in modo alquanto equivoco, una concezione social-istituzionale vocazionalmente esclusiva, anziché, come pur si vorrebbe, contribuire a riconoscere le «ipotesi in cui la scelta individuale non si esprime nel modello della famiglia istituzionale»<sup>283</sup>. Questa concezione si struttura in termini relativamente non dissimili, quanto all'essenza, al metodo e agli effetti, rispetto a quelli che si rimproveravano alla dimensione penalistica della concezione della famiglia come ordinamento giuridico (con relativa autonomia), che avrebbe trovato ragione soltanto in esigenze conservativo-promozionali rispetto al modello tradizionale familiare di impronta ottocentesca cattolico-borghese, affermatesi perfino contro l'intenzione legislativa. Cambia l'ordine e soltanto in parte il contenuto dei fattori, ma l'operazione è la stessa, riflessa su un modello tardo-novecentesco che tende a proiettarsi nel terzo millennio.

Questa osservazione serve ad introdurre non tanto profili di critica dall'esterno, che eventualmente preludano ad interpretazioni ulteriormente estensive, di cui pure si dirà, quanto la notazione che il cruciale problema di fondo è quello della (misura della) prevalenza del diritto sulle culture correnti e viceversa, problema calato nella peculiare dimensione penalistica, e per il quale servirebbe altra sede di trattazione. Ragioni di economia espositiva consigliano di limitare comunque le osservazioni

<sup>278</sup> Cass., sez. VI, 18 dicembre 1970, in «Giustizia penale», 1971, vol. II, p. 835 ss.

<sup>279</sup> Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 254 ss.

<sup>280</sup> Per tutti, Bin, *La famiglia*, cit., p. 9 ss.

<sup>281</sup> V. Manzini, *Trattato*, cit., vol. VII, p. 789 ss. (conclusione negativa, ma solo sulla base della «tradizione»); Delogu, in *Commentario*, cit., p. 180 ss. (conclusione affermativa); Zagrebelsky, *Delitti*, cit., p. 472 ss. (dubitativo). Pare non congruente, anche per ragioni che si diranno in seguito, l'assunto e relative motivazioni, per cui «la convivenza omosessuale non pone problemi di rilevanza in ambito penalistico», essendo radicalmente irrilevante (R. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, cit., p. 672 ss.; v. peraltro quanto l'autore afferma a p. 682 e p. 685).

<sup>282</sup> A. Colli, *La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio nel confronto fra gli articoli 572 e 570 c.p.*, in «La legislazione penale», 1997, p. 665 ss. (corsivo nostro).

<sup>283</sup> Colli, *La rilevanza penalistica*, cit., p. 665 ss.

critiche, il cui svolgimento darà anche modo di apprezzare ulteriori «progressi» delle tendenze interpretative estensive dell'ente familiare.

Basti, quindi, anzitutto rilevare, con riferimento alla pretesa generalizzazione conaturata al parametro della *comune* coscienza anche giuridica, che si può dubitare che questo criterio si attagli alle formazioni sociali, le quali, proprio perché intese come strumentali alla realizzazione della personalità umana (art. 2 Cost.), pretenderebbero di essere concepite anche, per quanto è possibile – e, volendo, in quanto è giuridicamente ammissibile –, secondo l'intenzione di coloro che le reggono in vita riconoscendole quali famiglie, e nonostante il diverso avviso di altri – e fosse pure quest'ultimo un giudizio di disvalore sociale proveniente dalla restante collettività.

Su queste basi, altri casi problematici colgono l'ambito penalistico. Per esempio:

- la «comune» intesa come familiare dai comunardi, quindi tra l'altro i rapporti affettivi che siano intesi come parentali o comunque familiari ma esulino dal vincolo cosiddetto del sangue;

- la dilagante famiglia amalgamata (unione di due persone delle quali una o entrambe portino con sé i figli avuti da un precedente connubio sciolto per vedovanza o divorzio o altro), a prescindere dalla sua realizzazione nelle forme oggi contemplate dalla legislazione in tema di adozione;

- la cennata famiglia poligamica<sup>284</sup>, tema che più di altri evoca in tema di famiglia la questione intorno all'adattamento dell'ordinamento alla composizione multi-etnica e quindi pluriculturale della società italiana contemporanea;

- la famiglia poliandrica, verso la quale non è escluso ci si avvii, tenuto conto che nell'evoluzione sempre più variegata del costume si agita l'incessante emancipazione femminile<sup>285</sup> e il correlato, conclamato «regresso» del maschio<sup>286</sup>.

In secondo luogo, si consideri che l'impegno del bene giuridico personalità-dignità individuale nell'ambito della famiglia di fatto intesa come «luogo degli affetti e dei comuni interessi»<sup>287</sup>, non è in grado di spiegare la ragione per cui il legislatore avrebbe considerato rilevanti e così gravi i maltrattamenti in tale famiglia, se non sul presupposto che la nozione di famiglia sia indefinitamente estesa in base a quegli scarni requisiti. Non si scopre, cioè, altrimenti quale sia il dato caratterizzante in termini di valore la situazione «famiglia di fatto-formazione sociale» rispetto a quella concernente formazioni sociali alle quali non si riconosca la qualifica di famiglia e

<sup>284</sup> Sul punto già A. Pannain, *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Morano, Napoli 1964, p. 46 ss.

<sup>285</sup> Merita segnalare incidentalmente la questione concernente la possibilità della donna di affiliarsi ad organizzazione criminale mafiosa. Si tratta di questione (ormai) risolta affermativamente da Cass., sez. I, 26 maggio 1999, in «Il Foro italiano», 2000, II, c. 90 ss., (con nota di C. Visconti cui si rinvia per ult. ind.) V., inoltre, G. Fiandaca, *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, p. 362 ss.; Id., *La discriminante sessuale tra paradigmi giudiziari e paradigmi culturali*, in «Segno», 1997, n. 183, p. 19 ss.; T. Principato, A. Dino, *Mafia e donna. Le vestali del sacro e dell'onore*, Flaccovio, Palermo 1997.

<sup>286</sup> V. per tutti A. Mitscherlich, *Verso una società senza padre*, Feltrinelli, Milano 1970.

<sup>287</sup> Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 255 ss.

nel cui ambito la realizzazione di maltrattamenti sarebbe penalmente irrilevante o rilevante ad altro (meno grave) titolo. Qui risalta, tra l'altro, il limite della concezione della famiglia come *ambiente che favorisce la prevaricazione*. Quest'ultima è favorita in genere da situazioni di vita relazionale per qualche aspetto comunitaria, non necessariamente familiare in fatto, cioè dalle «strette relazioni di vita», dalla «comunanza di vita». Si può notare però che certune se non tutte le predette estensioni nominalistiche del novero «famiglia» poggiano proprio sul requisito (implicito) di comunanze del genere: non a caso perfino la menzionata giurisprudenza in tema di *mobbing* ha assunto la comunanza di vita tra i fondamenti dell'applicazione in materia dell'art. 572 c.p. Il tentativo interpretativo di espungere dal novero familiare tali estensioni, per esempio qualificandole in termini di *parafamiliarità*, sulla base di un supposto dovere di assistenza, o in termini di *eccezionalità*, come in relazione ai maltrattamenti contro infraquattordicenne<sup>288</sup> (reato non proprio, cioè comune<sup>289</sup>), finisce per essere contraddetto da un diritto penale vivente che tende a incardinare la famiglia proprio su quella comunanza di vita che quasi sempre bene la giurisprudenza individua, oltre e perfino a prescindere da un profilo di doverosità giuridica implicato da certi rapporti di autorità ecc., al fondo delle incriminazioni che a tali estensioni si rifanno.

Insomma, si potrebbe, volendo, individuare addirittura un oggetto giuridico di categoria così conformato – famiglia come comunanza di vita – il quale tende a riflettersi per quanto possibile immutato nell'oggetto delle singole incriminazioni. L'ipotesi dei maltrattamenti verso infradiciottenne (art. 61, co. 11-quinquies, c.p.) tenderebbe, allora, a rappresentare significativamente l'eventualità che la generalità assuma nei confronti del minore la veste di (sua) famiglia, di cui ognuno è membro: la società come grande famiglia di tutti. Inutile lamentare che ciò rappresenta una dissoluzione della famiglia, com'è vero, nonché un ulteriore esempio di bene giuridico inidoneo a svolgere una pregnante funzione delimitativa. Qui c'è un modello normativo di famiglia che, quale che ne sia l'ideologia portante, assume anche, ma a veder bene *di principio*, un senso e un contenuto amplissimo.

È ora chiaro che anche la *presenza degli affetti* non è elemento discrezionale al fine di privilegio nella tutela; gli affetti, inoltre – parrebbe – non riguardano solo la famiglia in (qualsiasi) senso stretto; ma se, invece, bastasse individuare affetti per riconoscere una famiglia, difficilmente si potrebbe sfuggire al riconoscimento, quanto ai maltrattamenti in famiglia, (anche) di una *tutela penale del sentimento personale* che concerna rapporti interpersonali, mentre la famiglia si perderebbe, appunto, nell'inafferrabile dato affettivo. E infatti, non manca chi finisce per individuare, privilegiandone il valore ermeneutico, una tutela penale dell'*affectio familiaris*<sup>290</sup>, sia pur in funzione

<sup>288</sup> Per queste costruzioni v. Delogu, in *Commentario*, cit., p. 646 ss.; A.M. Ruffo, *I soggetti del reato di maltrattamenti in famiglia*, in «Giustizia penale», 1996, vol. II, p. 606 ss.

<sup>289</sup> Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 237 ss.

<sup>290</sup> Per una puntuale ricostruzione v. Colli, *La rilevanza penalistica*, cit., p. 664 ss. Vedi inoltre A. Carmona, *Il concetto penalistico di famiglia nel codice Rocco e in una lettura postcostituzionale*, in *Seminari di*

di promozione della personalità individuale, tutela che però non può dispiegarsi altrimenti che rendendo doveroso l'affetto, salvo limitare la propria rilevanza alle ipotesi in cui l'affetto sussista (!)<sup>291</sup>. Tanto varrebbe riprendere apertamente la concezione giusfilosofica hegeliana per cui «la famiglia ha a suo fondamento la sostanzialità immediata dello spirito, dunque l'unità che sente se stessa, l'amore in generale. La disposizione d'animo delle persone singole [è] di avere in questa unità la loro autocoscienza essenziale»<sup>292</sup>.

Ma in buona sostanza, al di là dell'affetto che, a tutto concedere, è afferrabile solo tramite la mediazione di dati esternanti il sentimento – ammesso pure che si possa prescindere dall'esistenza di una sua qualsivoglia «veste» giuridica extrapenale –, rilevarebbe il fatto che esistano (mere) aspettative di ricevere un particolare rispetto o una particolare assistenza, aspettative ingenerate dall'unione incardinata sulla comunanza di semplici interessi morali o materiali; l'ingiustificata delusione frequente di tali aspettative costituirebbe i maltrattamenti, assieme ai requisiti propri di questi ultimi, peraltro a loro volta molto indeterminati. Certo, occorre mantenere un'adeguata consapevolezza di quanto concezioni del genere si allontanino dalla tradizione secondo cui gli istinti e i sentimenti personali, intesi come tessuto connettivo della famiglia, rimangono nei confini di stretto dominio del costume, mentre nel territorio del diritto la famiglia entra per la rilevanza sociale del gruppo (specie se inteso quale fattore di riproduzione) e per la consistenza degli interessi anche materiali in gioco<sup>293</sup>.

Infine, può notarsi che l'idea secondo cui si tratterebbe di tutela del familiare «più debole» in quanto, per esempio, soggetto a un'autorità di fatto<sup>294</sup>, non regge. Se l'interesse è quello personale, la norma deve operare anche in caso di maltrattamenti reciproci tra personalità forti in egual misura, nonché qualora il «debole» mantenga pur sempre la forza di reagire con maltrattamenti da parte sua nei confronti del «forte». Il dato dell'*interazione psicologica* non pare rilevante nel senso che quest'ultima sia decisiva ai fini della realizzazione della fattispecie, e a maggior ragione qualora si intenda – prescindendo da ogni aggancio normativo – che un contributo della vittima alla determinazione o anche solo all'agevolazione della condotta delittuosa sia

*diritto di famiglia*, a cura di M. De Tilla, U. Operamolla, Giuffrè, Milano 2005, p. 985: «... oggettività giuridica (normativamente etichettata come famiglia) che considera come meritevole di tutela penale l'affidamento sentimentale di sé tipico dei rapporti di famiglia o quello che la famiglia, come organizzazione di sangue, convivenza e di affidamento, fa di uno dei suoi componenti ad un determinato soggetto esterno o interno ad essa».

<sup>291</sup> Vedi per esempio le difficoltà segnalate da P. Ceccarelli, R. Vecchio, *Il «vincolo affettivo» nella famiglia anagrafica alla luce della giurisprudenza e delle circolari del Ministero dell'Interno*, in «L'Amministrazione italiana», 2003, n. 2, p. 168 ss.

<sup>292</sup> G.W.F. Hegel, *Lezioni di filosofia del diritto*, a cura di P. Becchi, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli 1993, p. 114 ss.

<sup>293</sup> Criticamente, Scordamaglia, *Prospettive*, cit., p. 372 ss.

<sup>294</sup> Cass., sez. II, 16 giugno 1959, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1960, con commento di G.D. Pisapia.

necessario per l'integrazione del reato<sup>295</sup>. La confusione tra il dato criminologico e il dato normativo non necessariamente è foriera di razionalità e chiarezza nel processo di individuazione della fattispecie astratta.

7.2. (segue) *La «non-famiglia» di fatto, contro la «famiglia» di concezione giuridica giurisprudenziale: irrilevanza di parentela e convivenza; valorizzazione fattuale della solidarietà e del sentimento*

Una terza riflessione riguarda la sorte degli aggregati intesi come familiari dal giurista, e in particolare dalla giurisprudenza, e ai quali, tuttavia, la coscienza comune non attribuisca la stessa indole: *non-famiglia di fatto*, nozione che introduciamo al solo fine di consentire una miglior comprensione della problematica in esame, investendo il procedimento di definizione in negativo. Si può così meglio apprezzare che i rapporti di prevalenza-soccombenza tra concezione fattuale e concezione giuridica rimangono affidati a bilanciamenti arbitrari, di solito inespressi.

Potrebbe essere il caso, volendo, della predetta unione a fini meramente sessuali, o quello della zia che convive con la nipote in virtù di un contratto di rendita vitalizia nella forma del cosiddetto vitalizio alimentare o contratto di mantenimento, una «famiglia» secondo la giurisprudenza penale che al riguardo valorizza rapporti di *assistenza o solidarietà* che sorgerebbero, in un apprezzabile periodo di *convivenza, per relazioni sentimentali o consuetudini di vita*<sup>296</sup> – si noti la non essenzialità del dato coniugale e/o parentale, nonché del dato «sentimentale» –; o, ancora, casi che la giurisprudenza riesca ad inserire in una ancor più ampia accezione di «famiglia», intesa cioè quest'ultima come *regime di vita improntata a rapporti di umana solidarietà e a strette relazioni, dovute a diversi motivi anche assistenziali, pur senza la convivenza o coabitazione*<sup>297</sup>.

In queste due ultime decisioni la famiglia diventa una semplice *cornice nominale di solidarietà fattuale (presunta)*, e si tende anche all'affrancamento dal dato affettivo. La menzionata cornice solidale risulta *fonte di doveri (obblighi)* intesi immediatamente come giuridici e ben precisi, sicché l'*affetto*, che per ipotesi vorremmo intendere assuma la veste giuridica del dovere di solidarietà, è il *prodotto normativo* di una effettività che invero non necessariamente lo contempla. La coscienza comune è estromessa, ovvero è incarnata nel giudice. Rileva, comunque, l'operazione di trasformazione del dato fattuale in dato giuridico, fuori dalla predeterminazione legislativa. Ciò che la considerazione comune non chiamerebbe mai «famiglia» lo

<sup>295</sup> Diversamente, per tutti, Ruffo, *I soggetti del reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 602 ss.

<sup>296</sup> Cass., sez. VI, 3 luglio 1990, in «Massimario delle decisioni penali», 1991, 186276; conf., di principio, sez. VI, 9 dicembre 1992, n. 539, in «Cassazione penale», 1994, p. 938 ss.

<sup>297</sup> Cass., sez. III, 3 luglio 1997, n. 1440, in «Cassazione penale», 1998, p. 2614 ss.

diventa seguendo i noti percorsi dell'intellettualismo giuridico. L'indubbio effetto promozionale trova fondamento, al più, su concretizzazioni *ad libitum* dei doveri di solidarietà genericamente evocati dall'art. 2 Cost.

L'affetto, con la menzionata Novella 15 ottobre 2013, n. 119 sul «femminicidio», è entrato di nuovo prepotentemente nel dettato legislativo da un lato con la «relazione affettiva» nelle aggravanti della violenza sessuale e dall'altro lato forse anche con la mera «relazione»<sup>298</sup> che ha sostituito la precedente «relazione affettiva» compresa nella fattispecie degli atti persecutori, ma comporterà problemi interpretativi molto importanti. Come pure questa schizofrenia legislativa manifesta, far entrare l'affetto nel diritto penale sostanziale è inutile, nonché una vera imprudenza, la giurisprudenza era già riuscita a prescindere. Diversamente, sul piano processuale, l'affetto, se risulta davvero, può essere utile come dato indiziante di una relazione di vita, di una comunanza di vita. Comunque sia, se è l'affetto il dato rilevante, la relazione omosessuale può trovarsi intromessa.

D'altra parte, una non-famiglia si ha in fatto anche in ipotesi di coniugi separati, legalmente o anche solo di fatto<sup>299</sup>, come pure in tutti i casi di parentela non accompagnata dalle relazioni che la giurisprudenza poco sopra menzionata ha individuato.

### 7.3. (segue) *La «vita familiare», gli «stretti rapporti di vita», il «rapporto di vicinanza» come fonti fattuali di obblighi giuridici «familiari»; responsabilità omisiva, obblighi di garanzia e posizioni di protezione in ambito familiare; famiglia quale comunità di affidamento*

Il fenomeno giurisprudenziale intensamente creativo appena descritto, con la sua portata, dovrebbe essere ben chiaro ai penalisti, soprattutto se riguardato sotto il profilo generale per cui il diritto penale (anche) della famiglia si rivolge alla *signoria* dell'uomo sulle condizioni essenziali del verificarsi di accadimenti offensivi (dannosi o pericolosi) per i beni-interessi di natura familiare o situati in ambito familiare, ai quali tale diritto fornisce preventiva difesa, e pone quindi un problema di individuazione dei soggetti detentori di tale signoria (cosiddetta imputazione), di coloro

<sup>298</sup> Art. 1.2: All'articolo 609 *ter*, primo comma, del codice penale, dopo il numero 5 *bis*) sono aggiunti i seguenti: «5 *ter*) nei confronti di donna in stato di gravidanza; 5 *quater*) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza». Si riferisce solo alla relazione, con tutta la problematicità che ne consegue, l'art. 2.3.: All'articolo 612 *bis* del codice penale, sono apportate le seguenti modificazioni: [(a) il secondo comma è sostituito dal seguente: «La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici»].

<sup>299</sup> *Contra*, Cass., sez. VI, 29 aprile 1980, in «Cassazione penale», 1981, p. 91 ss., con nota contraria di B. De Nisgris, M. Siniscalchi, *Osservazioni sulla configurabilità del reato di maltrattamenti nei confronti della moglie non convivente*.

che effettivamente hanno il potere di determinare gli accadimenti. Il diritto penale valorizza l'esperienza secondo cui certe modalità concrete di offesa e certe modalità concrete di protezione si realizzano soltanto o perlopiù in presenza di determinate «posizioni» concrete incarnate da *certi soggetti* (ruoli, situazioni, condizioni, rapporti, ecc.), appunto le *posizioni familiari*, per quanto qui interessa. Si tratta di posizioni concernenti l'individuo nel processo storico, posizioni costituite da mero fatto o posizioni costituite anche per via giuridica extrapenale. Esse appunto denotano condizioni di signoria oppure condizioni di (maggior) intensità di signoria, ragione di una *configurazione partitiva dei soggetti attivi del reato*. Questa si riflette sull'*an e/o* sul *quantum* della punizione, mentre *contribuisce a esprimerne il quid* – il *fatto* da punire anzitutto (lasciamo da parte ogni altro, diverso inserimento di posizioni soggettive, come tra l'altro le ipotesi in tema di cause di esclusione della punibilità, circostanze aggravanti, *quomodo* della sanzione, per esempio sanzioni accessorie).

Soprattutto per questa ragione, certe norme penali incriminatrici in tema di tutela della famiglia, nel delineare il soggetto attivo del fatto tipico, considerano non già qualsiasi individuo indistintamente (reato cosiddetto comune, per esempio l'omicidio) bensì soltanto coloro che si trovano in una determinata posizione. Si tratta di *reati cosiddetti propri* ossia a soggettività ristretta. I soggetti entrano, dunque, qualificatamente nella configurazione del fatto di reato, nel fatto tipico, perché l'offesa si intende provenga da *condotte o modalità di condotta connesse alla posizione e viceversa*, compresa l'ipotesi in cui la condotta consiste nel far mancare la menzionata protezione. Una volta posto (da parte del legislatore) l'enunciato legale, e quando si tratti di comprenderlo cioè di interpretarlo e quindi di scoprire e impegnare la predetta *ratio* della qualificazione soggettiva, occorre tener conto che può darsi l'ipotesi in cui le *condotte* rilevanti risultino espresse, *tipizzate* in qualche misura (estensiva o restrittiva) anche *tramite l'indicazione della posizione* stessa. Oppure può darsi che solo tramite le note descrittive della condotta tipica, o altri dati di fattispecie astratta, risulti che sono considerati soggetti qualificati (mentre alla lettera il soggetto è «chiunque»: per esempio maltrattamenti in famiglia) – ciò avviene, tra l'altro, nei *reati omissivi* sia propri (cioè di mera omissione) che impropri (cioè di omissione causativa di evento), dato che gli obblighi di agire si incardinano su determinati soggetti e non su altri. Inoltre, è possibile che il legislatore adotti entrambe le tecniche per delineare un fatto di reato, cioè in definitiva che i dati tipici si integrino vicendevolmente contribuendo uno per l'altro a costituire la base di espressione dei rispettivi significati – come del resto avviene in generale –, e quindi a costituire anche (l'espressione del) l'esistenza nonché il senso di una restrizione apposta al novero dei soggetti attivi.

Quando la legge delinea direttamente o indirettamente la posizione-qualifica del soggetto attivo emerge il *cosiddetto rapporto di affidamento* del bene-interesse al soggetto interessato, e la *violazione di specifici doveri propri* la quale connota il disvalore della condotta inteso come modalità della condotta stessa (ma quest'ultimo non

necessariamente si esaurisce nella violazione dei doveri, perché è comunque sempre correlato al disvalore dell'evento; e non necessariamente la violazione esaurisce la condotta). In sintesi, le ragioni di tutela implicano che la qualificazione soggettiva esprima o sia espressa da una *specificata (e specificata) posizione di garanzia rispetto al bene-interesse* (una *determinata signoria*).

Un caso significativo si è determinato a seguito di una vicenda di trasmissione mortale del virus HIV (AIDS) nel quadro di una relazione esclusiva di fidanzamento e, in seguito, di matrimonio. Il Tribunale di Cremona ha ritenuto in tal caso il marito, soggetto sieropositivo, responsabile di omicidio volontario della moglie a titolo di dolo eventuale, poiché il marito aveva praticato ripetuti rapporti sessuali non protetti con il *partner* ignaro, nella piena consapevolezza del proprio stato di salute e delle modalità di trasmissione del virus, accettando l'elevato rischio non soltanto del contagio ma anche dell'esito letale dell'eventuale infezione<sup>300</sup>. Nell'occasione il giudice ha tra l'altro rilevato che la condotta presentava natura complessa: al comportamento attivo dell'imputato, cioè i detti rapporti non protetti, si era aggiunto un comportamento omissivo consistente nell'aver taciuto alla moglie ogni informazione riguardo al proprio stato di salute e aver ostacolato qualsiasi forma di intervento medico capace se non altro di allungare le aspettative di vita della moglie<sup>301</sup>.

La dottrina ha al riguardo precisato che l'obbligo di informazione tra coniugi ha natura (non solo morale, ma anche) giuridica, trovando la propria fonte nei doveri di reciproca assistenza e collaborazione imposti ai coniugi dall'art. 143 c.c.<sup>302</sup>.

Proprio la famiglia rappresenta dunque uno dei principali contesti al cui interno individuare posizioni di garanzia penalmente rilevanti, aventi il loro fondamento direttamente nella legge, la quale pone vincoli di protezione principalmente, se non esclusivamente, rivolti a garantire l'esistenza e l'integrità fisica dei membri del nucleo parentale. Si possono individuare abbastanza pacificamente solo i soggetti destinatari

<sup>300</sup> Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, Lucini, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, p. 299 (mot.), con commento di K. Summerer, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier* (e in «Il Foro italiano», 2000, II, c. 348 ss., con commento di E. Nicosia, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*). Conf. Cass., sez. I, 14 giugno 2001, n. 30425, in «Rivista penale», 2001, p. 924 ss. Vedine il commento di M. Nisticò, *Sul contagio venereo da virus hiv*, in «Cassazione penale», 2004, p. 515 ss. Per un primo approccio ai temi penalistici suscitati dal fenomeno AIDS v., inoltre, A.R. Castaldo, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in «Studi urbanati di scienze giuridiche, politiche ed economiche», vol. XLI-XLII, 1988-89 e 1989-90; S. Canevari, *La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infecto Hiv nell'orientamento del BGH*, in «Il Foro italiano», 1991, IV, c. 149 ss.; S. Riondato, *Rischio AIDS, indagini del datore di lavoro, responsabilità penali. Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 218/1994*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1994, p. 473 ss.; L. Cornacchia, *Profili di responsabilità per contagio da virus HIV*, in *Diritto penale. Lineamenti di speciale*, Monduzzi, Bologna 2000, p. 230 ss.; S. Magnanensi, *La famiglia di fronte all'Aids: II) Profili di diritto penale*, in «Famiglia e diritto», 1996, p. 82 ss.

<sup>301</sup> Nei successivi gradi del giudizio l'elemento soggettivo è stato ricostruito come colpa cosciente (Cass., sez. I, 5 agosto 2001, in «Diritto penale e processo», 2001, p. 1236).

<sup>302</sup> Summerer, *Contagio*, cit., p. 310, nt. 8.

di questi obblighi connessi agli *status* familiari e i titolari dei beni giuridici tutelati, mentre sono vaghe le indicazioni concernenti i beni da proteggere e la tipologia degli eventi da impedire e prevenire<sup>303</sup>.

Sussiste in capo ai genitori un obbligo di impedire che i figli, tanto legittimi quanto naturali, subiscano eventi lesivi della vita e dell'integrità fisica e, per alcuni – ma pare eccessivo – anche dell'interesse patrimoniale<sup>304</sup>: tale obbligo discende direttamente dal portato degli artt. 30 Cost. e 147 c.c.

Si tratta di una posizione di garanzia che trae la sua *ratio* nella naturale incapacità dei figli a difendersi dalle situazioni di pericolo: l'obbligo di protezione sorge già dal fatto della procreazione, a prescindere dal successivo riconoscimento del minore<sup>305</sup>, purchè però il minore si trovi anche «di fatto» sotto la tutela del genitore garante<sup>306</sup>.

Non si ravvisa invece un reciproco obbligo di protezione dei figli nei confronti dei genitori quando siano questi ultimi a trovarsi in situazioni di pericolo: ciò sarebbe indicato dall'assenza di una norma simmetrica a quella di cui all'art. 147 c.c.<sup>307</sup>. Comunque una posizione di garanzia in capo ai figli si può scorgere in dati casi, quali quello dell'affidamento del genitore malato e privo di capacità di provvedere a sé stesso al figlio che si fa carico della sua assistenza, divenendo così garante, anche in senso penalistico, della vita del genitore.

Si ammette comunemente che l'obbligo di garanzia imponga al genitore il dovere di impedire, ovviamente avendone i mezzi, eventi lesivi direttamente cagionati sia da cause naturali che dall'aggressione di un terzo; non manca però chi contesta tale impostazione ritenendo che la responsabilità per il mancato impedimento di eventi cagionati dall'azione di un terzo non possa ritenersi pacifica o comunque costituire regola generale: se si muove dalla premessa che la posizione di garanzia comporti di fatto un potere di effettiva signoria nei confronti dell'evento, ne deriva che questa

<sup>303</sup> F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, CEDAM, Padova 1975, p. 235 ss.

<sup>304</sup> Nel senso di escludere la possibilità che sui genitori gravi l'obbligo di impedire danni a carico di beni patrimoniali di pertinenza dei figli si vedano G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano 1979, p. 52 e p. 177 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano 1983, p. 300 ss. Si veda I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino 1999, p. 84 ss., secondo la quale l'obbligo di garanzia dei genitori sui beni patrimoniali dei figli non pare necessariamente implicato dal dovere di mantenimento spettante ai genitori nei confronti della prole, il quale deve essere adempiuto dagli stessi mediante le proprie risorse economiche, indipendentemente dalle vicende dei beni patrimoniali dei figli.

<sup>305</sup> Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 301.

<sup>306</sup> Fiandaca, *Il reato commissivo*, cit., p. 173.

<sup>307</sup> Fiandaca, *Il reato commissivo*, cit., p. 174: «Le sole disposizioni che potrebbero essere richiamate, cioè gli artt. 315 e 433 n. 2 c.c., prevedono rispettivamente che il figlio deve contribuire al mantenimento della famiglia finché convive con essa, nonché un obbligo alimentare che, però, succede nell'ordine a quello del coniuge: si tratta, evidentemente, di obblighi complementari, non assimilabili ai doveri ben più pregnanti che, viceversa, incombono sui genitori».

situazione generalmente non si verifica quando causa dell'evento sia la condotta di un altro soggetto<sup>308</sup>.

Questione dibattuta è se, tra i beni oggetto degli obblighi di protezione dei genitori, rientri anche la morale sessuale dei figli minori, se cioè il genitore possa essere ritenuto responsabile per l'omesso impedimento dei reati di cosiddetta violenza sessuale e induzione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione. Un obbligo di protezione della morale sessuale dei figli minori non è ricavabile con certezza dal dettato normativo: chi ne nega l'esistenza denuncia il pericolo dell'invasione della sfera etica di libera scelta individuale dei genitori<sup>309</sup>; chi ha invece affermato la sussistenza di tale obbligo lo collega direttamente al più generale dovere di tutela della prole gravante sui genitori in base agli artt. 30 Cost. e 147 c.c.<sup>310</sup>, il quale implicherebbe un dovere di impedire eventi lesivi della morale sessuale.

La giurisprudenza non dubita della configurabilità di una responsabilità penale dei genitori in caso di concorso omissivo in reati di violenza sessuale commessi a danno dei figli, soprattutto se all'interno dello stesso contesto familiare<sup>311</sup>. La Cassazione ha più volte affermato la sussistenza in capo al genitore dell'obbligo di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro altrui aggressioni, anche endofamiliari.

<sup>308</sup> Fiandaca, *Il reato commissivo*, cit., p. 176. Farebbe secondo l'autore eccezione a tale regola generale ad esempio il caso in cui l'autore della condotta lesiva sia, a sua volta, sottoposto al potere di vigilanza e controllo del soggetto garante dell'integrità del soggetto leso, come accade nel caso del genitore che debba impedire l'azione lesiva che un figlio minore compia nei confronti di un altro suo figlio.

<sup>309</sup> Sgubbi, *Responsabilità penale*, cit., p. 236: parla in proposito di un pericolo «che il giudizio – anche penale – sulla condotta del garante finisca con lo staccarsi dal singolo fatto di trasgressione (...) per giungere a coinvolgere il comportamento del garante inteso nella sua globalità, alla luce di modelli irrazionali, soggettivizzati, incerti». Si veda inoltre Fiandaca, *Il reato commissivo*, cit., p. 179, il quale esclude l'esistenza di tali doveri di garanzia anche per una ragione tecnica: i casi in cui tale posizione di protezione potrebbe venir in rilievo sono costituiti da fattispecie di mera condotta necessariamente poste in essere da soggetti terzi, cosicché una compartecipazione mediante omissione del genitore non sarebbe configurabile stante l'estensibilità, a suo parere, della limitazione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento alle fattispecie causali pure anche in caso di concorso di persone.

<sup>310</sup> Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 298; Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 91 ss., concorda sulla configurabilità di tali doveri di garanzia, mettendo però in luce il fatto che, se è indubbio che nella funzione educativa rientri anche il potere di indirizzare e limitare i comportamenti sessuali dei figli minori, è vero anche che la legge si astiene dall'intervenire sulle scelte educative operate dai genitori: l'autore suggerisce però di non relegare i reati attinenti la sfera sessuale nel circoscritto ambito della morale individuale, ritenendo che l'obbligo di impedirli discenda direttamente dal dovere di protezione di beni personali primari quali l'integrità psicofisica e lo sviluppo della personalità sanciti da Costituzione e normativa civilistica.

<sup>311</sup> S. De Flammineis, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in «Cassazione penale», 2008, p. 3234 ss. Secondo l'autore il mancato intervento del genitore in questi casi incide negativamente sui valori che l'istituzione famiglia rappresenta, come cellula primaria della società e formazione sociale finalizzata allo sviluppo della personalità dei suoi componenti, così come solennemente sancito dalla Costituzione: una risposta penale si rende pertanto necessaria per stigmatizzare queste condotte la cui offensività è acuita proprio dal fatto di essere poste in essere da componenti della famiglia, che è invece luogo dove il soggetto dovrebbe sentirsi tutelato più che in qualsiasi altro posto.

In una pronuncia<sup>312</sup>, la Corte ha negato la prevalenza delle circostanze attenuanti a una donna che per dieci anni non ha preso alcun provvedimento per porre fine alle ripetute violenze che il coniuge ha inferto alle figlie minori. Nell'occasione la Corte ha individuato la fonte dell'obbligo giuridico nell'art. 147 c.c. che, tra i doveri gravanti sui genitori, prevede quello di tutelare l'integrità psicofisica dei figli minori contro eventi naturali o altrui aggressioni: da questa posizione di garanzia deriva in capo al genitore l'obbligo di porre in essere tutti gli interventi concretamente idonei a far cessare l'attività delittuosa, posto che l'obbligo di tutela del minore ha natura assolutamente prioritaria rispetto a qualsivoglia altra esigenza.

Posizioni di protezione si ritengono sussistere anche in capo ai coniugi, dato l'obbligo di reciproca assistenza morale e materiale imposto dall'art. 143 c.c. La penale rilevanza dell'obbligo di garanzia avente a oggetto la salute e l'integrità fisica del *partner* è subordinata alla sussistenza di un rapporto di reciproco affidamento e protezione tra i coniugi<sup>313</sup>: essa ha termine con la separazione legale, che pone fine agli obblighi di assistenza, mentre pare irrilevante la fisica lontananza tra i coniugi, nei limiti ovviamente in cui essa non precluda la possibilità di impedire l'evento lesivo ai danni della moglie o marito.

Si guarda comunemente con sospetto al riconoscimento di *posizioni di garanzia* che siano *fondate su realtà extragiuridiche fattuali o normative*, o su *generalissimi doveri giuridici*, anziché su precisi obblighi giuridici di fonte legale<sup>314</sup>. Proprio la famiglia, assieme ad altre incerte *figure di «stretto rapporto di vita»*, che oggi constatiamo essere tendenzialmente assimilate in uno, è in questo contesto annoverata tra le situazioni paradigmatiche. È un paradigma non solo per la connessa insorgenza di obblighi sgorganti a certe condizioni da fonti giuridiche, ma anche per il suo (preteso) porsi come *fonte-fatto*, per così dire, di obblighi che si ritenga siano penalmente rilevanti<sup>315</sup> (dal potere-di fatto di impedire all'obbligo giuridico di impedire).

Ciò si verifica in esperienze giurisprudenziali penali straniere, meglio analizzate che da noi nella rispettiva dottrina, quelle per esempio che muovono dalla conside-

<sup>312</sup> Cass., sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730 in «Cassazione penale», 2008, p. 3231 ss. Sulla stessa linea si vedano anche Cass., 27 aprile 2007, n. 19739, in «Cassazione penale» 2008, p. 2471 ss.; Cass., sez. III, 6 dicembre 2006, n. 42210, in «Cassazione penale», 2007, p. 3729 ss.; Cass., 19 gennaio 2006, n. 4331, in «Cassazione penale», 2007, p. 2069 ss.; Cass., 15 novembre 2001, Sabella, in «Rivista penale», 2002, p. 129 ss.

<sup>313</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2008; Fiandaca, *Il reato commissivo*, cit., p. 174 ss.

<sup>314</sup> Per tutti, Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, cit., p. 583 ss.

<sup>315</sup> Per tutti, criticamente, Grasso, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 287 ss.; Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 172 ss. V., inoltre, anche per ulteriori precisazioni e indicazioni, T. Vitarelli, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1998, p. 179. Riguardo alle questioni concernenti la protezione della salute e della vita dei minori da parte dei genitori v. altresì Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., p. 233; Cass., sez. I, 13 dicembre 1983, Oneda, in «Cassazione penale», 1984, p. 2440 ss. (con motivazione; caso cosiddetto dei Testimoni di Geova).

razione della famiglia quale *Vertrauensgemeinschaft* e vi ricollegano assunzioni fattuali di posizioni di garanzia per beni giuridici<sup>316</sup>, e in genere valorizzano in varia guisa la figura della «*persona in (più o meno stretto) rapporto (materiale) di vicinanza*»<sup>317</sup>.

Peculiari rapporti del genere sono contemplati nel codice penale italiano, e pertanto rilevano, solo laddove è prevista la circostanza aggravante dell'abuso di relazioni domestiche o di coabitazione o di ospitalità (art. 61, n. 11, c.p.). La circostanza trova fondamento nell'esigenza di fornire particolare tutela a situazioni che sono caratterizzate dall'affidamento di un soggetto a un altro<sup>318</sup>, il quale ultimo si trova nelle qualificate condizioni fattuali di signoria su beni così affidatigli, condizioni di cui si avvale aggredendo tali beni<sup>319</sup>. Analoghi rilievi valgono per la figura del «convivente» contemplata in tema di delitti contro la libertà sessuale<sup>320</sup>.

In direzione ampliativa si avviano da noi recenti tentativi dottrinali sia di concepire in generale i rapporti familiari per il particolare affidamento che li caratterizza, cioè per la «*datio psicologica piena*» che si può realizzare solo all'interno del quadro affettivo, sia di estendere la nozione di famiglia a rapporti non tipicamente familiari ma aventi «requisiti di fatto identici», cosicché la sfera del rapporto giuridicamente rilevante includa «ogni relazione caratterizzata dall'affidamento del debole nei confronti del soggetto attivo dell'illecito»<sup>321</sup>. Conseguentemente, l'individuazione del soggetto attivo (e del soggetto passivo) avverrebbe «all'interno di un particolare rapporto emotivo ed affettivo riconosciuto o espressamente o *virtualmente* dal legislatore»; «il rapporto di affidamento e la posizione di garante potranno anche essere fondate su una situazione *di fatto*»<sup>322</sup>.

Ai nostri fini è sufficiente notare che costruzioni del genere non divergono essenzialmente da quelle per cui l'unico dato di controllo dell'interpretazione starebbe nelle ripercussioni sul piano dei rapporti sociali, nella conformità alle «esigenze di tutela di situazioni e di repressione penale di comportamenti *reclamate dalla coscienza*».

<sup>316</sup> Riassuntivamente, riguardo alla Repubblica Federale Tedesca, H. Tröndle, F. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49. Auf., C.H. Beck, sub § 13, nr. marg. 5, 7 e 10.

<sup>317</sup> Un'ampia panoramica critico-analitica si trova in D. Albrecht, *Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Carl Heymanns Verlag KG, 1998. V. anche Beltrame, *Profili di tutela penale della famiglia in ordinamenti stranieri*, cit., p. 276.

<sup>318</sup> T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. II, UTET, 1988, p. 220 ss., secondo il quale tali situazioni pongono chi ne abusi in condizione di arbitrario vantaggio nella commissione del reato.

<sup>319</sup> Per ulteriori indicazioni v. l'ampia rassegna critica di E. Palermo Fabris, sub art. 61, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, Padova 2008, p. 240; G. Borgna, S. Strano Ligato, sub art. 61, in Crespi, Stella, Zuccalà, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, cit., p. 263.

<sup>320</sup> V. al riguardo la trattazione di Giunti, *Famiglia*, cit., p. 815, e quella di Pistorelli, *Delitti contro la libertà individuale*, cit., p. 989 ss.

<sup>321</sup> Ruffo, *La tutela penale della famiglia*, cit., p. 15 ss.

<sup>322</sup> Ruffo, *La tutela penale della famiglia*, cit., p. 57 ss. (corsi nostri).

za comune»<sup>323</sup>. In buona sostanza, ciò che nella coscienza comune è dovere familiare acquisterebbe dignità di vincolo giuridico – è da credere che assumerebbe qualche ruolo anche una (nuova) scriminante reclamata dalla coscienza comune, o uno allo stesso modo preteso «diritto» (art. 51 c.p.).

Così, dalla incerta mediazione tra la coscienza comune o quella del giudice e i modelli legali anche extrapenalmente sortisce la famiglia di fatto penalmente rilevante. Non si attende la mediazione legislativa che dia regolamento, per esempio, a particolari effetti della convivenza intesa quale fonte di aspettative e vincoli di solidarietà (perciò) giuridicamente rilevanti<sup>324</sup> nella cornice familiare definita secondo una sua propria peculiarità che la distingue dagli altri aggregati sociali. D'altra parte, è lo stesso legislatore scarsamente preciso che finisce con l'aprire all'incremento dell'indeterminatezza a opera dell'interprete.

Non vi è dubbio che concezioni del genere ben si attagliano quanto meno a previsioni legislative ad alto tasso di equivocità, come, per far ancora qualche esempio, quella di un illecito amministrativo previsto dalla legge sull'adozione e affidamento dei minori, che contempla tra i dati tipici «rapporti familiari» (art. 70 l. n. 184/1983, in relazione all'art. 2); oppure quella che ammette alla costituzione di parte civile, nei procedimenti penali per certi reati che in concreto offendano una persona handicappata, l'associazione cui sia iscritto un «familiare» dell'offeso (art. 36, legge 5 febbraio 1992, n. 104, *Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*).

In definitiva, una volta imboccata la via del pluralismo anche giuridico che si nutre di intonazioni individual-soggettivistiche cui pure il volto personalistico dell'illecito penale è debitore, ivi compresi i temi intorno al bene giuridico, diventa arduo riparare la conseguente rottura dell'unità (unicità) legale sostanziale. Ecco, allora, che emergono in materia penal-familiare le cennate, acute difficoltà di soddisfare le esigenze al contempo di legalità penale e di razionalità-coerenza ordinamentale che, stando a tradizionali e (a parole) ancor vivissimi principi penalistici (art. 25 Cost.), dovrebbero ostacolare norme penali il cui contenuto consista essenzialmente in un rinvio alla concretizzazione interpretativa delle fattispecie traibili (anche) dagli eteri principi costituzionali (tipizzazione in via interpretativa).

<sup>323</sup> Coppi, *Maltrattamenti*, cit., p. 256 (corsivo nostro).

<sup>324</sup> Come propone G. Luccioli, *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, in «Cassazione penale», 1987, p. 494 ss.

8. *L'ipotesi che le figure di rapporto familiare penalmente rilevanti siano sempre elementi extragiuridici della fattispecie (normativi o descrittivi)*

A questo punto potrebbe apparire non troppo debole il rilievo che criteri corretti di interpretazione penale dovrebbero preferibilmente corrispondere alla tecnica legislativa che sembrerebbe impiegata dal codice nelle ipotesi in cui il novero familiare deve essere inteso in modo diverso da quello corrispondente alla concezione giuridica basale che già vi si trova espressa in modo sufficientemente determinato (almeno in complesso). Invero, potrebbe risultare, volendo, da quanto sopra illustrato, che nel codice le «correzioni» vengono di volta in volta precisate espressamente, restringendo o ampliando la nozione di base; e le «deviazioni» essenziali comportano una descrizione *ad hoc* dei rapporti considerati, come avviene tra l'altro nelle figure che implicano la morale familiare e coinvolgono quindi in qualche misura la famiglia di fatto. La menzione della famiglia *tout court* (art. 572 c.p.) potrebbe perciò apparire, a tutto concedere, suscettibile di riempirsi esclusivamente di entità intranee alla concezione giuridica assunta secondo la modalità legalistica di manifestazione del diritto penale, cioè secondo un'interpretazione conforme al principio di determinatezza della fattispecie: interpretazione tassativizzante piuttosto che de-tassativizzante, anche secondo il divieto di analogia<sup>325</sup>.

Sotto questi profili si potrebbe dubitare circa la fondatezza dell'affermazione generalizzata secondo cui «se la tutela è assegnata per categorie di soggetti, individuati sulla base di rapporti giuridici (coniugio, parentela, affinità), non può che farsi riferimento ai soggetti titolari di tali rapporti giuridici» e «solo allorché la norma fa riferimento (o presuppone) alla famiglia *tout court* può essere effettuata l'equiparazione tra la famiglia di fatto e la famiglia legittima (ad esempio per la fattispecie di cui all'art. 572)»<sup>326</sup>.

Questa opinione, che pur riflette bene un diffuso atteggiamento interpretativo della giurisprudenza, è inappagante non tanto perché sfugge immotivatamente ai sopra ipotizzati termini fondamentali dell'impostazione codicistica, quanto perché a sua volta non può trovare ragione del sistema «binario», per così dire, che essa adotta. Un sistema del genere, tuttavia, e qui sta il punto cruciale, non è in essenza diverso da quello che presiederebbe a tale impostazione. In ogni caso, quindi, pare pretermessa

<sup>325</sup> Per una critica che ravvisa nella valorizzazione interpretativa penalistica della famiglia di fatto un'applicazione analogica *in malam partem*, v. A. Arceri, *Famiglia di fatto e giurisprudenza penale*, in «Giustizia penale», 1990, p. 310 ss. V., inoltre, Cass., 18 dicembre 1970, in «Giustizia penale», 1971, p. 835 ss., per l'espressa considerazione che «il delitto di maltrattamenti si consuma non solo tra persone legate da vincoli familiari considerati nel senso strettamente giuridico, ma anche tra persone legate soltanto da un puro rapporto di fatto che, per le intime relazioni e consuetudini di vita correnti tra le stesse, presenti *somiglianza ed analogia* con quello proprio delle relazioni coniugali» (corsivo nostro).

<sup>326</sup> Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 6, in «Giurisprudenza costituzionale», 1977, vol. I, p. 29 ss., con nota di G. Ferrando (*ivi*, p. 930) e di M. Bargis (*ivi*, p. 944); Segreto, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, cit., p. 1700 ss.

la «vera» alternativa, che è la seguente: o gli stessi rapporti giuridici assolvono, non solo in tema di famiglia *tout court*, alla funzione tipizzante che vien loro (implicitamente) conferita proprio in forza della contestuale attribuzione di una connotazione familiare, sicché la famiglia stessa non è concepibile fuori da tali rapporti; o va revocato in dubbio che i termini penalistici implicanti *parentela*, *affinità*, *adozione*, *ecc.* debbano essere intesi in veste di elementi normativi giuridici delle fattispecie. Insomma, in quest'ultimo corno si intende avanzare l'ipotesi secondo cui si tratta, invece, di elementi idonei, così come lo è il mero riferimento alla «famiglia», ad assumere il ruolo di *elementi normativi extragiuridici* oppure di *elementi meramente descrittivi (fattuali)*.

Questa alternativa sgorga già dalla considerazione critica dei significati ascritti all'impianto codicistico, sia quello originario sia quello cangiante determinatosi nei successivi settant'anni. Se si cerca una coerenza complessiva al presente, e si respinge l'esclusione dei rapporti fattuali, va revocato in dubbio che il binomio famiglia giuridica-famiglia di fatto sia davvero irriducibile in termini forieri di armonia sul piano penalistico, un'armonia non raggiungibile né tramite l'impostazione originaria sopra ipotizzata, che vi intravede riflesso il rapporto regola-eccezione, né tramite i successivi mutamenti che hanno aggravato le discrasie. Nella stessa concezione originaria si potrebbe forse individuare, invece, alla luce di quanto dianzi esposto, il rapporto inverso: il diritto penale rimane orientato sulle attese sociali di stampo penalistico, e la configurazione giuridica extrapenale della famiglia e relativi rapporti vale non già immediatamente e rigidamente in prospettiva condizionante gli esiti penalistici, ma solo in quanto sia concepibile come riflessiva di tali attese, e comunque secondo una generalizzata apertura di principio alla rilevanza penale del dato fattuale.

Sotto questo aspetto si rivelerebbe non condivisibile l'opinione, formulata in relazione alla tesi che propugna la tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 307, co. 4, c.p. (nozione di prossimi congiunti), secondo cui un codice di stampo autoritario non poteva certo dare spazio alla «famiglia di fatto» (convivente *more uxorio*), mentre oggi si potrebbe far luogo all'interpretazione (però soltanto) analogica (*in bonam partem*, rispetto alla non punibilità sancita dal co. 3 dello stesso articolo o dall'art. 384 c.p., nei confronti del «coniuge»)<sup>327</sup>. In realtà è emerso più sopra che il codice del '30 non era affatto estraneo al riconoscimento di entità familiari di fatto; del resto non si vede la ragione per cui la causa di un ipotetico *disconoscimento* sarebbe la matrice autoritaria di quell'epoca, posto che a una matrice del genere dovremmo anche oggi ricondurre qualsiasi *riconoscimento* (o *disconoscimento*), non importa se legislativo o interpretativo, che coinvolga nel (escluda dal) novero familiare entità che non risultino (o risultino) socialmente legittimate ad entrarvi – come nella cennata ipotesi formulata in relazione ai casi di non-famiglia di fatto.

<sup>327</sup> A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la «famiglia di fatto»: ancora un ingiustificato «diniego di giustizia» da parte della Corte costituzionale?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1996, p. 93 ss.

Vero è che il contesto culturale funge da matrice di scelte giuridicamente rilevanti che, anche quando protagonista ne è l'interprete, solo formalmente soffrono il limite dell'esistenza dei testi sui quali insistono. Il giurista non può non saper bene che l'obiettivo di identificare nel «coniuge» anche il convivente di fatto *more uxorio* si raggiunge agevolmente, volendo, attraverso la ricognizione degli scopi di tutela calati su un elemento testuale che in fin dei conti è lasciato aperto a realtà di fatto oltre che di diritto, in mancanza di precise indicazioni al riguardo; così come egli sa che, volendo, può individuare tali indicazioni impegnando l'intero ordinamento a conformare adeguatamente i valori in gioco. L'opportunismo e comunque l'aporeticità dei criteri impiegati dalla giurisprudenza italiana nelle sue varie pronunzie che definiscono la famiglia e i rapporti familiari, emergono manifestamente dalle più accurate indagini<sup>328</sup>.

Pare quindi preferibile che l'atteggiamento interpretativo rimanga nel quadro della consapevolezza circa la decisività del proprio apporto culturale all'individuazione della norma, e della delicata opera di mediazione tra legge e società che lo coinvolge quando reperisce il diritto penale, una mediazione che investe anche il diritto extrapenale con gli effetti che quest'ultimo produce nella vita concreta. Perciò, allo stato, si può riconoscere, volendo, in quest'ultimo senso il precipitato di una concezione intensamente autonomistica del diritto penale familiare, proiettata su significati ancorati a realtà di fatto, compreso il diritto extrapenale effettivo, una concezione come quella ipotizzata nel secondo corno dell'alternativa qui proposta. Non sarebbe, allora, di principio escluso che le stesse norme penali che indicano rapporti intesi come familiari (soprattutto artt. 307, 540, 649 c.p.; 199 c.p.p.) siano immediatamente riflesse sul dato fattuale, prescindendo dal «pregiudizio» legato all'ambito giuridico extrapenale.

Ne verrebbe, tra l'altro, per esempio, il presupposto per l'attribuzione di una più congrua rilevanza ai rapporti incardinati sull'adozione, la parentela adottiva potendo agevolmente collocarsi, tra l'altro, nel quadro dell'ascendenza o discendenza. Non a caso l'oggettività giuridica dei *reati in materia di adozione e affidamento* viene individuata dalla dottrina nella famiglia concepita in senso funzionale, cioè come formazione sociale *ex art. 2 Cost.*, fuori da prestabiliti modelli istituzionali<sup>329</sup>.

Resta il problema della legalità-tassatività/determinatezza. Esso, peraltro, non si porrebbe di certo in termini di maggior intensità rispetto a quelli che connotano i risultati di altre soluzioni interpretative, a parte pure il rilievo che il giudizio di determinatezza è a sua volta connotato da un alto tasso di «politicità»<sup>330</sup>.

<sup>328</sup> Pittaro, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, cit.

<sup>329</sup> T. Padovani, voce *Adozione e affidamento (reati in materia di)*, in «Digesto delle discipline penali», vol. I, UTET, Torino 1987, p. 51 ss.

<sup>330</sup> F. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 327 ss. In generale v. M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli,

9. *La relativa estromissione della famiglia di fatto (convivenza more uxorio) dal reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.)*

Il «baricentro» della tutela penale approntata per gli obblighi di assistenza familiare rimane ancora rappresentato dal Titolo XI del codice penale<sup>331</sup>, Capo IV dedicato ai «delitti contro l'assistenza familiare», soprattutto l'art. 570 c.p., come ben è simboleggiato dal rinvio cosiddetto *quoad poenam* allo stesso articolo da parte delle leggi complementari che hanno disciplinato penalmente tali obblighi per le ipotesi di separazione, divorzio ecc.

Nell'intenzione codicistica originaria rileva la violazione di doveri di assistenza a contenuto sia patrimoniale, sia non patrimoniale («morale»)<sup>332</sup>, come abbiamo già considerato anche notando come la stretta correlazione tra elementi normativi giuridici ed extragiuridici nella fattispecie di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.) sia in grado di assumere un ruolo attuale nella comprensione dei nuovi modelli familiari odierni. La disciplina non solo era originale e innovativa, per l'epoca<sup>333</sup>, ma rimane anche oggi aperta a originalità e innovazioni interpretative, anche collegandosi alle cennate leggi complementari.

In particolare, la disciplina penale a cosiddetta tutela degli obblighi economici è complessa ma riassumibile come segue, sulla scorta di una recente, puntale ricostruzione critica cui rinviamo per i dovuti approfondimenti<sup>334</sup>: a) *obbligo generale di mantenimento in fase fisiologica della coppia*, che assume rilievo ex art. 570, co. 1 c.p.; b) *obblighi stabiliti dalla legge o concordati dalle parti – e omologati dal giudice – relativi alla fase di separazione personale* (art. 3 l. n. 54/2006); c) *obblighi previsti dalla disciplina sul divorzio* (art. 12 *sexies*, l. n. 898/1970); d) *obblighi in caso di dichiarazione di nullità del matrimonio* (art. 3 l. n. 54/2006); e) *obblighi stabiliti dal giudice per la fase di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, relativamente ai figli nati o*

Torino 1979, *passim*.

<sup>331</sup> Di Martino, *Diritto penale e «crediti da crisi familiare»*. Accessorietà della tutela fra assetti consolidati e recenti modifiche normative, cit., p. 811 ss. V. inoltre E. Antonini, *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Giuffrè, Milano 2007, nonché Id., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nei mutati scenari della famiglia*, in «Diritto penale e processo», 2009, p. 901 ss.; F. Fierro Cenderelli, *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, CEDAM, Padova 2007 (e già Id., *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè, Milano 1984).

<sup>332</sup> V. la *Relazione del Guardasigilli* (Alfr. Rocco) al progetto definitivo del codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. II, Roma 1929, p. 353 ss.; e la *Relazione introduttiva del Presidente della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare* (G. Appiani), in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, pt. I, Roma 1929, p. 456 ss.

<sup>333</sup> L. Monticelli, *Sottrazione di persone incapaci, in I reati contro la famiglia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, UTET, Torino 2006, p. 231 [v. anche Id., *Introduzione ai delitti contro l'assistenza familiare (artt. 570-574)*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. VI, UTET, Torino 2009, p. 485 ss.].

<sup>334</sup> di Martino, *Diritto penale e «crisi familiare»*, cit., p. 877 ss.

*adottati durante il matrimonio* (art. 12 *sexies*, l. 898/1970; art. 4, co. 2, l. n. 54/2006); *f) obblighi stabiliti in sede di «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati»* (art. 4, co. 2, l. n. 54/2006); *g) obblighi speciali*, residuali, come per esempio l'omesso versamento dell'assegno periodico disposto dal giudice *ex artt.* 282 *bis*, co. 3 e 291, co. 2 *bis*, c.p.p., che può trovare sanzione nei congrui casi all'art. 570 c.p.

Qui interessa soltanto riflettere quanto finora abbiamo rilevato riguardo alle concezioni della famiglia e del rapporto familiare, sulle teoriche che propugnano una netta divaricazione delle prospettive di tutela incardinate rispettivamente nella figura di maltrattamenti (art. 572 c.p.) e in quella di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.)<sup>335</sup>. Agli effetti del reato di maltrattamenti, come si è detto, trova considerazione il disconoscimento dei vincoli affettivi e degli interessi umani che legano i componenti di una comunità familiare, collegato non già al carattere «formale» del vincolo, bensì alla qualità e intensità del rapporto interpersonale – *affectio familiaris* – che perciò ricomprenderebbe, tra l'altro, anche i conviventi *more uxorio* accanto ai prossimi congiunti.

Una risposta negativa vien data, tuttavia, alla questione se tali conviventi godano della tutela offerta dall'art. 570 c.p., in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare. Si ravvisa, infatti, la differenza per cui nel primo ambito, art. 572 c.p., rientrerebbero «violazioni di carattere non prettamente patrimoniale o comunque non riferibili all'unità economica della famiglia», le quali, «in quanto espressione della tutela della persona nella famiglia-formazione sociale, rinviengono il proprio referente normativo immediato nei principi costituzionali, potendo, eventualmente, anche non coincidere con la linea di tutela approntata dal legislatore civile». Diversa conclusione si trae riguardo alle «violazioni dell'assistenza familiare», le quali sarebbero «dirette alla tutela della famiglia in sé e per sé, in quanto conseguenze penali della trasgressione degli obblighi civilistici posti a tutela del matrimonio».

Due profili premono in questa sede. Il primo attiene al metodo di estromissione dell'aggregato *more uxorio* e più in genere familiar-fattuale dal novero familiare implicato *ex art.* 570 c.p. – e coinvolge altri profili applicativi problematici, come per esempio la questione sull'implicazione dell'aggregato naturale genitore-figlio. Il secondo concerne la rilevanza della tutela patrimoniale della famiglia.

<sup>335</sup> Per tutti, A. Colli, *La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio nel confronto fra gli articoli 572 e 570 c.p.*, in «Legislazione penale», 1997, p. 668 ss.

9.1. «Qualità di coniuge» e rilevanza del dato antropo-sociologico matrimoniale nel delitto di violazione degli obblighi di assistenza coniugal-familiare; rilevanza fondante del fatto procreativo rispetto agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà genitoriale; parente di fatto e in genere altri rapporti familiari di fatto

La costruzione che distingue radicalmente il reato di maltrattamenti da quello di violazione degli obblighi di assistenza familiare regge nei limiti in cui l'interpretazione dell'art. 570 c.p. rimanga imprescindibilmente ancorata all'esclusiva rilevanza di obblighi formali di assistenza tipici del rapporto matrimoniale, nonché degli altri menzionati dalla norma, tutti da intendersi strettamente correlati al giure civile. La discrasia rilevata rispetto alla figura dei maltrattamenti non trova altra spiegazione se non quella della «frammentarietà» penalistica, che, come precisato, si correla immediatamente alla legalità. Dal principio di legalità, a veder bene, discenderebbe «l'incompatibilità giuridica fra la situazione di obbligo e quella che invece, per volontaria scelta delle parti, si sottrae a qualunque inquadramento in modelli normativi prefissati», incompatibilità che «consente di porre il baluardo della sanzione penale solo a tutela di specifiche situazioni di solidarietà, nel rispetto fondamentale di quegli spazi di libertà che i conviventi si sono dati ponendosi volontariamente fuori dalle garanzie della legge»<sup>336</sup>.

Insomma, i cennati obblighi di fonte fattuale non opererebbero; ma nemmeno opererebbe, è da credere, un regime privatistico formulato *ad hoc* da parte degli interessati alla relazione «paraconiugale» (per così dire).

Resta però inspiegata la ragione per cui il metodo interpretativo adottato al fine di individuare la famiglia-scopo di tutela di cui all'art. 572, laddove l'esigenza legalitaria soffre una notevole compressione, non valga altrettanto bene al fine di cogliere la famiglia-oggetto di tutela di cui all'art. 570 c.p. È curioso che si riconosca nell'art. 570 c.p. un disegno di rafforzamento e salvaguardia dell'istituto *etico*-giuridico della famiglia<sup>337</sup>, e si limiti poi il risvolto etico alle modalità esecutive della condotta sostenendo che esso non basterebbe a far prescindere dalla fonte normativa strettamente giuridica. Del pari curioso è che, una volta concepito l'aggregato *more uxorio* come frutto di una libera scelta di porsi «fuori dalla legge»<sup>338</sup> – espressione, peraltro, quest'ultima, che rischia costantemente di comportare una petizione di principio – lo si estrometta da una norma come l'art. 570 c.p. che richiama ordini extragiuridici, ma lo si inserisca in una norma come l'art. 572 c.p. che adotta un termine, «famiglia», il cui significato è almeno *prima facie*, e quindi fino a prova contraria, costituzionalmente limitato a quello di «società naturale fondata sul matrimonio»

<sup>336</sup> Colli, *La rilevanza*, cit., p. 666 ss.

<sup>337</sup> Colli, *La rilevanza*, cit., p. 668 ss., in relazione a F. Fierro Cenderelli, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. V, UTET, Torino 1991, p. 129 ss.

<sup>338</sup> Colli, *La rilevanza*, cit., p. 670.

(art. 29, co. 1, Cost.); inoltre si noti (anche in vista di quanto si dirà nel paragrafo successivo con riguardo a profili economico-patrimoniali) l'aporeticità di una scelta legislativa che rinvierebbe l'operatività della tutela penale a una scelta di regime privatistico, cosicché ne sarebbe espunto ogni aggregato paraconiugale, perfino quello che coincidesse in buona e sostanziale parte col regime matrimoniale.

Uno sguardo alla storia delle applicazioni giurisprudenziali e dottrinali dell'art. 570 c.p.<sup>339</sup> dimostra che questa disposizione si presta agevolmente a conformarsi secondo la misura che l'interprete intenda attribuire all'intervento statale penalistico nell'ambito familiare, misura più o meno invasiva secondo le epoche e secondo le concezioni di famiglia implicate. Oggi, il problema è (a parte le questioni di riforma), come in sostanza riconosce tutta la dottrina tendendo però a una soluzione negativa, che la giuridicizzazione attuata tramite il rinvio «recettizio»<sup>340</sup> al dato etico dell'«ordine e buon costume delle famiglie» (v. art. 570 c.p.) potrebbe essere intesa nel senso che anche in questo dato va rinvenuto il fondamento degli obblighi tipici che così la norma penale formulerebbe in via affatto autonoma.

Del resto, la soluzione «etica» giuridico-penale sarebbe quanto meno più trasparente di quella che ricorre alla via giuridica extrapenale. Quest'ultima, in definitiva, per il modo nient'affatto legalitario in cui viene intesa dalla dottrina, dovrebbe recare rispetto all'art. 570 c.p. gli stessi risultati che si raggiungono in tema di maltrattamenti. Infatti, si ammette in sostanza di poter immediatamente valorizzare genericissime e non univoche indicazioni costituzionali, come nel caso dell'assistenza ai figli, che sarebbe oggetto di obbligo (*ex* artt. 3, co. 1 e 30, co. 3, Cost.) e penalmente tutelata per il *fatto* della semplice procreazione, a prescindere non solo dalla presenza di un matrimonio ma anche di un riconoscimento volontario o giudiziale<sup>341</sup>. Il che, tuttavia, in Costituzione non sta precisamente scritto, comunque non è escluso, mentre di certo è parte di un'etica diffusissima la quale peraltro probabilmente adotterebbe lo stesso metro anche nei confronti di un rapporto di fatto parafiliale, e pure a scapito di un eventuale, contrastante rapporto giuridico di filiazione. L'attribuzione di rilevanza all'allevamento di fatto<sup>342</sup> non è poi così facilmente ammissibile.

<sup>339</sup> Ampiamente delineata nella ricostruzione critica di Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale*, cit., p. 112 ss.

<sup>340</sup> Delogu, in *Commentario*, cit., p. 388, riguardo al rinvio recettizio al diritto costituzionale e al diritto di famiglia.

<sup>341</sup> Colli, *La rilevanza*, cit., p. 670 ss.; Delogu, in *Commentario*, cit., p. 398 («ogni limitazione deve considerarsi incostituzionale»). Per l'esistenza, nei congrui casi, del limite costituito dall'ottenimento del diritto al mantenimento e all'istruzione, a seguito dell'azione disciplinata dall'art. 279 c.c., v., per tutti, M. Miedico, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in «Digesto delle discipline penali», vol. XV, UTET, Torino 1999, p. 194 ss. Si tratta di una tesi sostenuta più volte anche dalla Corte di Cassazione che ha a riguardo affermato come l'obbligo di contribuire al mantenimento dei figli minori, sanzionato dall'art. 570 c.p., sorge appunto già con la nascita del figlio e non con il suo riconoscimento (Cass., sez. VI, 28 febbraio 2005, n. 7552).

<sup>342</sup> Delogu, in *Commentario*, cit., p. 413 ss.

Allo stesso modo, peraltro, la fonte o costituzionale (*ex artt. 2 e 3 Cost.*) o etica potrebbe agevolmente ancorarsi al diritto o all'etica familiare di cui all'art. 570 c.p., delineando obblighi nei confronti del (ma anche in capo al) convivente *more uxorio*, tramite una mediazione interpretativa che collochi il dato tipico coniugal-matrimoniale in una dimensione piuttosto antropo-sociologica che non giusciviltistica – ciò potrebbe predicarsi anche, e prima, rispetto al riferimento matrimoniale contenuto nella norma costituzionale.

In conclusione, per restare al caso paradigmatico, la «qualità di coniuge» (art. 570, co. 1, c.p.) non ha un significato inequivoco mutuato direttamente dal codice civile, senza possibilità di estensione a rapporti di assistenza morale o materiale di natura non giuridica. L'esclusione discende dall'etica dei giuristi, la quale in genere tende a porsi in dimensione universalizzante. Essa per ora depone in senso tendenzialmente sfavorevole all'inserimento del convivente *more uxorio* nel quadro dell'art. 570 c.p.

#### 10. La dicotomia tra famiglia in senso patrimoniale (concezione giuridica) e famiglia in senso affettivo-personalistico (concezione fattuale)

L'illustrata rigidità interpretativa comunemente adottata nei confronti del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.) troverebbe fondamento, tra l'altro, nella concezione che, ai fini della rilevanza penale, associa l'unità della famiglia a quella del patrimonio *nella* famiglia, il primo termine costituendo lo strumento di realizzazione e conservazione del secondo<sup>343</sup>. La mediazione del giusciviltistico regime patrimoniale tra coniugi sarebbe necessaria per consentire l'accesso alla tutela penale di tipo «familiare», estromettendo totalmente la figura del convivente *more uxorio*. Questa estromissione sarebbe frutto della preminenza dell'interesse economico intonato in senso familiare e riscontrabile sia nell'art. 570 c.p. (in particolare co. 2, n. 1) sia, ma in un distinto senso, nell'art. 649 c.p. (non punibilità di offese patrimoniali aventi rilievo prevalentemente «interno») – nell'art. 649 c.p. troverebbe tutela l'istituzione familiare anche a scapito degli interessi individuali dei suoi singoli componenti, data l'impunità assoluta per chi commette reati contro il patrimonio contro propri familiari: l'esigenza di tutelare l'unità familiare contro le conseguenze disgregatrici che potrebbero derivare dalla persecuzione penale dei responsabili di tali reati prevale sull'esigenza di tutela dei soggetti lesi da tali reati<sup>344</sup>.

Tuttavia, se si riconosce che è superata la predetta concezione, la quale solo originariamente subiva appieno le suggestioni di una unità familiare concepita in senso

<sup>343</sup> Colli, *La rilevanza*, cit., p. 670 ss.

<sup>344</sup> Si veda a riguardo A. Carmona, *Il concetto penalistico di famiglia nel codice Rocco e in una lettura post-costituzionale*, in *Seminari di diritto di famiglia*, a cura di De Tilla, Operamolla, cit., p. 977 ss.

patrimoniale<sup>345</sup>, e si sposta il fuoco della tutela sull'interesse del singolo di cui la relazione familiare è mero strumento di realizzazione, il quadro della fattispecie risulta aperto alla considerazione di rapporti inerenti a famiglie in senso (più) lato. Oltre la famiglia genitore-figlio che – si badi – già è intesa nel menzionato senso, ampliato tramite lo svincolo dal dato testuale che vorrebbe implicare la «responsabilità genitoriale», coerenza imporrebbe che pure la «qualità di coniuge» fosse in grado di superare le strettoie di un esclusivo riferimento al regime matrimoniale giusciviltistico, come ipotizzato nel paragrafo precedente.

Comunque, sfugge complessivamente il senso della penalizzazione «a tappeto», per così dire, degli obblighi civilistici<sup>346</sup>, che si attua pur nella relativa differenza tra da un lato il reato di maltrattamenti e altre figure in cui la nozione di famiglia si allarga esprimendo una spiccata autonomia del diritto penale rispetto al diritto civile, e dall'altro lato i reati di violazione degli obblighi assistenziali, artt. 570 c.p., 12 *sexies* l. 74/87, e 3 l. 54/2006, cioè le figure che presidiano in definitiva le questioni economico-patrimoniali correlate alla crisi familiare. Queste norme penali manifestano una marcata accessorietà rispetto alla disciplina civilistica, assumendo una funzione che tende a essere meramente sanzionatoria di obblighi civilistici, soprattutto per l'interpretazione che in questo senso tendenzialmente esclusivo ne dà la giurisprudenza, non solo estromettendo la famiglia di fatto ma soprattutto disconoscendo una specificità penalistica della violazione, per esempio in termini di reale, concreta e apprezzabile offensività.

Questo «debito» giusciviltistico non corrisponde a valutazioni adeguate sulla meritevolezza di pena, sul bisogno di pena, sull'opportunità di punire, sul principio per cui il diritto penale è *extrema ratio*, quindi sulla necessità di una sussidiarietà del diritto penale che richiederebbe modulazioni della tutela anche tramite sanzioni di impronta civilistica o di impronta amministrativa, magari interdittive oppure ablativo. L'impressione è che il diritto penale sia usato come succedaneo, come stampella di un diritto civile che processualmente non funziona e sostanzialmente non riesce a fornire strumenti di regolazione preventiva adeguati alla realtà delle varie crisi delle pluriverse famiglie odierne. Basti notare che la tradizione del matrimonio inscindibile e malintese concezioni giurisprudenziali fino a tempi recentissimi hanno ostacolato i patti prematrimoniali<sup>347</sup>. D'altra parte sul fronte dell'educazione sociale non c'è alcuna educazione ad alcuna famiglia.

Si potrebbe notare che a una società spiccatamente litigiosa e spiccatamente individualista come quella italiana vanno bene le norme penali accessorie a una disciplina

<sup>345</sup> Fierro Cenderelli, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, cit., p. 129 ss.

<sup>346</sup> L'eccesso emerge bene di recente nella disamina critica di di Martino, *Diritto penale e «crediti da crisi familiare»*, cit., *passim*.

<sup>347</sup> Cass. civ., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713.

civilistica che non sa fare da sé e deve appoggiarsi al penale perché la giurisdizione civile è agonizzante se non integralmente paralizzata.

Ma il discorso va più in là, quando si tratti di apprezzare quale ruolo svolge la minaccia di pena, se sia davvero un mezzo di effettiva prevenzione generale o non si riduca invece a semplice riaffermazione di un valore. Si dovrebbe muovere dal quadro complessivo dei rapporti giuridici tra famiglia e collettività in termini di proporzione tra oneri che la collettività assume in favore della famiglia e dei suoi componenti e oneri che questi assumono in relazione alla famiglia, compresa la soggezione alle norme penali (che a differenza di quelle civili non vengano lette ai nubendi). Si è già avuto modo di accenare alla circostanza che in Italia la famiglia in qualsiasi senso istituzionale è diventata una sorta di «capestro» cui le persone più avvedute in termine di realismo socio-economico tendono a sfuggire o comunque dovrebbero opportunamente farlo, perché la famiglia è penalizzata non solo a causa del diritto penale ma a causa ancor prima della disciplina che le vien data in relazione al rapporto sociale e soprattutto al rapporto economico verso la collettività e tra i componenti della famiglia stessa. La famiglia è una fonte economica cui attingere nel suo corso per così dire fisiologico, senza che sia facilitata la sua esistenza e permanenza e sopravvivenza in modo neanche lontanamente proporzionale alla sua pur, ma solo a parole, riconosciuta, imprescindibile funzione sociale; e i suoi componenti diventando succedanei dell'intervento collettivo nel momento della crisi familiare, della quale la collettività tende a non prendere alcun carico, tanto meno sul versante economico, riversandolo su qualche familiare secondo criteri parziali, insoddisfacenti, a volte palesemente assurdi, in genere stabiliti *ex post* e troppo spesso imprevedibili nell'esito da parte della media dei consociati.

Tutto questo mentre la famiglia anche perciò si trasforma rendendosi irriconoscibile rispetto all'immagine tradizionale: un quarto delle famiglie è formato da un solo individuo, quasi un altro quarto da coppie senza figli, e per il resto da una maggioranza di coppie con un unico figlio e da un numero crescente di famiglie con un solo genitore, secondo un'evoluzione che peraltro vede aumentare le famiglie di provenienza straniera e in particolare extracomunitaria, aventi cultura del tutto diversa non solo rispetto ai divieti penali per noi elementari ma anche rispetto agli obblighi civilistici.

Lo scollamento tra diritto e società è manifesto. Il diritto, compreso quello penale, mantengono una funzione simbolica ma il simbolo sta diventando insignificante come lo sono le simbologie degli antichi affreschi delle chiese, che una volta trasmettevano un messaggio chiaro anche agli ignoranti, mentre oggi sono muti anche per i sapienti.

In questo quadro si agitano soluzioni giurisprudenziali rigorose, generalmente rigoristiche, talora eccessive per il loro formalismo, occasionalmente addirittura pericolanti verso un'utilizzazione del diritto penale in chiave moraleggiante. Anche di

recente la dottrina<sup>348</sup> propone che si facciano indagini per vedere se diritto penale garantisca effettivamente da inadempienze, e si propongono modifiche nel senso della tutela graduata cui ho già accennato, nonché nel senso dell'abrogazione del comma primo dell'art. 570 c.p., mentre più in generale si resta in attesa che la giurisprudenza realizzi effettivamente una adeguata applicazione sia del principio di colpevolezza sia del principio di reale e concreta offensività del fatto, che a parole esiste ma nelle aule giudiziarie si ha la netta impressione continui a latitare.

### *11. Ambiti rilevanti di discrezionalità legislativa in materia familiare: la difesa «penale» della famiglia legittima coniugale da parte della Corte costituzionale*

Si è sopra ricordato che secondo l'opinione prevalente il rilievo costituzionale della famiglia non costituisce da sé ragione sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione in materia di famiglia, obblighi il cui inadempimento possa trovare «sanzione» tramite interventi normativo-additivi della Corte costituzionale, in senso penalizzante.

La Corte manifesta ritrosia ad accogliere le sollecitazioni dei giudici remittenti in tema di riconoscimento penalistico dei rapporti di convivenza *more uxorio*, specie con riguardo a pretese estensioni dell'esimente prevista dall'art. 384, co. 1, c.p. Inoltre la Corte respinge anche altre sollecitazioni fondate in uno su valori familiari ed esigenze di uguaglianza di trattamento, come in tema di procedibilità a querela. Tutto ciò nonostante di principio nella giurisprudenza costituzionale (sent. n. 237/1986) si trovi ammesso che «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare – anche a sommaria indagine – costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost)»; ciò non comporta finora conseguenze significative.

In definitiva, l'amplissima discrezionalità legislativa in materia familiare risulta rafforzata in esito all'incontro con le ragioni penalistiche di stretta legalità. Non a caso solo in ambito extrapenale si verificano significative aperture della giurisprudenza, fino al limite della forzatura, come in tema di costituzione di parte civile da parte del familiare di fatto.

Ciò esalta l'incoerenza ordinamentale che qui fin dall'inizio è stata rilevata, e conclusivamente è giocoforza ribadire. Interessa però notare, venendo ora alle cennate sorti penalistiche della convivenza *more uxorio* nella prospettiva della Consulta, che, stanti le indicate incoerenze del diritto penale vivente quanto alla disciplina concernente la famiglia di fatto, i giudici, anziché rivedere le proprie soluzioni tendendo a una qualche coerenza, costantemente propongono alla Corte costituzionale talune

<sup>348</sup> di Martino, *Diritto penale e «crediti da crisi familiare»*, cit., p. 884 ss. (con ult. ind.).

questioni rivolte ad ottenere pronunzie unificatrici nel senso della valorizzazione di rapporti familiari fattuali – ma sempre monotonicamente nel caso del convivente *more uxorio*.

La Corte però, a parte qualche significativo monito al legislatore, difende, in uno con i significati acquisiti in giurisprudenza, la discrezionalità legislativa. La Corte difende sia la non identità di famiglia fattuale e famiglia istituzionale (matrimoniale) – quest'ultima ritenuta connotata di principio da una certa priorità gerarchico-costituzionale –, sia il limite del proprio intervento in materia penale (additività) anche in ipotesi di analogie che fondino una comparabilità in funzione del controllo di ragionevolezza riguardo a casi particolari<sup>349</sup>.

Pertanto, la questione di costituzionalità si rivela uno strumento controproducente rispetto agli indirizzi manifestati dai giudici *a quibus*. Essa sortisce l'esito di cristallizzare il diritto vivente conferendogli una patente di costituzionalità la quale viepiù ostacola mutamenti delle rotte interpretative, anche se di principio non li esclude. Sotto questi profili risultano più apprezzabili certi tentativi estensivi che di recente si sono realizzati in ambito civilistico. Intanto preme notare che, in mancanza di riforme, ancora oggi l'impedimento alla codificazione penale (che è divenuto impossibilità di ricodificare su basi di largo consenso) finisce con l'assicurare spesso alla famiglia il ruolo di istituzione della società statualistica<sup>350</sup>. Peraltro, a ben vedere questo ruolo oggi risulta a molti già sulla base della Carta, a partire dalla Consulta la quale indifferentemente lo difende, vuoi in materia di incesto vuoi in materia di non punibilità *ex art.* 384 c.p. Il portato costituzionale pare quindi aver di fatto decisamente influito sulla conservazione e rivitalizzazione di parte essenziale dell'impostazione codicistica pre-repubblicana, nonostante quest'ultima sia stata ripudiata per certi pur importanti versi.

Degno di nota è il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p., in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, con riguardo alla parte in cui tale articolo non stabilisce la non punibilità di certi fatti di reato contro il patrimonio (Titolo XIII del Libro II c.p.) commessi in danno del convivente *more uxorio*.

<sup>349</sup> Riguardo all'art. 384 c.p. (e 307 c.p.): Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in «Giurisprudenza costituzionale», 1996, p. 81 ss., con commenti critici di Manna, cit. e di M. Zanotti, e in «Famiglia e diritto», 1996, p. 107, con commento critico di G. Ferrando; Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in «Cassazione penale», 1987, p. 681, con nota critica di Luccioli, cit. Riguardo all'art. 649 c.p.: Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1185; Corte cost., 7 aprile 1988, n. 423, in «Giurisprudenza costituzionale», 1988, p. 1941, con commento critico di G. Marini. Riguardo all'art. 350 c.p.p. del 1930 (oggi superato: v. art. 199 c.p.p. 1988): Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 6, cit. V. inoltre Corte cost., 11 luglio 2000, n. 313 (in «Giurisprudenza costituzionale», 2000, p. 2367 ss.), che in tema di divieto di espulsione dello straniero ha respinto l'equiparazione tra parente convivente, da un lato, e dall'altro lato convivente *more uxorio* di cittadino italiano.

<sup>350</sup> Criticamente, Uccella, *La tutela penale della famiglia*, cit., p. 117 ss.; Resta, *Atteggamenti verso la codificazione*, cit., p. 139 ss.; Marra, Pavarini, Villa, *La codificazione impedita*, cit., p. 258 ss.

Il G.I.P. del Tribunale di Imperia<sup>351</sup>, nel corso di un procedimento a carico di persona imputata del reato di circonvenzione di persone incapaci in danno della propria convivente *more uxorio*, ha notato che la norma denunciata – nel sancire la non punibilità dei delitti contro il patrimonio commessi in danno di determinati congiunti, tra cui il coniuge non legalmente separato – pur se trova la sua *ratio* nella comunanza degli interessi economici nell'ambito della famiglia o nell'esigenza di evitare turbamenti nelle relazioni familiari, tuttavia, stante il tempo in cui fu emanata, non poteva contemplare istituti o situazioni di fatto il cui rilievo sociale è emerso solo in epoca posteriore, quale, appunto, la convivenza *more uxorio*: rapporto, quest'ultimo, cui l'ordinamento civile ha collegato, a tappe successive, plurimi effetti giuridici, i quali andrebbero ormai riverberandosi anche nel settore penale. Particolarmente significativo risulterebbe, in tale direzione – ad avviso del rimettente – l'art. 199, co. 3, lett. a) del nuovo codice di procedura penale, che, recependo le sollecitazioni sociali, ha parificato al coniuge, agli effetti della facoltà di astensione dalla testimonianza, «chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso»: e ciò nella cornice di una previsione normativa finalizzata a tutelare il sentimento familiare, evitando che colui il quale è chiamato a testimoniare venga a trovarsi nell'alternativa tra mentire o nuocere al congiunto. Tra le due disposizioni – l'art. 649 c.p. e l'art. 199, co. 3, lett. a) c.p.p. – potrebbe in effetti istituirsi un puntuale parallelo sul piano della *ratio*, in quanto entrambe sanciscono la prevalenza dell'unità della famiglia sulle esigenze di giustizia della collettività: prevalenza che, peraltro, sarebbe ancor più giustificata allorché offeso dal reato sia lo stesso congiunto dell'imputato. Su tali premesse, il giudice *a quo* ha ritenuto irragionevolmente discriminatoria la diversità di disciplina fra i reati commessi in danno del coniuge non legalmente separato, non punibili ai sensi dell'art. 649, co. 1, c.p., e quelli commessi in danno del convivente *more uxorio*, per i quali si procede di contro *ex officio*, anche quando la convivenza presenti le caratteristiche cui l'ordinamento condiziona il riconoscimento di effetti (stabilità del legame affettivo, comunanza materiale e spirituale, reciproca assistenza e solidarietà).

La Corte costituzionale ha respinto la questione per infondatezza. Posto che le censure del giudice *a quo* atenevano esclusivamente alla violazione dell'art. 3 Cost. (l'asserito contrasto con l'art. 24 Cost. non era motivato e rappresentava, comunque, un mero riflesso della denuncia della norma impugnata sul piano del rispetto del principio di uguaglianza), la Corte si è richiamata a quanto già in più occasioni affermato – anche con specifico riferimento al disposto dall'art. 649 c.p. –, cioè che la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale, e a questo non meccanicamente assimilabile al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento. Essa, infatti, manca dei caratteri di stabilità e certezza propri del vin-

<sup>351</sup> G.I.P. Trib. Imperia, 6 maggio 1999, n. 465, Limo, in «Gazzetta ufficiale», prima serie sp., n. 38/1999.

colo coniugale, essendo basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile (sentt. n. 8/1996, n. 423/1988; ord. n. 1122/1988). In tale prospettiva, per la Corte non è irragionevole e arbitrario che – particolarmente nella disciplina di cause di non punibilità, quale quella in esame, basate sul «bilanciamento» tra contrapposti interessi: «quello alla repressione degli illeciti penali e quello del valore dell'unità della famiglia, che potrebbe essere pregiudicato dalla repressione» – il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 Cost., e per la convivenza *more uxorio*. Infatti, verrebbero in rilievo, con riferimento alla prima, a differenza che rispetto alla seconda, non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'«istituzione familiare», basata sulla stabilità dei rapporti (sent. n. 8/1996), di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente, ravvisata da alcuni nell'art. 649 c.p. Di qui, secondo la Corte, l'impossibilità di qualificare come illogica e «discriminatoria» la mancata estensione del medesimo regime a una situazione di fatto quale la convivenza *more uxorio*.

Né – prosegue la Corte – a inficiare la validità della conclusione vale il rilievo della parificazione del convivente al coniuge riguardo alla facoltà di astensione dalla testimonianza, parificazione operata dall'art. 199 c.p.p. (parificazione per vero ampia, ma non totale, giacché per il convivente, a differenza che per il coniuge non legalmente separato, la facoltà di astensione è limitata dalla legge ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza), non potendosi far discendere dalla norma invocata dal giudice *a quo* come termine di raffronto un principio di assimilazione dotato di *vis* espansiva fuori del caso considerato. Al riguardo la Corte si rifà alla relazione ministeriale al progetto di nuovo codice di procedura penale, laddove la facoltà di astensione riconosciuta al convivente *more uxorio* si connette anche all'invito a suo tempo formulato dalla stessa Corte, la quale – nel dichiarare infondata, *in parte qua*, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 350 c.p.p. del 1930 (costituente l'antecedente storico dell'art. 199 c.p.p. 1988) – aveva auspicato una valutazione del legislatore riguardo alla tutela da accordare agli interessi connessi al rapporto di convivenza (sent. n. 6/1977). La soluzione in concreto adottata rappresenta il frutto di una scelta rispetto all'alternativa – pure prospettata in iniziative legislative rimaste senza seguito – di incidere sulla definizione generale della nozione di «prossimi congiunti», offerta dall'art. 307, co. 4, c.p., includendovi anche il convivente. In sostanza, con apprezzamento discrezionale non censurabile, il legislatore penale avrebbe preferito limitare l'assimilazione a singole situazioni ben individuate (come egualmente sarebbe avvenuto, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, in rapporto alla circostanza aggravante dei delitti di prostituzione e pornografia minorile di cui all'art. 600 *sexies*, co. 2, c.p., aggiunto dalla legge 3 agosto 1998, n. 269 – *Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*), anziché pro-

cedere a un «allineamento» generale ed indiscriminato dei due rapporti.

La Corte ha disatteso, inoltre, anche l'argomento che il rimettente aveva tratto dall'asserita identità di *ratio* fra le due norme poste a confronto – l'art. 199 c.p.p. e l'art. 649 c.p. A detta della Corte la disposizione del codice di rito sancisce, sì, la prevalenza delle relazioni affettive familiari sull'interesse della collettività alla punizione dei reati, ma in un'ottica di preminente salvaguardia del membro della famiglia chiamato a rendere testimonianza, al quale è riconosciuta la facoltà (esercitabile o meno, sulla base del proprio personale apprezzamento) di sottrarsi al relativo obbligo e, così, all'alternativa fra deporre il falso o nuocere al congiunto. Tale facoltà resta peraltro esclusa, in virtù dell'espresso disposto dell'art. 199, co. 1, secondo periodo, c.p.p., quando l'interessato (o un suo prossimo congiunto) sia offeso dal reato. Perciò risulterebbe privo di pregio l'*argumentum a fortiori* evocato dal giudice *a quo*, secondo cui il riconoscimento della preminenza dell'interesse della famiglia sull'interesse pubblico al perseguimento degli illeciti penali, sotteso alla previsione processuale in parola, si imporrebbe a maggior ragione – rendendo così irrazionale il disallineamento della sfera soggettiva di operatività delle due norme – nelle ipotesi avute di mira dall'art. 649 c.p. (ipotesi nelle quali il congiunto è, per l'appunto, offeso dal reato). Di contro, la disposizione del codice penale, almeno con la radicale esclusione della punibilità sancita dal primo comma, «protegge l'istituzione familiare in una prospettiva in certo qual senso inversa, e, cioè, anche ad eventuale discapito del singolo componente, il quale viene privato della tutela penale offerta dalle norme incriminatrici poste a presidio del patrimonio pure se abbia, nel caso concreto, un personale interesse alla punizione del colpevole». La Corte ha quindi affermato che la non omogeneità della situazione regolata dalla disposizione assunta come *tertium comparationis* impedisce di ravvisare il censurato profilo di irragionevolezza.

La Corte non ha mancato, infine, di rilevare che in analoga occasione – nella quale era parimenti in discussione la razionalità dei limiti soggettivi di applicazione della causa di non punibilità prefigurata dall'art. 384, co. 1, c.p., nel confronto con il disposto dell'art. 199, co. 3, lett. a), c.p.p. – era stato chiarito che un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità, la quale assumesse a base la pretesa identità di posizione tra convivente e coniuge, rispetto all'altro convivente o coniuge, avrebbe «effetti di sistema eccedenti l'ambito del singolo giudizio di costituzionalità». Si aprirebbe infatti in tal modo il problema dell'estensione al convivente – talora anche *in malam partem* (artt. 570, 577, ult. comma, 591, ult. comma, 605 c.p.) – del complesso delle disposizioni della legge penale sostanziale e processuale (e anche della legge extrapenale) che, a diversi fini, fanno riferimento al rapporto di coniugio (sent. n. 8/1996): opera di revisione, questa, che esorbiterebbe dai compiti e dai poteri della Corte.

Più di recente, la Corte ha avuto modo di negare fermamente l'automatica equiparabilità, sia in ambito civile che in ambito penale, tra famiglie legittime e famiglie di fatto, ribadendo la necessità, per realizzare un'estensione della tutela quantomeno

penale anche ai nuovi aggregati familiari alternativi che si vanno oggi diffondendo, e tra essi affiora ampiamente l'unione omosessuale, di un intervento *ad hoc* del legislatore, dal momento che il dettato costituzionale che riconnette univocamente la nozione di famiglia al legame legittimo tra uomo e donna non può essere superato in via ermeneutica dalla giurisprudenza.

La Corte ha riaffermato l'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p.<sup>352</sup> ai soli «prossimi congiunti» nell'accezione tradizionale del termine, e quindi limitata ai soli membri della famiglia legittima, confermando così una posizione già assunta in precedenti pronunce sullo stesso punto.

In particolare il giudice delle leggi ha considerato non fondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 384 c.p. sollevata in relazione alla presunta violazione degli articoli 2, 3, 29 Cost. nella parte in cui tale norma non contempla, tra i soggetti che possono beneficiare della scriminante, anche il convivente *more uxorio*.

Il collegio giudicante ha in quest'occasione ribadito la diversità sostanziale sussistente tra la famiglia legittima, riconosciuta e tutelata dall'art. 29 Cost., e qualsiasi altra forma di unione solidaristico-affettiva non formalizzata, che trova rilevanza solo come formazione sociale ove si esprimono i diritti inviolabili degli individui: tale difformità giustificerebbe una diversità di trattamento tra aggregati familiari legittimi e di fatto, senza che le scelte discrezionali operate dal legislatore in tal senso possano essere censurate per violazione del dettato costituzionale.

Nel caso di specie in particolare, la Corte ritiene che l'estensione di una causa di non punibilità comporti un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti che appartiene in primo luogo al legislatore ordinario, il quale è chiamato a contemperare, da un lato, l'esigenza di repressione dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e, dall'altro, la tutela del vincolo solidale-affettivo sussistente all'interno dell'aggregato familiare. Se già nel disegno codicistico originario tale ponderazione si è risolta in favore della famiglia legittima, degna di protezione e riconoscimento come istituzione costituzionalmente tutelata, lo stesso non si può dire per la famiglia di fatto, non avendo a oggi il legislatore ordinario ritenuto di riconoscere una pregnanza tale ai vincoli affettivi che legano i suoi componenti, da giustificare un'estensione della causa di non punibilità anche in loro favore. Per la

<sup>352</sup> Corte cost., 8 maggio 2009, n. 140, in *Corte Costituzionale sito ufficiale*, 2009. Si veda anche Corte cost., 20 aprile 2004, n. 121, in «Famiglia e diritto», 2004, p. 329 ss. con commento di P. Pittaro, *Il convivente more uxorio non può considerarsi prossimo congiunto ai fini della non punibilità del favoreggiamento personale*; v. inoltre Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, cit., p. 578 ss.; Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 689 ss. Sul punto manca invece una pacifica giurisprudenza di Cassazione: si vedano Cass., sez. VI, 28 settembre 2006, n. 35697, in «Rivista penale», 2007, p. 156, che nega l'applicabilità al convivente *more uxorio*, resosi responsabile di favoreggiamento personale nei confronti dell'altro convivente, della causa di non punibilità operante per il coniuge; *contra* Cass., sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 22398, in «Cassazione penale», 2005, p. 2231, la quale ammette invece che anche la convivenza *more uxorio* possa dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante di cui all'art. 384 c.p.

Corte la previsione di trattamenti differenziati tra famiglie legittime e di fatto si deve considerare, al di fuori di specifici casi ove si rende necessaria una identità di disciplina, pienamente legittima e pacificamente rientrando nella sfera di discrezionalità del legislatore: l'affermazione della pretesa identità di posizione tra convivente e coniuge sarebbe del resto, secondo i giudici, la premessa per una totale equiparazione tra le due situazioni, che non corrisponde alla visione fatta propria dalla Costituzione.

La Corte è tornata a pronunciarsi sulla non identità tra famiglia e unioni di fatto anche con riferimento alla presunta illegittimità di norme civilistiche, cogliendo l'occasione per ribadire la sua volontà di rimanere fedele al modello tradizionale di famiglia, pur senza restare insensibile alle istanze di rinnovamento ormai diffuse sul piano sociale.

Si è posta una questione di costituzionalità relativa a quelle norme del codice civile che, non consentendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso (artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*, c.c.) risulterebbero lesivi degli articoli 2 e 29 Cost. La Corte ha in questa occasione preso atto che non esiste nell'ordinamento una esplicita definizione di matrimonio, la quale pertanto deve essere mutuata per via esegetica dalla realtà sociale, e che la possibilità di contrarre matrimonio con la persona prescelta esprime un diritto inalienabile di ogni essere umano non comprimibile sulla base di alcuna discriminazione di tipo sessuale, ma si è vista costretta a concludere che «non spetta al giudice dare veste istituzionale, o comunque rilevanza giuridica, ai mutamenti intervenuti nel costume e nella sensibilità sociale, al di là di quanto rientra nel ragionevole esercizio della funzione ermeneutica»<sup>353</sup>. Nella sentenza 2010 n. 138<sup>354</sup>, la Corte si era così espressa: «Pur non potendosi ritenere i concetti di “famiglia” e “matrimonio” cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi, l'interpretazione delle norme costituzionali non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata (la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea Costituente); di conseguenza, non è possibile superare il significato di matrimonio inteso dal precetto costituzionale come unione tra due persone di sesso diverso per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa».

Stante dunque la rinuncia della Corte a qualsiasi estensione giurisprudenziale della disciplina prevista a tutela della famiglia legittima anche alle unioni di fatto,

<sup>353</sup> Corte cost., 7 luglio 2010, n. 276, in «Il civilista», 2010, p. 10 ss. A riguardo si legga L. Morlotti Bonetti, *Il no della Consulta al matrimonio gay*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2010, p. 1505 ss.

<sup>354</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in «Il Foro italiano», 2010, c. 1361 ss.

è a tutt'oggi rimessa *in toto* a variabili e incoerenti scelte legislative l'allargamento dell'orizzonte riguardo alla definizione di famiglia da accogliersi sia agli effetti civili che agli effetti penali. Se fino ad oggi il legislatore mai è intervenuto a estendere esplicitamente anche alle unioni di fatto le norme poste a tutela della famiglia nel titolo a ciò specificamente dedicato, tale ampliamento è stato invece operato altrove. Si veda per esempio l'art. 600 *sexies* c.p. ove si è estesa al convivente un'aggravante in tema di pornografia minorile, o all'art. 199 c.p.p. che ha esteso al convivente dell'imputato la facoltà di astensione dalla testimonianza<sup>355</sup>.

*12. (segue) L'esimente «familiare» (art. 384, co. 2, c.p.) non contempla il «prossimo congiunto» che sia falso testimone nel processo civile*

Un'ulteriore conferma della menzionata, peculiare forza di resistenza del diritto penale della famiglia nella prospettiva della Consulta, si può trarre dagli esiti di una questione concernente una diversità di trattamento riservata al «prossimo congiunto» falso testimone nel processo *civile*, il quale non può giovare nei congrui casi dell'esimente prevista dall'art. 384, co. 2, c.p., secondo cui la punibilità per il reato di falsa testimonianza è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere assunto come testimone ovvero avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal testimoniare. Questa limitazione deriva dalla normativa processualcivile che non prevede un regime speciale assimilabile a quello che l'art. 199 c.p.p. dispone in merito alla testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato, che ha facoltà e non obbligo di testimonianza, e comunque deve essere avvertito della facoltà di astenersi dalla testimonianza.

La Corte costituzionale ha al riguardo ribadito che il legislatore mantiene ogni facoltà di scelta tra le molteplici opzioni che nella specifica materia sono ipotizzabili<sup>356</sup>.

Nel caso, il G.I.P. presso il Tribunale di Venezia<sup>357</sup> ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, co. 2, e 29 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 249 c.p.c., nella parte in cui, nel disciplinare la facoltà di astensione dei testimoni attraverso il rinvio alle disposizioni sul diritto e sul dovere di astenersi dal testimoniare nel processo penale (artt. 351 e 352 c.p.p. del 1930, abrogato; ora artt. 200-202 del nuovo c.p.p.), non richiama anche la menzionata facoltà di astenersi dal testimoniare dei prossimi congiunti nel processo penale (art. 350 del codice abrogato e art. 199 del nuovo codice), con il ridetto avvertimento della facoltà di astenersi. La

<sup>355</sup> Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, cit., p. 588 ss.

<sup>356</sup> Corte cost., 17 giugno 1997, n. 205, in «Giurisprudenza costituzionale», 1997, vol. II, p. 1961 ss.

<sup>357</sup> G.I.P. Trib. Venezia, ordinanza 23 febbraio 1996, in «Gazzetta ufficiale», prima serie speciale, n. 28/1996.

disciplina del processo civile – rileva il giudice – originariamente prevedeva il divieto di testimoniare dei parenti in linea retta (art. 247 c.p.c.), sicché la disposizione relativa alla facoltà di astensione dei testimoni, rinviando alle regole del processo penale, non poteva comprendere quella riconosciuta ai prossimi congiunti. Tuttavia, venuto meno il divieto di testimoniare, essendo stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 247 c.p.c. (sentenza n. 248 del 1974), in assenza di una disciplina speciale, che non aveva ragione di essere prevista in precedenza, vale la regola generale e quindi sussiste l'obbligo anche dei prossimi congiunti di deporre nel processo civile, senza che operi, per essi, la facoltà di astenersi dal testimoniare, come nel processo penale.

Orbene, ad avviso del giudice remittente, questa disciplina determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento, perché non verrebbe dato alcun rilievo ai vincoli familiari, mentre la facoltà di astensione è riconosciuta per altre situazioni nelle quali sarebbe doveroso il riserbo (segreto professionale e segreto d'ufficio); tanto più che la facoltà di astenersi dal deporre viene riconosciuta ai prossimi congiunti nel processo penale, nel quale la tutela dei vincoli familiari prevarrebbe sulla pretesa punitiva. Nel processo civile, invece, l'obbligo di deporre sacrificerebbe totalmente i rapporti familiari, che la Costituzione salvaguarda (art. 29 Cost.), al dovere di dire la verità, senza che siano contemperate in alcun modo le diverse esigenze. Inoltre, una volta caduto il divieto, per i prossimi congiunti, di testimoniare nel processo civile, l'incompleto coordinamento di norme non consente di applicare l'esimente prevista dall'art. 384, co. 2, c.p. Risulterebbe così leso il diritto di difesa, inteso non come diritto alla difesa tecnica, ma, in senso ampio, come diritto di giovare delle norme più favorevoli che l'ordinamento ha previsto per una particolare categoria di testimoni.

La Corte costituzionale aveva già ritenuto la questione inammissibile (sentenza n. 352 del 1987), ritenendo che i problemi posti in relazione a tale norma restino affidati al legislatore, dato che la disciplina del diritto di non testimoniare nel processo penale (art. 350 c.p.p. del 1930) comprende regole che non possono essere estese al processo civile. Ma il GIP del Tribunale di Venezia ha proposto nuovi argomenti ponendo l'omessa facoltà di astensione in relazione con l'esistenza del divieto di deporre, originariamente previsto (art. 247 c.p.c.) per le persone legate da vincolo di parentela con le parti in giudizio; divieto ispirato a una aprioristica valutazione negativa di credibilità del testimone, poco compatibile con il principio del libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove ed in contrasto con il diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione. Una volta superato tale divieto, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione che lo prevedeva (sentenza n. 248 del 1974), sarebbe venuto a mancare del tutto qualsiasi rilievo dei vincoli familiari, in relazione al generale dovere di prestare testimonianza; vincoli che il legislatore considera, invece, nell'assicurare la facoltà di astenersi dal deporre nel processo penale.

Secondo la Corte costituzionale, è bensì vero che l'ordinamento, riconoscendo

anche in altre particolari situazioni le esigenze di tutela dei diritti della persona, ammette l'esenzione dal dovere di testimoniare quando la deposizione possa incidere su taluni beni costituzionalmente protetti, e considera, nella sua complessiva articolazione, anche la salvaguardia della famiglia, nel rispetto dei doveri di solidarietà che ne derivano. Ma – prosegue la Corte – lo stesso ordinamento disciplina, poi, casi, estensione e modalità dell'esenzione dal testimoniare, bilanciando i diversi interessi in gioco, in modo da salvaguardare anche il diritto alla prova, quale strumento del diritto di difesa, e il processo. Sicché – conclude la Corte – la stessa prospettazione della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, conduce necessariamente ad una pronuncia di inammissibilità, in presenza di una pluralità di scelte e di modelli che il legislatore può adottare; mentre, con riferimento all'art. 24, co. 2, Cost., la questione è manifestamente infondata, giacché, quale che sia l'ampiezza da riconoscere al diritto di difesa, questo non può comprendere la pretesa all'estensione di cause di non punibilità inerenti alla disciplina sostanziale delle figure di reato.

Su questi stretti punti non viene un grande aiuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>358</sup>. La Corte, osservando che il diritto di astensione costituisce un'eccezione al generale dovere di testimoniare, deduce che tale diritto può essere limitato e soggetto a condizioni e formalità, allo scopo di individuare chiaramente le categorie dei beneficiari dell'esenzione, confinando la stessa a legami che siano verificabili oggettivamente. Pertanto, l'esclusione delle «coppie di fatto» deve considerarsi legittima. Queste ultime, infatti, non devono necessariamente godere di un trattamento giuridico identico a quello di una coppia sposata (o registrata), dalla quale si differenziano proprio per l'assenza di formalità. Nel caso di specie, risulta che la ricorrente avrebbe avuto la concreta possibilità di formalizzare la propria unione; avendo scelto di non farlo, ne deve accettare le conseguenze, tra le quali vi è quella in oggetto.

### 13. (segue) *La procedibilità a querela non riguarda il reato di omesso versamento dell'assegno al coniuge divorziato o separato*

Puntuali verifiche della Corte costituzionale, in materia di discrezionalità legislativa, vi sono state anche con riguardo alla procedibilità d'ufficio per il reato di omessa corresponsione dell'assegno al coniuge divorziato (art. 12 *sexies*, legge 1 dicembre 1970, n. 898 – *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, come aggiunto dall'art. 21, legge 6 marzo 1987, n. 74 – *Nuove norme sulla disciplina dei casi di*

<sup>358</sup> CEDU, grande camera, sentenza 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda. Alla sentenza sono allegare, oltre ad una *concurring opinion*, due elaborate *dissenting opinions*, le quali ravvisano una violazione dell'art. 8 CEDU, da solo e in combinazione con l'art. 14.

*scioglimento di matrimonio*). La Corte<sup>359</sup> ha disatteso la censura secondo cui sarebbe ingiustificata l'assenza della previsione (all'epoca pacificamente ritenuta, secondo il diritto vivente<sup>360</sup>) della procedibilità a querela, querela cui è subordinata la procedibilità per l'analogo reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.).

Alcuni Pretori<sup>361</sup> hanno a più riprese sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale del citato art. 12 *sexies* nella parte in cui, disponendo che al coniuge che si sottrae all'obbligo di corrispondere l'assegno fissato con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si applicano le pene stabilite dall'art. 570 c.p., non prevede che il reato sia punibile a querela della persona offesa. Ad avviso dei giudici, il rinvio all'art. 570 cit., contenuto nella disposizione denunciata, riguarderebbe soltanto le pene previste per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, ma non comprenderebbe la disciplina della punibilità del reato a querela della persona offesa; su questa base, ritengono che il reato previsto dall'art. 12 *sexies*, l. n. 898/1970 sia perseguibile d'ufficio anche quando riguardi l'inadempimento in danno dell'*ex* coniuge, a differenza del delitto previsto dall'art. 570 c.p., che è analogo quando la violazione degli obblighi di assistenza familiare consista nella mancata corresponsione dei mezzi economici necessari al mantenimento del coniuge convivente o legalmente separato. Denunciano quindi la lesione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela accordata alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), giacché la procedibilità a querela soltanto del delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), e non invece dell'analogo reato commesso dal coniuge divorziato, determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento e rafforzerebbe la tutela dell'*ex* coniuge sotto il profilo delle modalità di impulso processuale del reato, mentre minore sarebbe la protezione del coniuge convivente o separato.

La Corte costituzionale è di diverso avviso. Come chiaramente emerge anche dall'ultima delle menzionate sentenze costituzionali, secondo la Corte la questione prospettata coglie, nelle situazioni poste a raffronto, solamente l'aspetto della diversa procedibilità del reato, senza considerare altri elementi di diversità della disciplina,

<sup>359</sup> Corte cost., 27 ottobre 1999, n. 423, in «Giurisprudenza costituzionale», 1999, vol. IV, p. 3717 ss.; Corte cost., 10 luglio 1995, n. 325, in «Giurisprudenza costituzionale», 1995, vol. II, p. 2492 ss. Pure le differenze di trattamento determinatesi fra la tutela penale per i crediti spettanti in caso di divorzio e la tutela penale per le prestazioni dovute in caso di separazione personale dei coniugi sono state esaminate dalla Corte e ritenute, quanto ai profili sostanziali, non in contrasto con l'art. 3 della Costituzione (Corte cost., 19 luglio 1989, n. 472, in «Giurisprudenza costituzionale», 1989, vol. I, p. 2217 ss.).

<sup>360</sup> In seguito la giurisprudenza di legittimità ha occasionalmente affermato la procedibilità a querela (Cass., sez. VI, 2 marzo 2004, Cappellari, in *CED Cas.*, 229636). V. per tutti, criticamente, di Martino, *Diritto penale e «crediti da crisi familiare»*, cit., p. 854 ss.

<sup>361</sup> Per tutti, Pret. Ancona, 18 settembre 1998, in «Gazzetta ufficiale», prima serie sp., n. 12/1999; Pret. Milano, 3 ottobre 1994, n. 79, in «Gazzetta ufficiale», prima serie sp., n. 8/1995.

relativi anche alle condotte penalmente sanzionate, rispettivamente, dall'art. 12 *sexies* della l. n. 898 del 1970 e dall'art. 570 c.p.; sicché l'intervento richiesto non renderebbe omogenee le discipline poste a raffronto, ma, riguardando soltanto il regime della procedibilità, toccherebbe esclusivamente uno degli elementi che diversificano le fattispecie considerate. Le ordinanze di rimessione invocherebbero impropriamente l'art. 29 della Costituzione per denunciare l'asserita minor tutela del coniuge convivente o separato rispetto all'ex coniuge, mentre l'oggetto della questione di costituzionalità non è la condizione del coniuge in costanza di matrimonio o separato. La Corte ribadisce quindi che l'art. 29 della Costituzione non è parametro utile per sindacare modalità di impulso processuale di reati attinenti a rapporti familiari<sup>362</sup>.

In particolare, la Corte (sent. n. 535/1987 cit.), per quanto concerne l'assegno da corrispondere al coniuge divorziato, ha rilevato che pur in presenza di elementi di analogia con l'assegno attribuito al coniuge separato, esistono profili soggettivi, attinenti al permanere o meno del vincolo matrimoniale, e oggettivi, riferibili alla natura ed al contenuto dell'assegno, che rendono non del tutto omogenee le due situazioni. Ha inoltre notato che in ogni caso la condizione, indicata come ingiustificatamente differenziata, nella quale verrebbe a trovarsi il coniuge divorziato rispetto a quello separato, riguarda la stessa configurazione del reato: diverse sono le condotte penalmente sanzionate dall'art. 12 *sexies* della l. n. 898/1970 e dall'art. 570 del codice penale, sicché il discrimine non è rappresentato solo dalla diversa procedibilità del reato. La parificazione delle due situazioni non potrebbe dunque essere ottenuta modificando il regime della procedibilità. Per la Corte, il ricorso al criterio di ragionevolezza sarebbe possibile solo se la disciplina normativa, in sé considerata, fosse palesemente arbitraria o manifestamente irrazionale; valutazione questa che non si attaglierebbe alla scelta di considerare procedibile d'ufficio il reato configurato dalla norma denunciata.

In ordine alla stessa questione, prospettata in relazione alla posizione dei figli, la Corte ha anzitutto ritenuto evidente il comune fondamento delle prestazioni inerenti al loro mantenimento da parte dei genitori, prestazioni che possono atteggiarsi con modalità diverse, ma che sono comunque espressione di un medesimo dovere, indipendentemente dalla convivenza, dalla separazione o dal divorzio dei genitori. A detta della Corte, la diversità di tutela penale ritenuta dal giudice *a quo*, in particolare per le situazioni riferibili ai figli maggiorenni, segnala disarmonie nel disegno normativo, che possono essere superate dal legislatore secondo una ponderata valutazione dei diversi interessi. L'intervento che viene chiesto alla Corte non sarebbe idoneo a conseguire l'obiettivo proposto dall'ordinanza di rimessione, di rendere omogenee e unitariamente coerenti le diverse discipline, perché, se attuato, verrebbe in definitiva a incidere su un solo elemento che concorre al denunciato squilibrio.

<sup>362</sup> Corte cost., 27 novembre 1987, n. 535, in «Giurisprudenza costituzionale», 1987, vol. I, p. 3453 ss.; Corte cost., 12 marzo 1970, n. 46, in «Giurisprudenza costituzionale», 1970, vol. I, p. 523 ss.

#### 14. (segue) *La tutela della famiglia di fatto si estende alla costituzione di parte civile*

Un rilevante riconoscimento di rapporti familiari fattuali, peraltro limitato nel caso all'ambito civilistico sia pur sotto il profilo del danno derivante da reato (art. 185 c.p.) e della legittimazione all'azione civile mediante costituzione di parte civile nel processo penale (artt. 74-76 c.p.p.), si è avuto da parte della quarta sezione penale della Suprema Corte<sup>363</sup>.

Il caso è il seguente: un minore in affidamento familiare muore a seguito di incidente stradale; gli affidatari si costituiscono parte civile nel procedimento penale contro l'investitore chiedendo il risarcimento del danno anche morale; il procedimento si chiude in primo grado con assoluzione perché il fatto non costituisce reato; in appello ricorre soltanto la parte civile; il giudice d'appello nega la *legitimatio ad causam* sostenendo che l'affidamento non fa sorgere in capo all'affidatario alcun diritto nei confronti del minore, che cioè all'azione in questione sono legittimati solo i prossimi congiunti, legati alla vittima da un vincolo non meramente affettivo, ma affettivo-giuridico in quanto fondato su reciproci diritti-doveri previsti e tutelati dall'ordinamento giuridico.

La Corte di cassazione ha ammesso che, come rilevato dal giudice d'appello, l'affidamento da sé, per come è strutturato nello schema legislativo, è incompatibile con la legittimazione in questione. Ma la stessa Corte ha, invece, valorizzato la concretezza del rapporto instauratosi tra gli affidatari e il minore, tutta una serie di «peculiarità connotazioni che rendevano quel rapporto di contenuto pregnante dal punto di vista affettivo e morale». Su questa base la Corte si è chiesta se a quel rapporto dovesse riconoscersi o no rilievo, oltre che morale e affettivo, anche giuridico. La conclusione affermativa si fonda soprattutto sullo sviluppo di ragioni già accolte in altre occasioni con riguardo alla costituzione di parte civile del convivente *more uxorio*<sup>364</sup>.

La Corte così motiva: «Muovendo dalla evidente necessità di porre l'accento sulla realtà sociale piuttosto che sulla veste formale dell'unione tra due persone conviventi, è stata dunque riconosciuta valenza giuridica a quella relazione interpersonale che presenti caratteri di tendenziale stabilità, natura affettiva e parafamiliare, che si esplichi in comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale. Dovendo confrontarsi con le mutate concezioni che via via si sono affermate nella

<sup>363</sup> Cass., sez. IV, 27 giugno 2001, n. 35121, in «Diritto e giustizia», 13 ottobre 2001, p. 29 ss., con nota critica di G. Dosi, *Un rischio il risarcimento iure proprio*.

<sup>364</sup> La legittimazione del convivente di fatto (della vittima di omicidio) a costituirsi parte civile è stata riconosciuta per la prima volta, contro tutti i precedenti, da Cass., sez. I, 4 febbraio 1994, De Felice, in «Cassazione penale», 1995, p. 1313 ss., (con motivazione). L'art. 36, legge 5 febbraio 1992, n. 104 (concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) ammette alla costituzione di parte civile, nei procedimenti penali per certi reati che in concreto offendano una persona handicappata, l'associazione cui sia iscritto un «familiare» dell'offeso.

società moderna, la giurisprudenza, in materia di rapporti interpersonali, ha dunque considerato la famiglia di fatto quale realtà sociale che, pur essendo al di fuori dello schema legale cui si riferisce, esprime comunque caratteri ed istanze analoghe a quelle della famiglia *stricto sensu* intesa.

Orbene – prosegue la Corte –, proprio tenendo conto delle ragioni che hanno determinato il riconoscimento di una valenza giuridica al rapporto *more uxorio*, non si vede per qual motivo dovrebbe negarsi una pari valenza ad una situazione interpersonale – come quella di un affidamento connotato dalle circostanze dianzi evidenziate con riferimento alla concreta fattispecie in esame – sviluppatasi attraverso la convivenza (tra adulto e minore), durata, ininterrotta, prolungata negli anni, sicuramente caratterizzata dalla costante, premurosa ed affettuosa assistenza dell'adulto verso il minore. In presenza di siffatta situazione, sembra non possa dubitarsi della solidità del vincolo e, conseguentemente, della dolorosa sofferenza e del nocimento derivati dalla morte del piccolo allevato come un figlio dall'affidatario nella cui famiglia il minore stesso era stato inserito sin dalla più tenera età; diversamente opinando, si finirebbe con il rimanere ancorati ad una sorta di concezione contrattualistica della famiglia, ormai largamente superata nel comune sentire della società moderna, ritardando la piena realizzazione della conformità della realtà giuridica alla realtà degli affetti. Giova inoltre porre in rilievo che il convincimento di questo Collegio pare trovar fondamento anche nel dato normativo. Ed invero l'articolo 5 della l. n. 184/1983 prevede l'applicabilità, in quanto compatibili, delle disposizioni di cui all'articolo 316 del codice civile, norma, questa, che disciplina appunto l'esercizio della potestà dei genitori».

La decisione si segnala per il coraggio dimostrato dal Supremo Collegio nel valorizzare senz'altro in via autonoma la creatività giurisprudenziale ponendone gli esiti a fondamento di ulteriori sviluppi normativo-giudiziali spiccatamente innovativi. Resta, peraltro, il dubbio che le stesse conclusioni e altre del genere non possano essere tratte mantenendo un più stretto ancoraggio al dato positivo – dubbio che la stessa Corte pare in definitiva affacciare laddove conclusivamente tenta di confortare il proprio assunto, sia pur in modo sbrigativo, anche tramite l'art. 5 l. n. 184/1983.

Più di recente la Cassazione e così pure i giudici di merito hanno rafforzato il riconoscimento a individui legati da vincoli familiari non formalizzati della possibilità di costituirsi parte civile nel processo penale, sancendo così un ulteriore passo avanti sulla strada dell'avvicinamento, se non della parificazione, tra la tutela apprestata alle unioni di fatto rispetto a quella da sempre garantita alle famiglie legittime. La Suprema Corte<sup>365</sup> ha ad esempio riconosciuto la legittimazione a costituirsi parte civile del convivente di una ragazza del cui omicidio e soppressione di cadavere era stato chiamato a rispondere, tra gli altri, il padre. La Corte ha valorizzato la stabilità del rapporto di convivenza che si protraeva ormai da anni, la sua visibilità all'esterno

<sup>365</sup> Cass., sez. I, 12 novembre 2009, n. 6587, in «Guida al diritto», 2010, p. 89 ss.

e la sussistenza di un vincolo di comunanza affettivo-assistenziale, suggellato da un reciproco sostegno anche di natura economica.

Sulla stessa linea si pone la giurisprudenza di merito, che giunge in alcuni casi a conclusioni ancora più estreme nel senso della valorizzazione dei rapporti familiari non formalizzati: in una recente pronuncia, il Tribunale di Milano ha ammesso la legittimazione a costituirsi parte civile nel processo penale anche del convivente omosessuale con rapporto di convivenza stabile<sup>366</sup>, dal momento che questi, al pari di qualsiasi convivente eterosessuale, subisce una «lesione del proprio diritto di libertà», da intendersi non come diritto di scegliere una convivenza omosessuale, ma come diritto a continuare il rapporto con il proprio convivente a prescindere dalla sua identità sessuale.

### 15. De iure poenali familiae condendo: rinunciare al mito della cornice familiare

Se, come pare emerge dalle vicende finora narrate, la famiglia è terreno di forti differenziazioni tra culture, nonché endoculturali, già nei mondi extragiuridici, esprimendo un universo intensamente plurivoco che i plessi giuridici extrapenali faticano alquanto a regolare, al limite dell'impossibilità, allora essa non è oggetto idoneo a soddisfare le esigenze di certezza e garanzia consustanziate al diritto penale, nonostante l'indubbia meritevolezza di protezione riconoscibile alla famiglia nelle sue varie accezioni intese quali (meritevoli) proiezioni personalistiche di ognuno dei familiari. Pare cioè chiaro che il diritto, compreso il diritto penale che dovrebbe fornire tassi molto alti di certezza e garanzia, non dà un effettivo, particolare ordine di principio, perché riflette quasi impotente il pluralismo extragiuridico e l'incessante, imprevedibile mutevolezza dei rapporti sociali familiari, mentre talvolta addirittura propone modelli chiamati familiari ma privi di corrispondente qualificazione extragiuridica. Soprattutto di fronte al progresso scientifico e tecnologico applicato al «fare famiglia», anche il diritto penale assiste allo sgretolamento delle sue tradizionali categorie, risalenti a elaborazioni otto-novecentesche. Ma persevera nel valersene anche tramite aporetici, comunque maldestri e parziali aggiornamenti, perlopiù dettati da demagogia e/o da mancati potenziamenti di altri plessi giuridici, anziché rinunciarvi considerando meglio soltanto le esigenze reali di tutela degli interessi fondamentali dell'individuo umano.

<sup>366</sup> Trib. Milano, sez. IV, 13 novembre 2009, in «Responsabilità civile e previdenza», 2010, p. 409. Cfr. S. Prosdocimi, *Prospettive etiche e tutela di beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, p. 31 ss.

In ambito giuspenale si dovrebbe dunque rinunciare al mito della cornice<sup>367</sup> «famiglia», anzi rinunciare a tutti i vari miti delle varie cornici «famiglia», a prescindere dall'importanza che esse continuino malgrado tutto a rivestire negli altri settori giuridici. Nel quadro della tutela penale dei beni fondamentali dell'individuo, la considerazione del contesto familiare non pare di principio necessaria a una adeguata tipizzazione delle incriminazioni; del resto, non risultano obblighi di penalizzazione. Semmai potrebbe prudentemente esser fatta rilevare sui fronti della mitigazione del trattamento punitivo e della non punibilità in genere, come suggerisce il caso posto in apertura di quest'opera.

Si abbandoni il barbarico modello sanzionatorio degli obblighi patrimoniali. Esso è una maschera ipocrita, malfunzionante, del mancato risanamento di una giustizia civile agonizzante. Si abbandoni la pretesa, frutto e fonte di equivoci, di tutelare valori-beni-interessi non patrimoniali con specifico riferimento a offese in contesti «familiari». Si rifletta sull'opportunità, ancora non dimostrata, di modulare il trattamento punitivo secondo specificati incrementi legati a «convivenze» quali che siano, o ad «abusi di relazioni di convivenza» non adeguatamente determinati. Si leghino le figure di «inesigibilità» di derivazione familiare parafamiliare o analoga a tutti i tipi criminologici di autore «necessitato» concretamente riscontrabili, senza limiti di «cornice».

Beninteso, se qui si valutano gli esiti della cosiddetta crisi della famiglia lo si fa per considerare la situazione (possibilmente) senza pregiudizi, non per affermare una ideologia per così dire dell'indifferenziato, che anche in questa materia sarebbe distorsiva del principio di eguaglianza, come ben notava Mengoni<sup>368</sup>. Gli è che nel riflesso penale in materia di «famiglia» l'eguaglianza è gravemente compromessa da tutte quelle differenziazioni e assimilazioni che, imprevedibili, vanno producendosi mutevolmente.

<sup>367</sup> Cfr. K.R. Popper, *Il mito della cornice. Difesa della razionalità e della scienza* (1994), trad. it., Il Mulino, Bologna 1995, p. 57 ss.

<sup>368</sup> L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in «Iustitia», 1990, p. 3 ss.

## BIBLIOGRAFIA

- Albrecht M., *Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1998
- Aldrovandi P., *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in «L'indice penale», 2009, p. 495 ss.
- Alesina A., Ichino A., *L'Italia fatta in casa. Indagine sulla vera ricchezza degli italiani*, Mondadori, Milano 2009.
- Ambrosetti E.M., Mezzetti E., Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna 2012<sup>3</sup>
- Amodio E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in «Cassazione penale», 2005, p. 320 ss.
- Amram D., D'Angelo A., *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 2012
- Angioni F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano 1983
- Antonini E., *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Giuffrè, Milano 2007
- Arceri A., *Famiglia di fatto e giurisprudenza penale*, in «Giustizia penale», 1990, p. 310 ss.
- Ardizzone S., voce *Matrimonio. Delitti contro il matrimonio*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XIX, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma 1990
- Argentieri S., *La questione del transgender tra diritto e delirio*, in *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, a cura di S. Rodotà, F. Rimoli, Carocci, Roma 2009, p. 55 ss.
- Asaro P., *Robots and Responsibility from a Legal Perspective*, Proceedings of the IEEE Conference on «Robotics and Automation, Workshop on Roboethics», Roma, 14 aprile 2007
- Asprea S., *La famiglia di fatto: in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano 2003
- Balestra L., *La famiglia di fatto*, CEDAM, Padova 2004
- Banfield E.C., *Le basi morali di una società arretrata*, Il Mulino, Bologna 1976

- Banfield E.C., *Una comunità nel Mezzogiorno*, tr. it., Il Mulino, Bologna 1961
- Barcellona P., voce *Famiglia (dir. civ.)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XIV, Giuffrè, Milano 1967, p. 783 ss.
- Bartoli R., *Le definizioni alternative del procedimento*, in «Diritto penale e processo», 2001, p. 179 ss.
- Bartoli R., *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino 2011, p. 672 ss.
- Basile F., *Immigrazione e reati culturalmente orientati*, Giuffrè, Milano 2010
- Basile F., *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui cd. reati culturalmente orientati*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2008, p. 149 ss.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, 1764, con il *Commento di Voltaire*, 1766, e *Introduzione* di R. Rampioni, ed. integrale, Newton, Roma 2012
- Becchi P., *Dignità umana*, in U. Pomarici, *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2007, p. 153 ss.
- Bellomo M., voce *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in «Digesto delle discipline privatistiche», vol. XIII, UTET, Torino 1996<sup>4</sup>, p. 457 ss.
- Bellomo M., *La condizione giuridica della donna in Italia: vicende antiche e moderne*, Il Cigno, Roma 1996
- Bellomo M., voce *Famiglia (diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XVI, Giuffrè, Milano 1967, p. 745 ss.
- Beltrame A.M., *Profili di tutela penale della famiglia in ordinamenti stranieri*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 227 ss.
- Beltrani S., *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale*, in «Cassazione penale», 2008, p. 2860 ss.
- Beltrani S., *Rilevanza giuridica delle unioni di fatto nel diritto penale: fattispecie, disciplina e orientamenti*, in «Diritto&Giustizia», 2007, p. 2860 ss.
- Belvisi F., *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in «Ragion pratica», 2004, p. 24 ss.
- Bergamini E., *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2012
- Bernardi A., *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, in «Politica del diritto», vol. XXXVIII, 2007, p. 3 ss.
- Bernardi A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milano 2006
- Bernardi A., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino 2006
- Bernardi A., *Società multiculturale e «reati culturali». Spunti per una riflessione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano 2006, p. 45 ss.
- Bernardi A., *Minoranze culturali e diritto penale*, in «Diritto penale e processo», 2005, p. 1193 ss.

- Bertolino M., *Il minore vittima del reato*, Giappichelli, Torino 2010<sup>3</sup>
- Bertolino M., *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2008, p. 576 ss.
- Bessone M., *Rapporti etico sociali (art. 29-31)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Roma-Bologna, Bologna 1976
- Bessone M., *La famiglia «società naturale», matrimonio civile e questioni di legittimità del divorzio. In margine ai problemi di interpretazione dell'art. 29 co. 1 Cost.*, in *Temi*, 1975, p. 284 ss.
- Besta E., *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano 1933
- Bettiol G., *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco nella società italiana*, in Aa.Vv., *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in «Studi sulla questione criminale», 1981, p. 30 ss.
- Bettiol G., *Diritto penale*, Cedam, Padova 1976
- Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1989
- Bin R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in «Lavoro e diritto», 2001, p. 11 ss.
- Biondi G., *I figli dei detenuti*, in «Diritto penale e processo», 1997, p. 632 ss.
- Borsari R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, Padova University Press, Padova 2013
- Borsari R., *La responsabilità da reato degli enti in cerca d'autore*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2012, p. 97 ss.
- Borsari R., *Delitti contro il matrimonio*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 373 ss.
- Borsari R., *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice e rapporti di famiglia: criticità di una fattispecie controversa*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 757 ss.
- Borsari R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, CEDAM, Padova 2007
- Bouchard M., *Identità culturale, uguaglianza e diversità: pluralismo e mediazione culturale*, in «Questione e giustizia», 2001, p. 471 ss.
- Bouchard M., *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in «dimensione domestica»*, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 2000, p. 19 ss.
- Bricola F., voce *Delitti contro lo stato di famiglia*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XII, Giuffrè, Milano 1964, p. 53 ss.
- Burgess E.W., Locke H., *The Family: From Institution to Companionship*, American Book, New York 1960
- Busnelli F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano 2004, p. 521 ss.
- Busnelli F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in «Rivista di diritto civile», I, 2002, p. 509 ss.

- Butler J., *La disfatta del genere*, Edizioni Meltemi, Roma 2006
- Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. VI, *I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, UTET, Torino 2009
- Cadoppi A., Veneziani P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, CEDAM, Padova 2012
- Cadoppi A., Veneziani P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, CEDAM, Padova 2006<sup>2</sup>
- Calvi A.A., *Tipo criminologico e tipo normativo di autore*, CEDAM, Padova 1967
- Campiglio C., *La procreazione assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, vol. II, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011, p. 1497 ss.
- Candian A., *Riflessioni sui rapporti di famiglia nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1943
- Canestrari S., *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *La tutela penale della persona*, a cura di L. Fioravanti, Giuffrè, Milano 2001, p. 57 ss.
- Canestrari S., *Procreazione medicalmente assistita e diritto penale*, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1293 ss.
- Canestrari S., *La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infezione Hiv nell'orientamento del BGH*, in «Il Foro italiano», 1991, IV, c. 149
- Caraccioli D., *Commento alla legge 5 agosto 1981, n. 442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, in «La legislazione penale», 1982, p. 21 ss.
- Caritas Italiana, Fondazione Zancan, *Carcere e famiglia: gli aspetti del disagio. La rete spezzata: rapporto su emarginazione e disagio nei contesti familiari*, Feltrinelli, Milano 2000
- Carlassare L., *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristofaro, A. Belvedere, Giuffrè, Milano 1980, p. 42 ss.
- Carmona A., *Il concetto penalistico di famiglia nel codice Rocco e in una lettura postcostituzionale*, in *Seminari di diritto di famiglia*, a cura di M. De Tilla, U. Operamolla, Giuffrè, Milano 2005, p. 985 ss.
- Carmona A., *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2003, p. 995 ss.
- Carmona A., voce *Morale familiare (delitti contro la)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXVII, Giuffrè, Milano 1977, p. 29 ss.
- Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale*, vol. III, Firenze 1887
- Casanova C., *La famiglia italiana in età moderna*, La Nuova Italia Scientifica, Milano 1997
- Casavola F.P., *Relazione del 25 maggio 2007 alla Conferenza nazionale della famiglia*,

- in «[www.conferenzafamiglia.it](http://www.conferenzafamiglia.it)»
- Casetta E., *Dall'ornitorinco alle chimere. Una sfida al realismo tassonomico*, in «Intersezioni», n. 2, 2010, p. 277 ss.
- Cassani C., *Tutela penale della famiglia. Rapporti con il multiculturalismo*, Dike, Roma 2013
- Castaldo A., *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in «Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche», vol. XLI-XLII, 1988-89 e 1989-90
- Castignone S., Lombardi Vallauri L., *La questione animale*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano 2012, p. 113 ss.
- Catelani G., *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano 1998<sup>4</sup>
- Cavana P., *La famiglia nella Costituzione italiana*, in «Diritto di famiglia e delle persone», n. 2, 2007, p. 902 ss.
- Ceccarelli P., Vecchio R., *Il «vincolo affettivo» nella famiglia anagrafica alla luce della giurisprudenza e delle circolari del Ministero dell'Interno*, in «L'Amministrazione italiana», n. 2, 2003, p. 168 ss.
- Cendon P., *Il diritto delle relazioni affettive*, CEDAM, Padova 2005
- Cerquetti G., voce *Parentela*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXXI, Giuffrè, Milano 1981, p. 662 ss.
- Ciavola A., *Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in «[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)»
- Ciotti A., *Famiglia*, in «Enciclopedia filosofica», vol. II, Sansoni, Firenze 1957, p. 259 ss.
- Cocco G., Ambrosetti E., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone: vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali*, CEDAM, Padova 2010<sup>2</sup>
- Cocco G., *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, p. 116 ss.
- Cole D., *Enemy aliens: double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*, New Press, New York-London 2003
- Cole D., *Enemy Aliens*, in «Stanford Law Review», n. 54, 2002, p. 953 ss.
- Colli A., *La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio nel confronto fra gli articoli 572 e 570 c.p.*, in «La legislazione penale», 1997, p. 665 ss.
- Colombo E., *Le società multiculturali*, Carocci, Roma 2002
- Comitato Nazionale per la Bioetica (Italy), *Chimere ed ibridi con una riflessione particolare sugli ibridi citoplasmatici*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 26 giugno 2009
- Contento E., voce *Morale familiare (delitti contro la)*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XX, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma 1990

- Contento E., *Riforma del diritto di famiglia e disciplina penalistica dei rapporti familiari*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 1979, p. 167 ss.
- Cooper D., *La morte della famiglia* (1971), trad. it., Einaudi, Torino 1972
- Coppi F., *Maltrattamenti in famiglia*, Università di Perugia, Perugia 1979
- Cordeschi R., *Intelligenza artificiale e soggettività*, in L. Lombardi Vallauri (studi per una ricerca coord. da), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano 1990, p. 657 ss.
- Corn E., *Il «femminicidio» come reato. Spunti per un dibattito italiano alla luce dell'esperienza cilena*, in «Diritto penale contemporaneo», 2013, p. 3 ss.
- Cornacchia F., *Profili di responsabilità per contagio da virus HIV*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, Bologna 2000, p. 230 ss.
- Correra M., Martucci P., *La violenza in famiglia*, Il Mulino, Bologna 1988
- Corso G., *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Il Mulino, Bologna 1981, p. 180 ss.
- Cuocolo F., voce *Famiglia. Profili costituzionali*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XIV, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma 1989
- Cusumano M.T., *Delitti contro l'assistenza familiare*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 566 ss.
- Dalla Zuanna G., Weber G., *Cose da non credere*, Laterza, Roma-Bari, 2011.
- De Flammineis S., *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in «Cassazione penale», 2008, p. 3234 ss.
- De Maglie C., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, p. 173 ss.
- De Simone G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, CEDAM, Padova 2002, p. 83 ss.
- De Stefani P., *Riflessi penalistici della tutela della famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 149 ss.
- De Tilla M., *Seminari di diritto di famiglia*, a cura di M. De Tilla, U. Operamolla, Giuffrè, Milano 2005
- De Vita A., *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Jovene, Napoli 1999
- Della Casa C., *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in «Diritto penale e processo», 1999, p. 122 ss.
- Delmas-Marty M., *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 3 ss.

- Delogu T., *Diritto penale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. VII, Cedam, Padova 1995, p. 2 ss.
- Delogu T., *Lo «strumento» nella teoria generale del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1974, p. 275 ss.
- Di Gennaro G., Bonomo M., Breda R., La Greca G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, nuova ed. riv., Giuffrè, Milano 1997
- Di Giovine O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli Enti*, in «Cassazione penale», 2009, p. 1325 ss.
- di Martino A., *Diritto penale e «crediti da crisi familiare». Accessorietà della tutela fra assetti consolidati e recenti modifiche normative*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino 2011, p. 811 ss.
- di Martino A., *Honestanda domus. Appunti sull'«allontanamento dalla casa familiare» come misura cautelare personale*, in *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione – Profili di diritto civile, penale e comparato*, a cura di M. Paladini, CEDAM, Padova 2009, p. 255 ss.
- Di Renzo Villata G., voce *La famiglia*, in «Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento», vol. II, 2001, p. 760 ss.
- Di Ronza P., *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, CEDAM, Padova 1998<sup>3</sup>
- Dolcini E., *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene, Napoli 2011, p. 1475 ss.
- Dolcini E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2008
- Dolcini E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1999, p. 20 ss.
- Dolcini E., *La commisurazione della pena*, CEDAM, Padova 1979
- Donati P., *Quaderno: Famiglia e filosofia*, in «Acta philosophica», 2004, p. 5 ss.
- Donati P., *Sociologia delle politiche familiari*, Carocci, Roma 2003
- Donati P., *La famiglia di fronte alla pluralizzazione degli stili di vita: realtà, significati e criteri di distinzione*, in *La famiglia tra identità e pluralità*, a cura di P. Donati, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2001
- Donati P., *L'emergere della famiglia auto-poietica*, in Aa.Vv., *Primo rapporto sulla famiglia in Italia*, Edizioni Paoline, Milano 1989
- Donati P., *Le politiche familiari in Italia: problemi e prospettive (il Piano nazionale e la proposta del family mainstreaming)*, in «www.conferenzafamiglia.it»
- Dusi P., *Discorso giuridico penale e cultura della società*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis, G. Palombarini, CEDAM, Padova 1984, p. 165 ss.
- Esposito P., *Famiglia e figli nella Costituzione*, in *La Costituzione italiana (Saggi)*, CEDAM, Padova 1954, p. 137 ss.
- Eusebi L., *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in *La tutela penale della*

- persona*, a cura di L. Fioravanti, Giuffrè, Milano 2001, p. 55 ss.
- Falcinelli C., voce *Famiglia (tutela penale della)*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. V agg., UTET, Torino 2010, p. 287 ss.
- Ferrari A., *Il concetto di «persona della famiglia». A proposito della «convivenza» quale presupposto dei maltrattamenti in famiglia*, in «Giurisprudenza italiana», 2009, p. 705 ss.
- Fiandaca G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino 2014
- Fiandaca G., *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, p. 362 ss.
- Fiandaca G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in «Diritto penale e processo», 2001, p. 137 ss.
- Fiandaca G., *La discriminante sessuale tra paradigmi giudiziari e paradigmi culturali*, in «Segno», n. 183, 1997, p. 19 ss.
- Fiandaca G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano 1979
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2008
- Fidelbo G., *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in «Cassazione penale», 2010, p. 4080 ss.
- Fierro Cenderelli F., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, CEDAM, Padova 2007
- Fierro Cenderelli F., voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. V, UTET, Torino 1991, p. 13 ss.
- Fierro Cenderelli F., *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè, Milano 1984
- Fioravanti L. (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, Milano 2001
- Fiorella A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano 2006, p. 5101 ss.
- Fiorella A., voce *Reato. I - Reato in generale: a) Diritto penale*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XLIII, Giuffrè, Milano 1990, p. 708 ss.
- Flora G., *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 1398 ss.
- Flora G., *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano 1987
- Forti G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2000
- Fortino M., *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Giuffrè, Milano 2004<sup>2</sup>
- Fortuna F.S., *Reati contro la famiglia e i minori*, Giuffrè, Milano 2006
- Gaboardi A., Gargani A., Morgante G., Presotto A., Serraino M. (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, Giappichelli, Torino 2013
- Galanti A., *Prime considerazioni in ordine al reato di stalking: se diventasse (anche) mobbing?*, in «Giustizia penale», vol. II, 2010, p. 57 ss.

- Gargani A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino 2011, p. 1037 ss.
- Garlati L., *La famiglia tra passato e presente*, in S. Patti, M.G. Cubeddu, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano 2011, p. 2 ss.
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2011
- Ghetti C., *Famiglie e detenzione*, in *Lavorare con le famiglie*, a cura di O. Cellentani, Franco Angeli, Milano 1998
- Giacobbe G., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Giappichelli, Torino 2011<sup>2</sup>
- Giunta F., *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in «Politica del diritto», 2000, p. 265
- Giunti A., *Famiglia e delitti contro la persona. Profili introduttivi*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 803 ss.
- Gomez-Jara Diez C., *Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law*, in «Buffalo Law Review», 2008, p. 1 ss.
- Grandi C., *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati da fattore culturale*, in «Diritto penale e processo», 2008, p. 501 ss.
- Grassetti C., *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, vol. I, G. Barbera Editore, Firenze 1950, p. 285 ss.
- Grassetti C., voce *Famiglia (diritto privato)*, in «Novissimo Digesto italiano», vol. VII, UTET, Torino 1968, p. 49 ss.
- Grasso G., *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano 1983
- Graziosi M., *La donna nell'immaginario penalistico*, in «Democrazia e diritto», n.2, 1993, p. 99 ss.
- Grossi P., *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 2005, p. 585 ss.
- Guerrini R., *L'abrogazione dell'art. 587 c.p.: la causa d'onore come elemento circostanziale*, in «Archivio penale», 1982, p. 526 ss.
- Guerrini R., Mazza L., Riondato S., *Le misure di prevenzione, Profili sostanziali e processuali*, CEDAM, Padova 2004
- Habermas J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, tr. it., Einaudi, Torino 2002
- Halley G., «I, Robot – I, Criminal» – *When Science Fiction Becomes Reality: Legal Liability of AI Robots committing Criminal Offenses*, in «Syracuse Science & Technology Law Reporter», n. 22, 2010, p. 1 ss.
- Halley G., *The Criminal Liability of Artificial Entities – from Science Fiction to Legal*

- Social Control*, in «Akron Intellectual Property Journal», n. 4, 2010, p. 171 ss.
- Hallevy G., *When Robots Kill: Artificial Intelligence under Criminal Law*, Northeastern University Press, Boston 2013
- Haraway D., *Manifeste Cyborg: science, technologie et féminisme socialiste à la fin du XX siècle*, trad. franc., «[www.cyberfeminisme.org/txt/cyborg-manifesto.htm](http://www.cyberfeminisme.org/txt/cyborg-manifesto.htm)»
- Hegel G.W.F., *Lezioni di filosofia del diritto*, a cura di P. Becchi, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli 1993
- Horkheimer M., *Teoria critica*, vol. I, Einaudi, Torino 1974
- Ireland Moore A.N., *Defining Animals as Victims of Crime*, in «Journal of Animal Law», 2005, p. 91 ss.
- Jakobs G., *On the Theory of Enemy Criminal Law*, in «[www.law-lib.utoronto.ca/bclcl/crimweb/foundation/Jakobs%20current.pdf](http://www.law-lib.utoronto.ca/bclcl/crimweb/foundation/Jakobs%20current.pdf)»
- Jasanoff S., *Fabbriche della natura. Biotecnologie e democrazia*, tr. it., Il Saggiatore, Milano 2008
- Jemolo C.A., *La famiglia ed il diritto*, in «Annali seminario giuridico dell'Università degli Studi di Catania», vol. III, 1949, p. 38 ss.
- Jeschek H.H., *La crisi della politica criminale*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli 1981, p. 118 ss.
- Jonas H., *Sull'orlo dell'abisso. Conversazioni sul rapporto tra uomo e natura*, tr. it., Einaudi, Torino 2000
- Kertzer I., Saller R. (a cura di), *La famiglia in Italia dall'antichità al XX secolo*, Le lettere, 1995
- Kubiciel M., *Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR. Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte*, in «Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», n. 6, 2012, p. 677 ss.
- Larizza S., *Contenuti e limiti della tutela penale della famiglia*, in «Minori& Giustizia», n. 3, 2009, p. 43 ss.
- Larizza S., *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, CEDAM, Padova 2005
- Latagliata V., *Criminologia e politica criminale*, in «Archivio penale», 1982, p. 245 ss.
- Leoncini I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino 1999
- Leone G., *La nuova sistemazione dei delitti contro la famiglia nel progetto Rocco*, Jovene, Napoli 1930
- Leotta C.D., *Femminicidio*, in *Digesto discipline penalistiche, Aggiornamento (8)*, UTET, Torino 2014, p. 248
- Lombardi Vallauri L., *Abitare pleromaticamente la terra*, in Id. (studi per una ricerca coord. da), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano 1990, p. LX ss.
- Luccioli G., *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di*

- tutela, in «Cassazione penale», 1987, p. 494 ss.
- Luhmann N., *Il sistema sociale famiglia*, in AA.Vv., *Nuove tecnologie, comunicazione e mondi vitali*, Franco Angeli, Milano 1989, p. 233 ss.
- Magnanensi S., *La famiglia di fronte all'Aids: II) Profili di diritto penale*, in «Famiglia e diritto», 1996, p. 82 ss.
- Magro M.B., *Biorobotica, robotica e diritto penale*, in *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, in corso di pubblicazione (Padova University Press)
- Maiello V., *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel D. Lgs. n. 231 del 2001; una truffa delle etichette davvero innocua?*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2002, p. 879 ss.
- Mancini T., *Eguaglianza tra i coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in «Rivista di diritto civile», vol. I, 1963, p. 223 ss.
- Manfredini M., *Delitti contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, Vallardi, Firenze 1934, p. 260 ss.
- Manna A., *Le caratteristiche generali della tutela penale della famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Rapporti personali e patrimoniali*, diretto da G. Ferrando, vol. II, Zanichelli, Bologna 2008, p. 147 ss.
- Manna A., *La donna nel diritto penale*, in «Indice penale», 2005, p. 861 ss.
- Manna A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in «Cassazione penale», 2003, p. 1105 ss.
- Manna A., *Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Italia*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1996, p. 535 ss.
- Manna A., *L'art. 384 c.p. e la «famiglia di fatto»: ancora un ingiustificato «diniego di giustizia» da parte della Corte costituzionale?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1996, p. 93 ss.
- Manna A., *Tutela degli embrioni e diritto penale*, in «Politica del diritto», 1990, p. 693 ss.
- Manoukian A. (a cura di), *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, Il Mulino, Bologna 1974
- Manoukian A., *Famiglia*, in *Storia d'Italia*, a cura di F. Levi, U. Levra, N. Tranfaglia, vol. I, La Nuova Italia, Firenze 1978, p. 377 ss.
- Mantovani F., *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in «Criminalia», 2013, p. 59 ss.
- Mantovani F., *Il concetto di famiglia nella giurisprudenza penale*, in «Iustitia», n. 1, 2010, p. 2 ss.
- Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da P. Nuvolone e G.D. Pisapia, a cura di G.D. Pisapia, vol. VII, UTET, Torino 1984<sup>5</sup>
- Marcel G., *Homo viator. Prolégomènes à une métaphysique de l'espérance*, Aubier, Paris 1944

- Marinucci G., «Societas puniri potest»: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 1213 ss.
- Marinucci G., Dolcini E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1994, p. 344 ss.
- Marra R., Pavarini M., Villa E., *La codificazione impedita. Alcune osservazioni in tema di «nuovo» diritto penale e funzione della pena*, Il Mulino, Bologna 1981
- Matthews J., *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London 1983
- Maugeri A.M., *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, Torino 2010
- Melograni P. (a cura di), *La famiglia italiana dall'ottocento ad oggi*, con coll. di Scarraffia, Laterza, Bari 1988
- Meneghello M., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 635 ss.
- Meneghello M., *Sottrazione di minorenni e sottrazione di incapaci*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 661 ss.
- Mengoni L., *La famiglia in una società complessa*, in «Iustitia», 1990, p. 3 ss.
- Mengoni L., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in Aa.Vv., *La famiglia crocevia della tensione tra «pubblico» e «privato»*, Atti dell'XLIX Corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica svoltosi a Reggio Calabria il 9-14 settembre 1979, Giuffrè, Milano 1979, p. 268 ss.
- Merla E., *Presupposti biologici e regime costituzionale della famiglia*, in Aa.Vv., *Studi in tema di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1967
- Miedico M., voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. XV, UTET, Torino 1999, p. 194 ss.
- Mina M.F., *L'intervento del giudice penale nei conflitti familiari*, in «Critica del diritto», 2000, p. 164 ss.
- Mitscherlich A., *Verso una società senza padre*, Feltrinelli, Milano 1970
- Molari A., *La tutela penale della condanna civile*, CEDAM, Padova 1960
- Monticelli L., *Sottrazione di persone incapaci*, in *I reati contro la famiglia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, UTET, Torino 2006, p. 231 (ora Id., *Introduzione ai delitti contro l'assistenza familiare (artt. 570-574)*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. VI, UTET, Torino, 2009, p. 485 ss.
- Monticelli L., *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*. *Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in «Indice penale», 2003, p. 535 ss.
- Morlotti L., *Il no della Consulta al matrimonio gay*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2010, p. 1505 ss.
- Moro P., *Biorobotica e diritti fondamentali in Genetics, Robotics, Law, Punishment*, in

- corso di pubblicazione (Padova University Press).
- Morrone A., *Ubi scientia ibi iura*, in «Consulta Online», 2014, «www.giurcost.org»
- Moscarini L., *Individuo e comunità*, in *Sulla riforma del diritto di famiglia*, diretto da F. Santoro Passarelli, CEDAM, Padova 1973, p. 222 ss.
- Nascimbene B., *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in «Il corriere giuridico», 2010, p. 101 ss.
- Nisco A., «Principio di proporzionalità» ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto, in «Diritto penale contemporaneo», 2012, p. 70 ss.
- Nuvolone P., *Appunti in materia di autorità maritale*, in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, CEDAM, Padova 1969, p. 779 ss.
- Oliva U., *Mobbing, quale risarcimento?*, in «Danno e responsabilità», 2000, p. 27 ss.
- Padovani T., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, Torino 2004, p. 13 ss.
- Padovani T., *Sub art. 1*, in *Commentario delle «norme contro la violenza sessuale» (legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, coordinato da A. Cadoppi, CEDAM, Padova 1996, p. 5 ss.
- Padovani T., voce *Circostanze del reato*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. II, UTET, Torino 1988, p. 220 ss.
- Padovani T., voce *Adozione e affidamento (reati in materia di)*, in «Digesto delle discipline penalistiche» vol. I, UTET, Torino 1987, p. 51 ss.
- Padovani T., Stortoni L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, Bologna 1991
- Pagallo U., *The Laws of Robots. Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, Dordrecht 2013
- Pagallo U., *Robotica*, in M. Durante, U. Pagallo (eds.), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, UTET, Torino 2012, p. 141 ss.
- Palazzo F., *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona*, a cura di L. Fioravanti, Giuffrè, Milano 2001, p. 410 ss.
- Palazzo F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 327 ss.
- Palazzo F., *La recente legislazione penale*, CEDAM, Padova 1985<sup>3</sup>
- Palermo Fabris E., *Delitti contro lo stato di famiglia*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 455 ss.
- Palermo Fabris E., *Sub art. 61*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, Padova 2008, p. 240 ss.

- Palermo Fabris E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, CEDAM, Padova 2000
- Paliero C.E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in «Corriere giuridico», 2001, p. 845 ss.
- Pannain A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Morano, Napoli 1964
- Papa M., *Droit pénal de l'ennemi e de l'inhumaine: un débat international*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», n. 1, 2009, p. 1 ss.
- Papa M., *Il diritto penale dell'Europa e la presenza delle comunità islamiche*, in S. Canestrari, L. Foffani, *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano 2005
- Pasculli L., *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, Padova University Press, Padova 2012
- Pastore B., Lanza L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino 2008
- Pastore B., *La famiglia di fatto: analisi e disciplina di un modello familiare attuale e diffuso*, UTET, Torino 2007
- Pastore B., *Multiculturalismo e processo penale*, in «Cassazione penale», vol. XLVI, 2006, p. 303 ss.
- Paterniti C., *La famiglia nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1970
- Pati L. (a cura di), *Ricerca pedagogica ed educazione familiare*, in *Studi in onore di N. Galli*, Vita e Pensiero, Milano 2003
- Patrono P., *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2002, p. 185 ss.
- Patrono P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, CEDAM, Padova 1992
- Pecorella G., voce *Famiglia (delitti contro la)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XVI, Giuffrè, Milano 1967, p. 802 ss.
- Perlingeri P., Pisacane P., *Sub artt. 29-31*, in *Commento alla Costituzione Italiana*, a cura di P. Perlingeri, ESI, Napoli 2001<sup>2</sup>
- Petrangeli F., *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenutemadri*, in «www.rivistaaic.it»
- Pezzella V., *Convivente more uxorio e coniuge: per il Codice Penale non è la stessa cosa*, in «Giurisprudenza di merito», 2009, p. 3093 ss.
- Pezzi A., voce *Famiglia. VI) Delitti contro la famiglia*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XVI, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma 1989
- Pisapia G.D., voce *Famiglia (delitti contro la)*, in «Novissimo Digesto italiano», vol. VII, UTET, Torino 1968, 55 ss.
- Pisapia G.D., *Delitti contro la famiglia*, UTET, Torino 1953
- Pisapia G., Pisapia G.D., voce *Famiglia (delitti contro la)*, in «Digesto delle discipline penalistiche», vol. V, UTET, Torino 1991, p. 114 ss.
- Pistorelli L., *Delitti contro la libertà individuale*, in *Diritto penale della famiglia*, a

- cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011<sup>2</sup>, p. 992 ss.
- Pistorelli L., *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011, p. 97 ss.
- Pistorelli L., *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari: allontanamento dalla casa familiare; pagamento di un assegno*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 103 ss.
- Pistorelli L., *I destinatari delle norme sulla responsabilità da reato nella giurisprudenza di legittimità*, in «www.rivista231.it»
- Pittaro P., *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in «Famiglia e diritto», 2010, p. 933 ss.
- Pittaro P., *Impiego di minore nell'acconteraggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, in «Famiglia e diritto», 2009, p. 238 ss.
- Pittaro P., *Il convivente more uxorio non può considerarsi prossimo congiunto ai fini della non punibilità del favoreggiamento personale*, in «Famiglia e diritto», 2004, p. 330 ss.
- Pittaro P., *Pedofilia e violenze sui minori: una nuova emergenza?*, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1161 ss.
- Poggi A., *La «cittadinanza» costituzionale della famiglia nel nostro ordinamento: una lunga strada ancora da percorrere*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, vol. II, Giappichelli, Torino 2011, p. 1471 ss.
- Popper K.R., *Il mito della cornice. Difesa della razionalità e della scienza* (1994), trad. it., Il Mulino, Bologna 1995
- Presutti A. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, CEDAM, Padova 1998
- Preziosi S., *La famiglia nella giurisprudenza penale: orientamenti e prospettive*, in M. De Tilla, U. Operamolla, *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 2005, p. 939 ss.
- Principato T., Dino A., *Mafia e donna. Le vestali del sacro e dell'onore*, Flaccovio, Palermo 1997
- Prosdocimi S., *Prospettive etiche e tutela dei beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, p. 31 ss.
- Prosperi F., *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, in «Diritto della persona e famiglia», 2008, p. 290 ss.
- Puleo S., voce *Famiglia. Disciplina privatistica: in generale*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XIV, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma 1989
- Pulitanò D., *Premessa*, in Id. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, vol. I, Tutela*

- penale della persona*, Giappichelli, Torino 2014<sup>2</sup>, p. 3 ss.
- Pulitanò D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1983, p. 518 ss.
- Rebecca M., *Profili di tutela della famiglia in diritto internazionale penale*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2011<sup>2</sup>, p. 345 ss.
- Resta F., *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia, II. Rapporti personali e patrimoniali*, diretto da G. Ferrando, Zanichelli, Bologna 2008, p. 155 ss.
- Resta F., *Atteggiamenti verso la codificazione penale*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in «La questione criminale», 1981, p. 139 ss.
- Riccio D., *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova 2007
- Riondato S., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore al cospetto della responsabilità penale dell'ente (d. lgs. n. 231/2001). Il caso dell'«ente pubblico»*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Atti della Giornata di studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi, CEDAM, Padova 2013, p. 95 ss.
- Riondato S., *Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciato da Giuseppe Bettiol*, in Id. (a cura di), *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo stato di polizia? Attualità del «Problema penale»*, Padova University Press, Padova 2012, p. 117 ss.
- Riondato S., *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, p. 1541 ss.
- Riondato S., *Diritto penale e reato culturale, tra globalizzazione e multiculturalismo. Recenti novità legislative in tema di opinione, religione, discriminazione razziale, mutilazione genitale femminile, personalità dello Stato*, in Id. (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padova 2006
- Riondato S., *sub legge 27 dicembre 1956, n. 1423*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, CEDAM, Padova 2006, *post art.* 240
- Riondato S., *Un diritto penale detto «ragionevole». Raccontando Giuseppe Bettiol*, CEDAM, Padova 2005
- Riondato S., *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in Id. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, Milano 2002, p. 3 ss.
- Riondato S. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. 4, Giuffrè, Milano 2002.
- Riondato S., *Competenza penale della Comunità europea*, CEDAM, Padova 1996
- Riondato S., *Rischio AIDS, indagini del datore di lavoro, responsabilità penali. Primi*

- rilievi sulla sentenza costituzionale n. 218/1994, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1994, p. 473 ss.
- Riverditi M., *La doppia dimensione della famiglia (quella «legittima» e quella «di fatto») nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Giappichelli, Torino 2011, p. 555 ss.
- Riz R., *Bioetica-Fivet-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in «Indice penale», 2000, p. 453 ss.
- Rocco A., *L'oggetto del reato*, Fratelli Bocca Edizioni, Torino 1913
- Romano B., *L'abuso sessuale infrafamiliare*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, ESI, Napoli 2010, p. 777 ss.
- Romano M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società e associazioni: profili generali*, in «Rivista delle società», 2002, p. 398 ss.
- Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, Milano 1990
- Ronco M., *Retribuzione e prevenzione generale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Giuffrè, Milano 2000, p. 481 ss.
- Ronco M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino 1979
- Roppo V., *Il giudice nel conflitto coniugale*, Il Mulino, Bologna 1981
- Rossi S., *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, s.d., paper in «[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)»
- Ruffo A., *La tutela penale della famiglia. Prospettive dommatiche e di politica criminale*, ESI, Napoli 1998
- Ruffo A., *I soggetti del reato di maltrattamenti in famiglia*, in «Giustizia penale», vol. II, 1996, p. 606 ss.
- Ruggeri A., *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, s.d., paper di «[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)»
- Ruggiero G., *Riflessi penali del nuovo diritto di famiglia*, Jovene, Napoli 1979
- Ruotolo M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2002
- Saas S., *Exceptional Law in Europe with Emphasis on «Enemies». Preventive Detention and Criminal Justice*, 2012, in «[www.law.unc.edu/documents/facul-ty/adversaryconference/exceptionallawsineuropewithemphasonenemiesapril2012.pdf](http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/exceptionallawsineuropewithemphasonenemiesapril2012.pdf)»
- Sandulli A., sub artt. 29 – 30 – 31, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. I, CEDAM, Padova 1992
- Santoro A., *Manuale di diritto penale*, vol. IV, UTET, Torino 1966
- Santoro Passarelli F., *Note introduttive agli artt. 24-28 Cost.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. I, CEDAM, Padova 1977, p. 215 ss.
- Santoro Passarelli F., *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, Cedam, Padova 1972

- Santoro Passarelli F., voce *Autonomia collettiva*, in «Enciclopedia del diritto», vol. IV, Giuffrè, Milano 1954, p. 369 ss.
- Santosuosso A., *Corpi e soggetti: l'invenzione del sè, tra biotecnologie e categorie giuridico-politiche*, in *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, a cura di S. Rodotà, F. Rimoli, Carocci, Roma 2009, p. 31 ss.
- Santosuosso F., *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano 2004
- Saporiti M., *Esiste la famiglia naturale?*, Mimesis, Milano 2010
- Schiavano G., *La tutela penale dello stato di filiazione*, CEDAM, Padova 1971
- Scia F., *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, Jovene, Napoli 2010
- Scordamaglia V., *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 366 ss.
- Segreto A., *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 1998, p. 1659 ss.
- Serafini A., *Libere e Liberi: da Lanzarote a Istanbul*, in «Quaderno di Libere», n. 1, 2012
- Sereni A., *Maltrattamenti e atti persecutori nel diritto penale del XXI secolo*, in *Studi in onore di franco Coppi*, vol. I, Giappichelli, Torino 2011, p. 589
- Sgubbi F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam 1975
- Solum L., *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in «North Carolina Law Review», 1992, p. 1231 ss.
- Spagnolo G., voce *Stato di famiglia (delitti contro lo)*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XXX, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma 1993
- Spena A., *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, parte speciale, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. XIII, Giuffrè, Milano 2012
- Stammati S., *Declinazioni del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, in «Diritto e società», 2003, p. 276 ss.
- Stella F., *L'alterazione di stato mediante falsità*, Giuffrè, Milano 1967
- Stortoni L., Tordini Cagli S. (a cura di), *Atti del Convegno 12 dicembre 2011 Cultura, culture e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna 2012
- Taddei Elmi G., *I diritti dell'«intelligenza artificiale» tra soggettività e valore; fantadiritto o ius condendum?*, in L. Lombardi Vallauri, *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano 1990, p. 685.
- Tamassia N., *La famiglia italiana: nei secoli decimoquinto e decimosesto*, Milano-Palermo, Napoli 1910 (Roma, Multigrafica, 1971)
- Tamburrino G., *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, UTET, Torino 1981<sup>2</sup>
- Tondini M., *Beyond the Law of the Enemy. Recovering from the Failures of the Global War on Terrorism through Law*, 2007, in «[www.juragentium.org/to-pics/wlgo/cortona/en/tondini.htm](http://www.juragentium.org/to-pics/wlgo/cortona/en/tondini.htm)»
- Torelli P., *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato. La famiglia*, Giuffrè,

- Milano 1947
- Tröndle H., Fischer T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49. Auf., C.H. Beck, München
- Uccella F., *Prime considerazioni sul «nuovo» diritto penale della famiglia, quale proposto dal progetto di riforma del codice penale*, in «Cassazione penale», 1994, p. 788 ss.
- Uccella F., *La tutela penale della famiglia*, CEDAM, Padova 1984
- Ungari P., *Storia del diritto di famiglia in Italia. 1796-1975*, Il Mulino, Bologna 2002
- Vallini A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino 2012
- Villani R., *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino 2004
- Vinciguerra S., Ceresa Gastaldo M., Rossi A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, CEDAM, Padova 2004
- Violante L., *La famiglia in diritto penale*, in «Politica del diritto», 1980, p. 33 ss.
- Violante P., *La tutela penale della donna*, in «Indice penale», 1984, p. 659 ss.
- Vismara G., *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in Id., *Scritti di storia giuridica*, vol. 5, *La famiglia*, Giuffrè, Milano 1988
- Vitarelli T., *Maltrattamenti mediante omissione?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1998, p. 179 ss.
- Wall R., Robin J., Laslett P., *Forme di famiglia nella storia europea*, Il Mulino, Bologna 1984
- Zagrebelsky V., *Delitti contro la famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. V, UTET, Torino 1996<sup>2</sup>, p. 455 ss.
- Zannotti R., *I reati contro la famiglia*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del codice penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, Torino 2012, p. 117 ss.
- Zatti P., *I dilemmi della nascita*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. II, Giuffrè, Milano 1998, p. 897 ss.
- Zuccalà G., *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 402 ss.



L'ambito "famiglia" nei contesti extragiuridici implica anzitutto l'*an* della vita con riferimento a condizioni della creazione-origine della vita stessa, cioè tra l'altro l'ambiente umano origine e, assieme, modalità di formazione di tale ambiente, comprese competenze e modalità concernenti l'atto (pro-)creativo, le quali scaturiscono in guisa sempre nuova dal progresso scientifico e tecnologico. Al contempo, l'ambito "famiglia" abbraccia lo sviluppo-mantenimento della vita nell'ambiente umano più prossimo, quindi coinvolge le condizioni almeno elementari di qualità della vita nella dimensione della coesistenza. Vi è però estrema difficoltà di definire l'entità familiare. Varie "famiglie" si propongono, quali raggruppamenti o comunità formate da persone legate o da rapporto di parentela (vincolo c.d. del sangue o altri intesi come equivalenti) oppure di affinità o di coniugio o anche di semplice affetto, o da rapporti simili. Trattasi di gruppi sociali caratterizzati eventualmente da convivenza e/o legami patrimoniali ed eventualmente finalizzati o alla riproduzione e/o alla cooperazione economica e/o al mantenimento e cura di interessi affettivi e/o spirituali in genere.

Il diritto penale della famiglia, che pur dovrebbe assicurare tassi molto alti di certezza e garanzia, tuttavia non dà un effettivo, particolare ordine di principio, perché riflette quasi impotente il pluralismo extragiuridico e l'incessante, imprevedibile mutevolezza dei rapporti sociali familiari. Talvolta propone perfino modelli chiamati familiari ma privi di corrispondente qualificazione extragiuridica. E soprattutto di fronte al progresso scientifico e tecnologico applicato al "fare famiglia", anche il diritto penale assiste allo sgretolamento delle sue tradizionali categorie, risalenti ad elaborazioni ottocentesche. Persevera nondimeno nel valersene, anche tramite aporetici, comunque maldestri e parziali aggiornamenti, dettati perlopiù da demagogia o da mancati potenziamenti di altri plessi giuridici. Sarebbe più opportuna una rinuncia a favore di una miglior considerazione soltanto delle esigenze reali di tutela degli interessi fondamentali dell'individuo umano. Nel quadro della tutela penale di questi interessi, il riferimento al contesto familiare non è necessario ad una adeguata configurazione delle incriminazioni. Semmai tale contesto potrebbe essere prudentemente impiegato sui fronti della mitigazione del trattamento punitivo e della non punibilità in genere. Comunque, non è tollerabile quanto meno il modello punitivo degli inadempimenti di obblighi patrimoniali di origine "familiare", che continua a fungere da surrogato malfunzionante di una giustizia civile agonizzante.

\*\*\*

SILVIO RIONDATO è professore straordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Padova. Ivi insegna diritto penale presso la Scuola di Giurisprudenza e il Dottorato in Giurisprudenza.

€ 30,00

