

SILVIO RIONDATO

Capitolo I. **INTRODUZIONE
A «FAMIGLIA» NEL DIRITTO
PENALE ITALIANO**



giuffrè editore - 2011

Estratto dal volume:

**TRATTATO
DI DIRITTO DI FAMIGLIA**

diretto da
PAOLO ZATTI

**DIRITTO PENALE
DELLA FAMIGLIA**

VOLUME QUARTO

a cura di
SILVIO RIONDATO

I. INTRODUZIONE A « FAMIGLIA » NEL DIRITTO PENALE ITALIANO

di *Silvio Riondato*

1. Quadro problematico fondamentale del diritto penale della famiglia. — 1.a. « Famiglia » penalistica e fattori di instabilità dell'operazione definitoria. — 1.b. Rilevanza di principi penali costituzionali e indirizzi di metodo interpretativo. — 2. Funzione simbolica del diritto penale della famiglia. L'incesto e la morale sessuale familiare. — 2.a. L'interruzione della gravidanza e altra normativa di crisi del valore dell'uomo e familiare. — 2.b. Inesistenza di obblighi costituzionali di penalizzazione in materia di famiglia. — 3. Pena, misure penali e famiglia. — 3.a. La famiglia del reo tra commisurazione e esecuzione della pena. — 3.b. Esigenze familiari tra nuove pene "di pace" e improcedibilità per tenuità del fatto nel procedimento "di pace". — 4. Nozione di famiglia e misure di prevenzione: l'allontanamento dalla casa familiare e l'ordine di protezione c.d. civilistico; famiglia come convivenza. — 4.a. Incostituzionalità dell'esclusione da pubblici concorsi a causa di condanna subita da un familiare. — 5. Concezioni penalistiche della famiglia nelle fattispecie incriminatrici. — 5.a. Concezioni originarie codicistiche della famiglia: i delitti contro la famiglia. — 5.b. La famiglia coniugale legittima. — 5.c. La famiglia parentale legittima; la famiglia parentale naturale (illegittima) e gli aggregati non originati da matrimonio; la famiglia *contra ius*. — 5.d. Concezione codicistica originaria della famiglia di fatto e rilevanza della morale familiare; relatività della concezione giuridica. — 5.e. Ulteriori estensioni codicistiche del novero familiare: la famiglia in senso romanistico; le estensioni nominalistiche; il caso del *mobbing/bossing/stalking*. — 5.f. L'incidenza del pluralismo culturale sui modelli familiari di riferimento. — 6. Problematiche attuali intorno alle formazioni sociali-famiglie di fatto: il convivente *more uxorio* nel delitto di maltrattamenti. — 6.a. Il ruolo fondante della "coscienza comune" e la dissoluzione della nozione tradizionale di famiglia: la famiglia come luogo degli affetti e dei comuni interessi. — 6.b. (*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. — 6.c. (*segue*) 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. — 7. L'ipotesi che le figure di rapporto familiare penalmente rilevanti siano sempre elementi extragiuridici della fattispecie (normativi o descrittivi). — 8. La relativa estromissione della famiglia di fatto (convivenza *more uxorio*) dal reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.). — 8.a. "Qualità di coniuge" e rilevanza del dato antropo-sociologico matrimoniale nel delitto di violazione degli obblighi di assistenza coniugale-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. — 9. La dicotomia tra famiglia in senso patrimoniale (concezione giuridica) e famiglia in senso affettivo-personalistico (concezione fattuale). — 10. Ambiti rilevanti di discrezionalità legislativa in materia familiare: la difesa « penale » della famiglia legittima coniugale da parte della Corte costituzionale. — 11. (*segue*) L'esimo « familiare » (art. 384, comma 2°, c.p.) non contempla il « prossimo congiunto » che sia falso testimone nel processo civile. — 12. (*segue*) La procedibilità a querela non riguarda il reato di omesso versamento dell'assegno al coniuge divorziato o separato. — 13. (*segue*) La tutela della famiglia di fatto si estende alla costituzione di parte civile.

* Ringrazio Chiara Candioto per l'ausilio nella preparazione dei materiali di aggiornamento.

1. Quadro problematico fondamentale del diritto penale della famiglia.

Il diritto penale della famiglia *non* è in complesso materia connotata da peculiare *autonomia*. Esso non comprende principi e problematiche essenzialmente diversi da quelli concernenti il diritto penale in genere ¹. Piuttosto, taluni *caratteri propri* ² della materia fanno di questo settore di parte speciale del diritto penale codicistico un severo banco di prova della parte generale e quindi un particolarmente fertile terreno di coltura di profili problematici costituenti, volendo, una parte generale dello stesso settore speciale ³, con rilevanti connessioni ad altri settori, soprattutto quello concernente la tutela penale della vita e della salute dell'individuo umano (c.d. persona), fino a toccare i dati essenziali sottesi alla disciplina del "bios" (biodiritto) ⁴.

Ciò si deve soprattutto alla triplice ragione che, in primo luogo, la « famiglia » coinvolge un *intreccio complesso di beni giuridici avente importanza vitale e implicante relazioni umane essenziali*, che nell'evoluzione storico-sociale subisce incessante evoluzione ⁵; in secondo luogo, che 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, che l'evoluzione generale postcostituzionale del diritto familiare non ha comportato un organico intervento legislativo penalistico, ma piuttosto, dapprima, una *politica dell'astensione* ⁶, proseguita fino a tempi recenti, la quale

¹ DELOGU, *Diritto penale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, VII, Cedam, 1995, 2.

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 di soluzioni penalistiche generali (v. la parte dedicata a tale settore nel presente *Trattato*).

² G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Utet, 1953, 106 ss.

³ Cfr. PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, 1991.

⁴ Opera fondamentale in materia è il *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, vol. I (*Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di Rodotà e Tallacchini, Giuffrè, 2010) e voll. seguenti (v. anzitutto, nel citato vol. I, BORSELLINO, *Tra cultura e norma*, 152 ss.).

⁵ Per un primo quadro v. *Quaderno: Famiglia e filosofia*, in *Acta philosophica*, 2004, 5 ss.; CASANOVA, *La famiglia italiana in età moderna*, La Nuova Italia Scientifica, 1997; KERTZER, 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 Campanini, San Paolo, 1994; AA.VV., *La famiglia alle soglie del III millennio*, Atti del Congresso europeo (Lugano 21-24 IX 1994), a cura di VOLONTÈ, S.I., 1994; PATI (a cura di), *Ricerca pedagogica ed educazione familiare*, St. on. N. Galli, Vita e Pensiero, 2003; LUHMANN, *Il sistema sociale famiglia*, in AA.VV., *Nuove tecnologie, comunicazione e mondi vitali*, Franco Angeli, 1989, 233; MELOGRANI (a cura di, con coll. di SCARAFFIA), *La famiglia italiana dall'ottocento ad oggi*, Laterza, 1988; WALL, ROBIN, LASLETT, *Forme di famiglia nella storia europea*, Il Mulino, 1984; MANOUKIAN (a cura di), *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, Il Mulino, 1974.

⁶ Per tutti, CONTENTO, *Riforma del diritto di famiglia e disciplina penalistica dei rapporti familiari*, in *Dir. fam.*, 1979, 167 ss.; RUGGIERO, *Riflessi penali del nuovo diritto di famiglia*, Jovene, 1979, 17; UCCELLA, *La tutela penale della famiglia*, Cedam, 1984, *passim*.

ha lasciato ai giuristi e in particolare ai giudici non solo costituzionali l'arduo compito di adeguare, giocoforza variamente, un impianto risalente all'epoca prerepubblicana; 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, non ancora adeguatamente coordinati (almeno) sul piano interno, i quali provengono da altri ordinamenti giuridici. A tali ordinamenti qui si accenna soltanto, rinviando senz'altro più oltre nel Trattato per un primo approccio conoscitivo: gli ordinamenti di altri Stati ⁷, già tradizionalmente rilevanti soprattutto per le ricadute penalistiche implicate dal diritto privato internazionale, ed ora vieppiù 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 ⁸, la cui importanza nella materia in esame non ha ancora goduto del dovuto rilievo; 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 recente Trattato di Lisbona che, ampliando le competenze penali dell'Unione, potrebbe condizionare alquanto le scelte anche nazionali di tutela penale ⁹, 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; l'ordinamento internazionale penale ¹⁰.

1.a. « Famiglia » penalistica e fattori di instabilità dell'operazione definitoria.

Il tema famiglia implica, anzitutto, l'*an* della *vita* con riferimento a condizioni della *creazione-origine* della vita stessa, cioè l'*ambiente umano origine* e, assieme, *modalità* di formazione di tale ambiente, comprese modalità dell'atto 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 in tesi 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*.

⁷ V. la panoramica offerta *infra*, cap. VI, da BELTRAME.

⁸ V. il lavoro di DE STEFANI, *infra*, cap. V.

⁹ V. la trattazione di ZANCANI, *infra*, cap. IV.

¹⁰ V. le indicazioni di REBECCA, *infra*, cap. VII.

L'opera definitoria si correla tradizionalmente al risalente problema di fondo, che non è tanto quello della difesa della famiglia quanto della possibilità 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 interessi che facciano capo alla famiglia¹¹, o comunque interessi che, pur facendo capo a persona fisica, si caratterizzino in quanto esprimano una *relazione familiare*, ossia implicino la « *familiarità* »¹², quindi appunto richiedano nondimeno che, prima, sia fissata la nozione di famiglia, giuridicamente rilevante in ambito penalistico.

Orbene, la *dimensione primigenia della famiglia* non appartiene al diritto ma al *costume* che è alimentato dai più diversi fattori dell'ambiente generale di vita, comprese le strutture economico-sociali e le concezioni spirituali e religiose¹³. La famiglia, invero, già nel linguaggio comune e nelle scienze extragiuridiche si riempie di una notevole *plurivocità semantica*, corrispondentemente alla pluralità dei dati fattuali familiari, non senza variabili (anche paradossali) impieghi di connotati intesi come giuridici — spesso acriticamente.

Varie “famiglie” perciò 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 e 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 sorprende, quindi, che questa 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, così complessa e al contempo indefinita, risulti vaga, indeterminata. Si è ormai ben oltre taluni profili di indeterminatezza 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 c.d. vaghi o ad *oggetto giuridico indeterminato*¹⁴. 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.). Come si vedrà meglio più avanti, i codificatori hanno

¹¹ A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, IV, Utet, 1966, 2.

¹² PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, Giuffrè, 1970, 141.

¹³ SCORDAMAGLIA, *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 366.

¹⁴ Per un quadro critico v. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 119; PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 37. Più di recente, SCORDAMAGLIA, *Prospettive*, cit., 369.

mirato ad affermare per la famiglia (solo) il 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 collettività organizzata priva di personalità giuridica ma dotata di un’individualità propria di ordine pubblicistico¹⁵; ma gli stessi compilatori non hanno trascurato modelli diversi, come, tra l’altro, anzitutto quello parentale fondato non solo sul vincolo c.d. di sangue, compreso quello “illegittimo” (naturale), ma anche sull’affinità; e poi hanno impiegato perfino modelli normativi legati a rapporti di cura educazione vigilanza custodia e altro.

Certo, dopo l’avvento della Costituzione (in particolare artt. 2, 29, 30, 31)¹⁶, si è innescato il tentativo di contestare sia la classificazione in termini di vaghezza del bene sia quella in termini esclusivamente pubblicistici, sostenendo che la famiglia è una realtà naturale, un aggregato fondamentale in cui l’uomo esprime la sua personalità e integra la sua capacità¹⁷. 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 che la lesione non è di principio individuabile presso un soggetto di diritti all’interno di una entità consistente in una collettività non personificata (soggetto passivo indeterminato)¹⁸. In questa prospettiva, tra le conseguenze più rilevanti merita segnalare la possibile apertura verso la disponibilità del bene giuridico inteso come individuale e privo di riflessi pubblicistici, rilevante in tema di consenso scriminante (art. 50 c.p.)¹⁹.

L’indeterminatezza residua peraltro, intatta, sul versante dello strumento, quindi del 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 (v. per esempio art. 572 c.p., in tema di maltrattamenti in famiglia), il che basta ad imporre

¹⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5ª ed. aggiornata da Nuvolone e G.D. Pisapia, VII (a cura di Pisapia), Utet, 1984, 728. V., inoltre, PECORELLA, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, 1967, 806 ss., secondo il quale la famiglia-istituzione è l’oggetto giuridico di categoria, mentre soggetto passivo è lo Stato.

¹⁶ Per indicazioni sul portato costituzionale v. *infra*, in questo paragrafo, e nei par. 1.b. e 2.b.; nell’*Introduzione* di ZATTI del presente *Trattato*, vol. I; nonché *infra*, cap. XII, nella trattazione di GIUNTI, par. 3.

¹⁷ G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 229 ss.

¹⁸ V., anche per più ampi svolgimenti di ordine processuale, per tutti, DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell’offesa e tutela processuale*, Jovene, 1999, 139 e *passim*.

¹⁹ Per tutti, CADOPPI, *Introduzione*, in *I reati contro la famiglia*, Trattato diretto da Cadoppi, Canestrari, Papa, a cura di Cadoppi, Utet, 2006, 16.

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 tutelato²⁰. 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 tutelato²¹, cioè (però) come *membro della famiglia*, quindi senza che si possano raggiungere soluzioni radicalmente individualistiche²², e senza che sia radicalmente escluso che la tutela investa invece o inoltre beni non individuali e scarsamente afferrabili come la *morale familiare* o l'*ordine familiare*²³, o beni comunque difficilmente riducibili alla sfera individuale e altrettanto pregni di inagevole afferrabilità, come lo « *stato di famiglia* »²⁴.

Del resto, difficilmente si sfugge quanto meno dall'individuazione nella famiglia di un *bene strumentale* (non finale²⁵, il che avviene anche quando la si intenda come *entità trascendente*, in veste di *società intermedia*²⁶).

Resta quindi comunque aperta la questione dell'ambito entro il quale un rapporto interpersonale può qualificarsi come familiare²⁷.

²⁰ Cfr. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Cedam, 1960, 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. Conf. BRICOLA, voce *Delitti contro lo stato di famiglia*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 53.

²¹ PEZZI, voce *Famiglia*. VI) Delitti contro la famiglia, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Ed. Enc. it., 1989, 3. Cfr., per esempio, riguardo alla bigamia (primo coniuge, oppure persona ingannata), Cass., sez. II, 11 ottobre 1967, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1968, 244; Cass. pen., 19 febbraio 1965, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1030, con nota di 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.

²² G.D. PISAPIA-G. PISAPIA, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Digesto IV, Disc. pen.*, V, Utet, 1991, 120.

²³ CARMONA, voce *Morale familiare (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, 1977, 29; CONTENTO, voce *Morale familiare (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Ed. Enc. it., 1990, I. V. *infra*, cap. IX, nella trattazione di PISTORELLI.

²⁴ Cfr., per le varie prospettive, BRICOLA, voce *Delitti contro lo stato di famiglia*, cit., 56; SPAGNOLO, voce *Stato di famiglia (delitti contro lo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Ed. Enc. it., 1993, 1; STELLA, *L'alterazione di stato mediante falsità*, Giuffrè, 1967; SCHIAVANO, *La tutela penale dello stato di filiazione*, Cedam, 1971. V. *infra*, cap. X, nelle trattazioni di PALERMO FABRIS e STRANO LIGATO.

²⁵ Su questa distinzione v., per tutti, FIORELLA, voce *Reato. I. - Reato in generale: a) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990, 708.

²⁶ V., per tutti, CADOPPI, *Introduzione*, cit., 2 ss.; DELOGU, in *Commentario*, cit., 505 s., secondo il quale, con riguardo all'art. 570, n. 2, e all'art. 570, comma 1°, la società intermedia (entità trascendente) è rispettivamente il gruppo familiare e la famiglia nucleare (in atto: 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 (505).

²⁷ V. ZAGREBELSKY, *Delitti contro la famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da Bricola e Zagrebelsky, 2ª ed., V, Utet, 1996, 455.

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) c.d. “naturale” sviluppo nell’altrettanto naturale trinomio padre-madre-figli, e a quanto pare è concepito come *cellula primordiale di concretizzazione della socialità (appartenenza)*, almeno nella prospettiva dell’evoluzione riscontrabile in complesso nel costume sociale europeo-occidentale. 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 criminale²⁸, mentre peraltro da tempo si rileva, anche riguardo al modello social-familiare di stampo tradizionale, che alla regolamentazione penale dell’odierna società complessa sfugge²⁹ il dominio sulla patologia più allarmante relativa alla famiglia, la violenza intradomestica³⁰. Recenti vicende di parricidio e/o matricidio, omicidio di parenti stretti, omicidio di amici/partner conviventi, da parte di giovani e financo minori hanno riproposto anche di fronte all’opinione c.d. pubblica spinosi interrogativi riconducibili al problema penale e al suo drammaticamente problematico connubio col problema familiare.

In effetti, 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*³¹, apprezzandone le potenzialità significanti (o no) ai fini dell’*an* e eventualmente del *quid*, *quomodo* e *quando* della pena, a confronto con le indicazioni giuridiche costituzionali e secondo il portato delle riflessioni politico-criminali e criminologiche³². Ma su queste esigenze rese già problematiche dall’incertezza del quadro familiare fat-

²⁸ JESCHECK, *La crisi della politica criminale*, in STILE (a cura di), *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Jovene, 1981, 118. Per un primo approccio alla considerazione della famiglia sotto i molteplici profili di connessione tra criminologia e diritto penale v. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, 2000, 281, 343, 528 e *passim*.

²⁹ Non sono mancati negli ultimi anni interventi legislativi rivolti a perseguire i sempre più frequenti episodi di violenza nelle relazioni familiari: si pensi all’introduzione dei cd. “ordini di protezione contro gli abusi familiari” ad opera della legge 4 aprile 2001, n. 154 e successive modificazioni e del nuovo reato di atti persecutori (cd. *stalking*) previsto dalla legge 23 aprile 2009, n. 38 (v. la trattazione di PISTORELLI, *infra*, cap. III).

³⁰ SCORDAMAGLIA, *Prospettive*, cit., 367. Cfr. CARRERA-MARTUCCI, *La violenza in famiglia*, Il Mulino, 1988.

³¹ Quanto alla famiglia come produttore di disvalore, basti qui per esempio accennare al tema della pedofilia familiare (v. le osservazioni di PITTARO, *Pedofilia e violenze sui minori: una nuova emergenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1161).

³² LATAGLIATA, *Criminologia e politica criminale*, in *Arch. pen.*, 1982, 245.

tuale si innestano le ancor più chiare incertezze insistenti sullo strumento penale. Per dirla in breve, anticipando le conclusioni, 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 funzioni³³, in astratta ma incoerente coesistenza.

Tra queste ultime funzioni spicca oggi, rappresentando un’*inestirpata* 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 inestirpabile concezione retributiva della pena, emerge con grande intensità riguardo a temi connessi all’ambito familiare (par. 2), anche se in questo stesso ambito denuncia a sua volta una profonda crisi, come si dirà (par. 2.a).

Un pretore ha sollevato questione di costituzionalità dell’art. 572, comma 1°, c.p. (maltrattamenti in famiglia), per contrasto con gli artt. 29, 30, 31, 2 e 3 Cost., nella parte in cui non prevede come causa di estinzione del reato la seria riconciliazione dei coniugi ed il normale svolgimento della vita coniugale. Il caso concerneva la vicenda familiare di un giovane marito tossicodipendente che aveva usato per un certo periodo reiterati maltrattamenti alla moglie fino all’episodio ultimo durante il quale aveva minacciato la moglie con un coltello procurandole poi lesioni personali lievissime, guarite in due giorni — perciò era stato arrestato. Successivamente, ottenuta la libertà provvisoria, il giovane si era allontanato dalla droga, tenendo condotta irreprensibile e riconciliandosi con la moglie al punto da ridare ordine e armonia alla vita familiare e mettere al mondo un bimbo d’intesa con la moglie stessa.

Il pretore aveva tra l’altro rilevato 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), concezione che 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 costituzionale³⁴, confermata « l’attuale validità della rilevanza penale

³³ Per un primo quadro v. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena?, Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Pol. dir.*, 2000, 265; RONCO, *Retribuzione e prevenzione generale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Giuffrè, 2000, 481; ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell’ordinamento positivo italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 402.

³⁴ Corte cost., 11 luglio 1990, n. 357, in *Giur. cost.*, 1990, 2226.

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) », ha rilevato 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 la Corte ha concluso per l'inammissibilità della questione.

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 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 ³⁵, 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 (par. 3).

Tra tali fattori di instabilità militano principalmente i seguenti:

— l'importanza conferita al bene-interesse famiglia, assunto a *rango costituzionale* in prospettiva strumentale rispetto alla difesa della dignità-personalità umana, epperò 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.). Vi è una tensione dialettica, comunemente ravvisata, tra *concezione istituzionale* e *concezione individualistica* della famiglia ³⁶, e più esattamente tra *plurime concezioni istituzionali complessivamente onniassorbenti* (quella individualistica è a sua volta una concezione istituzionale). La stessa nozione di famiglia « naturale », che giocoforza gravita sul costume sociale piuttosto che sull'ineffabile “natura”, non tanto perde perciò di qualsiasi prescrittività ³⁷ quanto assume potenzialità pre-

³⁵ G.D. PISAPIA, voce *Famiglia (diritto penale)*, in *Noviss. Digesto it.*, VII, Utet, 1961, 52.

³⁶ Cfr. PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 64 e *passim*.

³⁷ Come ritiene BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lav. dir.*, 2001, 11.

scrittiva 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 »³⁸, 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. Ciò tanto più è a dirsi per l'ambito penalistico, che ha sancito un'ampia discrezionalità legislativa nella conformazione dei tipi di formazione familiare³⁹, come del resto afferma la tradizione codicistica perfino precostituzionale, che — si è accennato — non ha avvinto la famiglia soltanto né esclusivamente al dato matrimoniale⁴⁰. 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-matrimoniale⁴¹, nonostante per ora la stessa Corte costituzionale tenda a mantenersi ancorata a concezioni foriere di un certo privilegio per tale componente (par. 2 e 10).

— 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 c.d. 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 (par. 2.a.);

— la *pluralità di episodici interventi normativi* penalistici stratificatasi dal 1930 ad oggi senza la mediazione di una riconsiderazione legislativa unitaria, con conseguente frustrazione dell'esigenza di coerente coordinamento sistematico⁴²;

— la *disarmonia* rispetto alla concorrente e allo stesso modo insoddisfatta esigenza di coordinamento con gli altri settori giuridici, tra l'altro 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, come si dirà, non necessariamente poggia su premesse da valutare negativamente in integro, per quel che oggi esse sono in grado di esprimere, cioè, in sintesi

³⁸ BIN, *La famiglia*, cit., 12.

³⁹ Ciò emergerà bene nell'illustrazione della recente decisione costituzionale in tema di incesto (*infra*, par. 2).

⁴⁰ V. *amplius*, *infra*, par. 5 ss.

⁴¹ Per tutti, MANZINI, *Trattato*, cit., VII, 727.

⁴² SCORDAMAGLIA, *Prospettive*, cit., 384; CONTENTO, *Riforma*, cit., 167.

anticipatoria, una pur relativa capacità di adattamento alle istanze del costume (par. 6-9);

— 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.b. *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, comma 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 attualmente esistenti bensì futuri obbiettivi concepiti in funzione esclusivamente promozionale cioè in vista di auspicati mutamenti sociali o individuali che però attualmente sono inesigibili in concreto. Il tema familiare si presta molto ad 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 ⁴³.

Con riguardo al delitto di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.), e al 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 ⁴⁴, la Corte costituzionale ⁴⁵ 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. » ⁴⁶.

È ormai in generale ricorrente l'invito rivolto ai giudici da parte della Corte costituzionale, a dare rilevanza all'offensività del fatto *in concreto*, a prescindere dalla conformazione della descrizione tipica, e in forza dell'art. 49, comma 2°, c.p. ⁴⁷.

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 (par. 3).

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 quando i beni-interessi rilevanti hanno un alto grado di consenso, consenso sociale o almeno da parte dei tecnocrati, e

⁴³ V., volendo, RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*. Raccontando Giuseppe Bettiol, Cedam, 2005, *passim*.

⁴⁴ Sul punto v. anche le considerazioni di MENEGHELLO, *infra*, cap. XI, sez. IV, par. 26.

⁴⁵ Corte cost., 6 ottobre 1988, n. 957, in *Cass. pen.*, 1989, 186, con nota di 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.

⁴⁶ Cfr. per una applicazione con conclusioni affermative in punto di offensività, Pret. Rovereto, 19 maggio 1999, in *Dir. fam.*, 2000, 210, con nota critica di BART. ROMANO.

Riguardo ad ulteriori profili di rilevanza penalistica della volontà dei c.d. “grandi minori” v. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Cedam, 2000, 235 ss.

⁴⁷ V., per tutte, Corte cost., 19 marzo 1986, n. 62, in *Giur. cost.*, 1986, I, 408 ss.; Corte cost., 13 luglio 1995, *ivi*, 1995, II, 2668 ss.

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 (par. 4).

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 preliminarmente 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 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 ad 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 affermano in un processo di continua evoluzione cui non sfuggono neppure le cennate ipotesi di nuove concezioni proponentisi 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 ⁴⁸.

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. Invero, 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 ⁴⁹. Insomma, soluzioni generalizzanti “a senso unico” sono da escludere per principio metodologico, il che dovrebbe concernere anche il diritto penale della famiglia ⁵⁰, 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 ⁵¹. Peraltro, lo sviluppo dell’interpretazione penalistica in materia familiare si è determinato all’insegna di un esasperato *metodo casistico opportunistico*, senza concessioni ad 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 ⁵². 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 ed 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 ⁵³.

Sotto tutti questi profili pare *inadeguata* l’idea ⁵⁴ 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

⁴⁸ Per una esauriente ricognizione critica, in tema di « *Stato e famiglia nelle politiche del diritto penale* », v. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Il Mulino, 1981, 83 ss.

⁴⁹ COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Università di Perugia, 1979, 234 ss.

⁵⁰ DELOGU, in *Commentario*, cit., 4. V., inoltre, contro la concezione sanzionatoria, SCORDAMAGLIA, *Prospettive*, cit., 368. Per la considerazione di esigenze di unità dell’ordinamento giuridico, G.D. PISAPIA-G. PISAPIA, voce *Famiglia (delitti contro la)*, cit., 118. Per una accentuata rivendicazione di autonomia totale del giure penale v. RUFFO, *La tutela penale della famiglia. Prospettive dommatiche e di politica criminale*, Esi, 1998, 94.

⁵¹ PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 24 s.

⁵² Per una considerazione di questi rapporti v. SCHIAVANO, *La tutela penale dello stato di filiazione*, Cedam, 1971, 14 ss.

⁵³ Cfr. VIOLANTE, *La famiglia in diritto penale*, in *Pol. dir.*, 1980, 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.

⁵⁴ DELOGU, in *Commentario*, cit., 5.

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 dall'implicazione di ideologie personali, seguendo cioè il modello della c.d. interpretazione conforme a Costituzione⁵⁵.

Analogo rilievo vale in ordine all'individuazione di vincoli costituzionali all'opera legislativa di riforma del diritto penale in materia⁵⁶, opera che ancora è in una fase di studio, non avendo definitivamente superato nemmeno il dilemma se mantenere o no, e eventualmente in che misura, reati « contro la famiglia ».

Comunque, non si può non tener conto che il processo di democratizzazione del diritto penale può portare verso l'alto il tasso di indeterminazione del bene, per farvi rientrare concezioni diverse ma tutte al contempo tutelate, sicché l'eventuale conflitto-antinomia si risolva 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 giudiziale⁵⁷.

2. Funzione simbolica del diritto penale della famiglia. L'incesto e la morale sessuale familiare.

L'esempio più tradizionale e significativo della menzionata 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 costituzionale⁵⁸ 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 c.d. « ordinamento sessuale della famiglia »⁵⁹. Questo caso esalta la cornice dell'*apparenza* segnata dalla rilevanza del pubblico scandalo, appa-

⁵⁵ Come vorrebbe DELOGU, in *Commentario*, cit., 4 s.

⁵⁶ Quanto alle esigenze di riforma, ai significati della non-riforma, e ai contenuti della riforma stessa, temi che fuoriescono dai limiti posti alla presente *Introduzione*, v. RUFFO, *La tutela penale della famiglia*, cit., 1998, 71; UCCELLA, *Prime considerazioni sul « nuovo » diritto penale della famiglia, quale proposto dal progetto di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 1994, 788; UCCELLA, *La tutela penale*, cit., 115; SCORDAMAGLIA, *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in *Iustitia*, 1990, 113; RESTA, *Atteggiamenti verso la codificazione penale*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, 1981, 1, 139; MARRA-PAVARINI-VILLA, *La codificazione impedita. Alcune osservazioni in tema di « nuovo » diritto penale e funzione della pena*, ivi, 258. « Reati contro la famiglia » compaiono nel Progetto c.d. Pagliaro (in *Doc. giust.*, 1992, 432).

⁵⁷ Su questi temi v. i rilievi generali di ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983, 82 e *passim*.

⁵⁸ Corte cost., 21 novembre 2000, n. 518, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1590.

⁵⁹ CONTENTO, voce *Morale familiare (delitti contro la)*, cit., 1.

renza 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, comma 1°, 13, comma 1°, e 27, comma 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 preunitaria⁶⁰. 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 al parametro della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 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, comma 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

⁶⁰ V. *infra*, cap. IX, par. 2.a., nella trattazione di PISTORELLI.

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)⁶¹. Al giudice pare dunque sproporzionato e irragionevole il sacrificio della libertà personale rispetto a una ipotetica tutela di un sentimento collettivo di riprovevolezza 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, quali "prossimi congiunti" (art. 307, comma 2°, c.p.).

La Corte costituzionale ha ritenuto la questione non fondata. Ha anzitutto escluso che la norma tenda ad 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 ad 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*

⁶¹ V. *infra*, par. 5.b.

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'amplissima 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 oggettiva⁶². 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 (solo) alla funzione simbolica.

⁶² Adesivamente, DELOGU, in *Commentario*, cit., 190.

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) ⁶³.

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 rincontrati 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, comma 1°, Costituzione tedesca), al principio di eguaglianza e al divieto di discriminazione (art. 3 Costituzione tedesca) e alla norma che tutela il matrimonio e la famiglia (art. 6, comma 1°, Costituzione tedesca ⁶⁴).

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, poiché 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 ⁶⁵.

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

⁶³ BVG, 26 febbraio 2008, 2 BvR 392/07. Traduzione italiana (compresa *dissenting opinion* Hassemer) a cura di DODARO e DORA in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091, con commento di DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l’incesto tra fratelli maggiori tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*. Per la traduzione italiana del codice germanico v. AA.VV. *Il codice penale tedesco*, a cura di Vinciguerra, Cedam, 2003.

⁶⁴ “Il matrimonio e la famiglia sono sottoposti alla particolare protezione dell’ordinamento statale”.

⁶⁵ La Corte ha tratto spunto da un parere fornito dal Max-Planck-Institut per il diritto straniero e internazionale di Friburgo, 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 indem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB - Beischlaf zwischen Geschwistern - Fassung 19 novembre 2007*, a cura di Albrecht-Sieber).

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. Il giudice Hassemer ha criticato la decisione poiché essa non ha individuato esattamente gli scopi perseguiti dal legislatore penale⁶⁶: 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 eugenetico⁶⁷ e ritiene ingiustificato il riferimento alla coscienza sociale collettiva come presupposto per la punizione dell'incesto.

2.a. *L'interruzione della gravidanza e altra normativa di crisi del valore dell'uomo e familiare.*

Conclusioni come quelle prese dalla Corte costituzionale in tema di incesto sono importanti al fine dell'apprezzamento del ruolo e dei contenuti assegnati e assegnabili alla famiglia, oltre che alla pena, ma non esauriscono le tendenze 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, la creazione della vita umana e la disposizione sulla vita stessa. Qui la pretesa simbolica vorrebbe da parte sua intensificarsi poiché ri-

⁶⁶ Hassemer nega che si possa considerare la famiglia come il bene giuridico tutelato poiché, da un lato, la norma esclude dal novero dei possibili soggetti attivi del reato individui (es. 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.

⁶⁷ 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).

guarda addirittura una valutazione sulla nozione/meritevolezza di vita ⁶⁸, ma si avvia sui sentieri della programmazione riguardo sia alla nascita/inizio della vita sia alla conformazione biologico-genetica del nascituro, 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 c.d. 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 ⁶⁹, 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* c.d. 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, oggi, parte della dottrina penale tenderebbe a confinare anche le questioni concernenti l'identità genetica (identità "familiare"?) in una legge speciale ⁷⁰, quindi fuori dal codice penale cioè dal *corpus* penalistico che (forse solo) per tradizione si ritiene rappresentativo dei più importanti beni/interessi stabilmente condivisi ⁷¹. In tutto ciò potrebbe ravvisarsi un ulteriore segnale di quell'« ambiguità » che taluno rileva nel diritto penale familiare vigente, nel senso che tale diritto è destinato a sanzionare condotte vieppiù soggette a *processi di "privatizzazione"* ⁷² i quali contribuiscono a pervaderle progressivamente di inoffensività per la comunità generale.

Peraltro, 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

⁶⁸ Per un primo quadro generale su questo tema v. ZATTI, *I dilemmi della nascita*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Giuffrè, 1998, 897.

⁶⁹ Riguardo a tale disposizione v. CANESTRARI, *Procreazione medicalmente assistita e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1293; RIZ, *Bioetica-Fivet-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, 453; FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, 2001.

⁷⁰ MANNA, *Tutela degli embrioni e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 1990, 693; MANNA, *Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 535.

⁷¹ Criticamente, FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137.

⁷² UCCELLA, *La tutela penale della famiglia*, cit., IX.

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* ⁷³, 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 ⁷⁴. La stessa relazionalità familiare tende a dissolversi fin dall'inizio della vita. Fatica quindi a sostenersi l'idea che la famiglia sia principio antropologico appartenendo alla struttura costitutiva dell'essere umano, fermo restando l'amaro rilievo del conseguente inaridimento dell'"umanità" ⁷⁵. L'incertezza etica che al riguardo attualmente pervade la c.d. bioetica e il correlato biodiritto ⁷⁶ pregiudicano la fondatezza di qualsiasi ricognizione del torto. Oggi si assiste ormai a 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 etc.). 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 decisionario privatistico (privatizzazione) — e con ciò di frammentazione — le quali convergono sulla stessa (attribuzione di) dignità, procedure costruite talvolta formalmente (ma non sostanzialmente) come foriere di bilanciamenti.

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 la paternità) ma consente a larghissime maglie l'interruzione della gravidanza, costruendo una sfera di potere consustanz-

⁷³ Criticamente, VIOLANTE, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 35.

⁷⁴ Riguardo alla sessualità, il processo si è evoluto con la nuova formulazione dei reati contro la libertà sessuale (legge 15 febbraio 1996, n. 66). V. al riguardo la trattazione di PISTORELLI, *infra*, cap. XV, par. 5 ss.

⁷⁵ Per una difesa del principio vedi 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, 2010.

⁷⁶ Vedi il citato *Trattato di biodiritto*, in particolare i volumi II (*Il Governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà e Zatti, Giuffrè, 2011) e IV (*Le responsabilità in medicina*, a cura di Belvedere e Riondato, Giuffrè, 2011).

ziato ad 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*). 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 ⁷⁷. A sua volta, il diritto penale è chiamato a presidiare nude procedure anziché valori-beni-interessi, disperdendo il criterio di apprezzamento dell'essere umano ⁷⁸ che, perciò, la norma penale non è in grado di nominare (perciò non lo nomina). Questo criterio è il risultato, tendenzialmente pluriverso, e non il presupposto tendenzialmente invariato, della procedura; 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, c.d. pillola del giorno dopo — ridicolizza la stessa procedura, lasciando residuare solo l'effettività indefinitamente espansiva del diritto alla procreazione, che è inteso secondo modalità di esercizio implicanti la soppressione del 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 ⁷⁹, che a veder bene è più esattamente 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, mentre però *violazioni davvero sostanziali non esistono*, sicché la tutela penale 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 « per-

⁷⁷ VIOLANTE, *La tutela penale della donna*, in *Ind. pen.*, 1984, 659.

⁷⁸ V. *amplius infra*, cap. XIII, sez. III, nella trattazione di AMBROSETTI.

⁷⁹ CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 57.

sona » in uno con la sua fisicità, si determinano conseguentemente le c.d. smaterializzazioni delle fattispecie penali che perciò restano soltanto formalmente ascrivibili alla tutela di una dignità umana ridotta così a pura, inconfidente astrazione⁸⁰.

Le stesse chiavi di lettura valgono rispetto ad ogni successivo sviluppo normativo che nella rincorsa (perdente) al c.d. 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 pregnata di avaloriale neo-cannibalismo, che il personalismo individualistico reclama.

L'affollamento dei temi che queste nuove relazioni "familiari" suscitano, e che qui devono restare soltanto accennati in modo sommario ed evocativo, 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, etc. Basti osservare che sul(l'erroneo⁸¹) presupposto per cui alla c.d. scienza non sono opponibili limiti, si erge l'illimitata disposizione sull'oggetto-umano. Allo stesso modo, una volta ammesso (erroneamente) che non solo la relazionalità sessuale ma anche la connessa attitudine procreativa deve rimanere sottratta a qualsiasi ingerenza giuridica⁸², si apre la via della deresponsabilizzazione per qualsiasi impiego e 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.

⁸⁰ Cfr., su questi temi, PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 410.

⁸¹ V. la Convenzione del Consiglio d'Europa su diritti dell'uomo e biomedicina (4 aprile 1997; in vigore dal 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); pur essendo avvenuta, con Legge 28 marzo 2001, n. 145 la ratifica di tale convenzione, l'Italia non rientra ancora tra gli Stati parte della Convenzione non essendo mai stato depositato lo strumento di ratifica.

⁸² Così (ma incoerentemente rispetto alle premesse e alle conclusioni) EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 55.

2.b. *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 c.d. *in malam partem* ad opera della Corte costituzionale, in ragione di applicazioni del principio di eguaglianza-ragionevolezza⁸³. Il principio di stretta legalità (art. 25, comma 2°, Cost.) si opporrebbe a 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 ad un sindacato di costituzionalità con esiti penalizzanti (comunque non retroattivi)⁸⁴, 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 rinvenibile in due vicende giudiziarie.

La prima. Nel corso di un procedimento concernente un reato di corruzione di minorenni (abrogato art. 530 c.p.), un pretore⁸⁵ ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 29, comma 1°, 31, comma 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 legge 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

⁸³ Il tema, che ha un alto tasso di problematicità, deve qui rimanere soltanto accennato. Si rinvia pertanto (anche per ulteriore indagine), riguardo alla soluzione negativa, a DOLCINI-MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 385; PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 518; riguardo alla soluzione affermativa, RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea*, Cedam, 1996, 289; PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Cedam, 1992, *passim*. In tema di famiglia, per l'inesistenza degli obblighi in questione, SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, cit., 377.

⁸⁴ Corte cost., 3 giugno 1983, n. 148, in *Cass. pen.*, 1983, 1909, con nota di LATTANZI, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale*.

⁸⁵ Pret. Sondrio, sez. dist. Morbegno, ord. 6 giugno 1996, in *G.U. prima serie sp.*, n. 38/1996.

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 dai 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, comma 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* e delle circostanze aggravanti di cui all'art. 609 *ter* del codice penale ». Sussisterebbe altresì contrasto con l'art. 31, comma 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 costituzionale⁸⁶ 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 ad 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, comma 2°, del d.p.r. 27 aprile 1955, n. 547 (*Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*), promosso dal Pretore di Udine⁸⁷ 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,

⁸⁶ Corte cost., 13 novembre 1997, n. 355, in *Giur. cost.*, 1997, III, 3483.

⁸⁷ Pret. Udine, sez. Cervignano del Friuli, ord. 8 aprile 1992, in *G.U.* prima serie sp., n. 27/1992.

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, ed 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 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 inammissibile⁸⁸, 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 ».

3. Pena, misure penali e famiglia.

Dati il menzionato "doppio taglio" dell'arma penale, l'incoerente polifunzionalità della pena (par. 1.a.), e soprattutto il noto assetto fattuale quartomondista dell'apparato penitenziario italiano, la combinazione di famiglia e pena dà luogo a miscele connotate da notevole, paradossale esplosività. Ciò già emerge con desolante lucidità da un quadro normativo fedelmente riproduttivo del paradosso e non scevro da laceranti contraddizioni: pur ammesso, sì, che la pena costituisca da un lato strumento di tutela sul piano della prevenzione generale (cioè nella *fase della "minaccia"*⁸⁹) quindi che essa sia fattore di valore, perfino di valore familiare; tuttavia, dall'altro lato e al contempo la pena (non solo quella detentiva⁹⁰), è fattore di crisi familiare (disvalore) in *fase esecutiva* (par. 3.a.). Questa doppia anima si rivela anche in *fase commisurativa*, poiché la pena deve attagliarsi secondo i suoi vari fini al concreto reo (individualizzazione), e

⁸⁸ Corte cost., 3 maggio 1993, n. 212, in *Giur. cost.*, 1993, 1591.

⁸⁹ Su queste distinzioni v., per tutti, ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, cit., 402.

⁹⁰ Cfr. Corte cost., 15 giugno 1995, n. 283, in *Giur. cost.*, 1995, II, 2007. 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, BERNARDI, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 514).

richiede perciò che si tenga conto, tra l'altro, delle condizioni familiari (par. 3.a.). 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 in peculiar modo all'interno della disciplina della pena che incida su beni diversi dalla libertà personale e dal patrimonio (non detentiva né pecuniaria) (par. 3.b.).

3.a. *La famiglia del reo tra commisurazione e esecuzione della pena.*

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 (cfr. artt. 14 *quater* commi 4° e 5°, 15, comma 1°, 18, comma 3°, 28, 29, 30, 42, comma 2°, 45, comma 2°, 75 n. 5)⁹¹, 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 famiglie⁹². Il nuovo 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 famiglia⁹³, contro la « crisi » causata dalla pena (artt. 61 e 45)⁹⁴. 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, comma 2°). Il processo rieducativo tende a coinvolgere i membri della famiglia.

⁹¹ DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 122 (anche per riferimenti al diritto internazionale e ult. ind.); PRESUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Cedam, 1998; CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, 4ª ed., Giuffrè, 1998; DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 3ª ed., Cedam, 1998; DI GENNARO-BONOMO-BREDA-LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, nuova ed. riv., Giuffrè, 1997, *passim*; BIONDI, *I figli dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 632; FLORA (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, 1987, *passim*; CORSO, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Il Mulino, 1981, 180.

⁹² 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 » giustificano 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).

⁹³ V., sul nuovo regolamento dell'ord. penit., il *Commento* di CANEVELLI, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1321.

⁹⁴ 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, comma 3°, d.p.r. n. 230, cit.).

In sintesi, ad evocare la drammaticità del connubio pena-famiglia nel momento esecutivo della pena basti cennare al tema molto attuale degli “infanti in carcere” con le rispettive madri detenute (e magari altri congiunti in altro carcere), e più in generale al tema 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.), riguardo al quale il legislatore è radicalmente intervenuto (solo) nel 2001 approntando misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (legge 8 marzo 2001, n. 40)⁹⁵. La Novella tende a concretizzare il principio per cui la pena, poiché deve tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3°, Cost.), implica la c.d. risocializzazione nonché la c.d. 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).

Ancora, in tema di pena merita notare che, nella *fase di commisurazione* di una pena irroganda, la famiglia del reo entra sì 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 pena⁹⁶ 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 la famiglia, misurata secondo la sua *potenzialità criminogena*, è in grado di orientare la pena verso l’alto o verso il basso, a seconda del ruolo che si assegni alla capacità a delinquere e a seconda del fine (della pena) cui si attribuisca rilevanza nell’atto commisurativo⁹⁷. Per esempio, se la capacità a delinquere viene intesa nella sua proiezione verso il futuro, in prospettiva specialpreventiva, 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 reo⁹⁸. Se, invece, si rivolge l’attenzione al passato mirando alla retribuzione e considerando la capacità a delinquere quale criterio di commisurazione della colpevolezza,

⁹⁵ Si rinvia alla trattazione di PISTORELLI, *infra*, in questa parte del volume, cap. II.

⁹⁶ DOCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, 1979, 325; DUSI, *Discorso giuridico penale e cultura della società*, in DE ACUTIS-PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, 1984, 165.

⁹⁷ In generale, riassuntivamente, DOLCINI, *sub art. 133*, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, 5ª ed., Cedam, 2008, 454.

⁹⁸ Per tutti, M. ROMANO, in M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Giuffrè, 1990, 287.

le potenzialità criminogene della famiglia tenderanno tanto più ad attenuare la pena quanto più esse fuoriescano dalla capacità di dominio del reo, e viceversa ⁹⁹. Non è nemmeno escluso che la capacità a delinquere assuma al contempo un ruolo bidimensionale (passato e futuro) ¹⁰⁰, 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 inadatto 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, comma 4°, c.p., in relazione al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) ¹⁰¹. 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'eguaglianza 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 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

⁹⁹ Per tutti, G. BETTIOL, *Diritto penale*, 9ª ed., Cedam, 1976, 753.

¹⁰⁰ Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, 6ª ed., Cedam, 2009, 638.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. III, 24 aprile 1974, Pierucci, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1975, 1109 (e 1263 per la motivazione).

ricollegati a concretizzati *modelli familiari giuridici extrapenal*i (non solo, quindi, la famiglia c.d. 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* ¹⁰².

3.b. *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 recente *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 — *Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468*) ¹⁰³.

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 ¹⁰⁴).

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 ¹⁰⁵. Tuttavia, la stessa pena

¹⁰² V. anche i rilievi di PISTORELLI, *infra*, in questa parte del volume, cap. II.

¹⁰³ Per un commento alla riforma v. i lavori pubblicati in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1 (17 ss.) e 2 (145 ss.), a cura di vari Autori (DIOTALLEVI, PANSINI, GALLUCCI, CANEVELLI, PAPA, BERNARDI, BARTOLI, LEONCINI).

¹⁰⁴ V. *amplius infra* anche, cap. XII e XIII, nella trattazione di GIUNTI.

¹⁰⁵ L'art. 53, comma 2°, precisa che il condannato *non è considerato* in stato di detenzione.

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, come si è detto nel par. 3.a) 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, 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 nuova 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 ¹⁰⁶.

Tuttavia, la diversificazione pare non irragionevole in relazione all'obiettivo di frustrare l'effetto c.d. 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 ¹⁰⁷. 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 scarsa operatività che la prassi concede ai criteri commisurativi ¹⁰⁸, ragioni di economia espositiva consigliano di lasciare aperto l'interrogativo, rinviando per il principio di soluzione a quanto finora e nel seguito illustrato.

4. Nozione di famiglia e misure di prevenzione: l'allontanamento dalla casa familiare e l'ordine di protezione c.d. civilistico; famiglia come convivenza.

Problemi di contemperamento rispetto a istanze familiari si sono posti di recente con peculiare intensità perfino con riguardo ad un altro strumento penalistico, la misura (di sicurezza ovvero) di prevenzione (art. 25, comma 3°, Cost.) ¹⁰⁹. Al monito della dottrina, secondo cui non si può chiedere al diritto penale più di quel (poco) che può dare, specie in tema di famiglia ¹¹⁰, un sordo legislatore risponde coniando « *misure contro la violenza nelle relazioni familiari* » (legge 4 aprile 2001 n. 154) ¹¹¹, 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 Novella).

¹⁰⁶ BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 179.

¹⁰⁷ BARTOLI, *Le definizioni*, cit., 179.

¹⁰⁸ V. *supra*, par. 3.a.

¹⁰⁹ Per tutti, GUERRINI-MAZZA, *Le misure di prevenzione*, Cedam, 1996; e, per i profili giurisprudenziali anche costituzionali, RIONDATO, *sub* legge 27 dicembre 1956, n. 1423, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, a cura di Zuccalà, Cedam, 2010, *post* art. 240, 965.

¹¹⁰ Per tutti, SCORDAMAGLIA, *Prospettive*, cit., 378 e *passim*.

¹¹¹ V. *amplius infra*, cap. III, la trattazione di PISTORELLI.

Questa misura ha sì una collocazione formale endoprocedurale (è vestita da misura cautelare personale, coercitiva), ma assolve soprattutto ad una finalità esoprocedurale, 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 Novella 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, legge n. 154/2001 cit.; nuovo capo V del Titolo II del Libro quarto del codice di procedura civile, introdotto dall'art. 3 della Novella) ¹¹². 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, comma 3°, Cost.), se non immediatamente 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 » ¹¹³, in forme molto meno garantiste di quelle che, come si dirà, il legislatore prerepubblicano (anche) in materia familiare era in apprezzabile misura riuscito a mantenere pur mirando ad analoghi obiettivi di ispirazione autoritaria ¹¹⁴.

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 sempre trovato in complesso ragioni di legittimazione da parte della giurisprudenza costituzionale, almeno nella logica c.d. dell'emergenza, a partire dal menzionato terzo comma dell'art. 25 Cost.,

¹¹² Sui profili civilistici si rinvia ad altra, pertinente, parte del presente *Trattato*.

¹¹³ Adesivamente, MINA, *L'intervento del giudice penale nei conflitti familiari*, in *Crit. dir.*, 2000, 164.

¹¹⁴ Si rinvia al par. 5.a. V., intanto, ROPPO, *Il giudice*, cit., 83 ss.

che fonda ampiamente la misura di prevenzione speciale, compresa quella avente mero scopo di neutralizzazione della pericolosità¹¹⁵, com'è nei casi in esame. Peraltro, si è faticosamente delinato 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)¹¹⁶.

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 subjecta 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 » c.d. 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 prevedono 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 basano¹¹⁷: rileva insomma indefinitamente tutto quanto assuma senso in funzione dello

¹¹⁵ V. le indicazioni riportate *supra*, nt. 109.

¹¹⁶ V., per tutti, GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione, Profili sostanziali e processuali*, Cedam, 2004.

¹¹⁷ Corte cost., 20 novembre 2000, n. 510, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1588, con riferimento all'art. 10, comma 4°, legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'art. 3, legge 19 marzo 1990, n. 55.

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 recente (peraltro non chiarissima) definizione di “*diretti familiari*” (cors. 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 comma 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) ¹¹⁸.

Il menzionato giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 10, comma 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*), è stato promosso dal Tribunale di Avellino ¹¹⁹ che ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 27 e 41 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell’art. 10, comma 4°, cit. “nella parte in cui la suindicata 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

¹¹⁸ 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 transazioni e prevenire l’utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio*). Questo articolo è stato abrogato dall’art. 64 comma 1 lett. A) d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

¹¹⁹ Trib. Avellino, ord. 23 settembre 1999, n. 40, Pagnozzi, in *G.U.* prima serie sp., n. 9/2000.

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, comma 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 dell'efficacia quinquennale dei divieti, stabilita nell'ultima parte del medesimo comma 4° dell'art. 10 (quale sostituito con la legge n. 55/1990); la possibilità di richiedere la riabilitazione — alla quale consegue la cessazione dei divieti previsti dall'art. 10 della legge 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 legge n. 55/1990), nonché la deroga (introdotta anch'essa dall'art. 3 della legge n. 55/1990) contenuta nello stesso art. 10, al comma 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 legge n. 575/1965 (nella versione risultante dalla legge n. 55/1990). Esso stabilisce che il tribunale, prima di adottare un provvedimento previsto dall'art. 10, comma 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 (comma 1°). Analoghe indagini, secondo il comma 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 comma 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 comma 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.

4.a. *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. Lazio¹²⁰, 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, comma 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, comma 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 ed in linea collaterale entro il secondo, abbiano riportato condanne per taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a, del codice di procedura penale. L'art. 26 della legge 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 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 ed 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, comma 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, comma 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. 165/2001, e la disciplina del reclutamento del personale è ora contenuta agli articoli 35 e 36 del suddetto

¹²⁰ T.A.R. Lazio, sez. I, 7 aprile 1999, n. 712, in *G.U.* prima serie sp., n. 52/1999.

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 1994¹²¹, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 26 della legge 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 di interazione in ambienti extrafamiliari, non potrebbe negarsi l'eventualità che i soggetti maturino in sé stessi la credenza in valori diversi ed antitetici rispetto a quelli propri della famiglia di origine ed 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 questione¹²². Secondo la Corte, anche se il nuovo testo contiene un più preciso riferimento, da un lato, ad 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 ad 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 comporta-

¹²¹ Corte cost., 23 marzo 1994, n. 108, in *Giur. cost.*, 1994, I, 927, con nota di CATTARINO (936) e osservazioni di SACCO, *Accesso ai pubblici uffici e requisito dell'estimazione morale indiscussa della famiglia di appartenenza* (2264) e di BIENTINESI, *Un caso di illegittimità consequenziale in materia di requisiti di accesso alla Polizia di Stato e alla Magistratura ordinaria* (2277).

¹²² Corte cost., 13 luglio 2000, n. 391, in *Giur. cost.*, 2000, 2745; v., inoltre, per quanto valga, Corte cost., 12 luglio 2000, n. 332, in *Giur. cost.*, 2000, 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 *Giur. cost.*, 1996, II, 2563, con nota di 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?* (3231).

menti 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 ed 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, comma 1°, della Costituzione rinvia alla legge ordinaria per la determinazione dei requisiti necessari ad 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 arbitrarietà 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, comma 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 ed in linea collaterale entro il secondo, hanno riportato condanne per taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2°, lett. a, c.p.p.

5. Concezioni penalistiche della famiglia nelle fattispecie incriminatrici.

In tema di descrizione delle figure di illecito, la menzionata tendenza verso una concezione relativamente autonoma (non meramente sanzionatoria) del diritto penale in materia familiare (par. 1.b.), 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*.

5.a. *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.)¹²³. 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 matura¹²⁴, debitrice in parte di riflessioni ordinatorie risalenti a Carrara¹²⁵ e ripresa dai codificatori del 1930¹²⁶.

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, intel-

¹²³ Riguardo a queste norme v. per tutti, CERQUETTI, voce *Parentela*, in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, 1981, 662. V. inoltre la trattazione di PISTORELLI, *infra*, cap. XIV, par. 1.b. e il contributo di GIUNTI, cap. XII, par. 4.

¹²⁴ A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, Fratelli Bocca Ed., 1913, 590, 595.

¹²⁵ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, III, Firenze, 1887, par. 1861.

¹²⁶ V. la *Relazione* del Guardasigilli Alfredo Rocco, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, 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, 336; e la *Relazione* introduttiva di Giovanni Appiani, negli stessi *Lavori*, 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, 438.

lettuale 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 determinati legati da vincoli giuridici reciproci, collettività tuttavia non giuridicamente personificata »¹²⁷.

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 »¹²⁸.

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 familiari¹²⁹.

5.b. *La famiglia coniugale legittima.*

Quanto alla società coniugale, il matrimonio quale istituto di diritto

¹²⁷ ROCCO, *L'oggetto*, cit., 590, 595.

¹²⁸ *Relazione Rocco*, cit., 334 s.

¹²⁹ ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, cit., 86. Riconsezioni recenti, critiche rispetto alla concezione originaria, sotto i vari profili, si trovano, inoltre, in PEZZI, voce *Famiglia*. VI) Delitti contro la famiglia, cit., 1; COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 111; FIERRO CENDERELLI, *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Giuffrè, 1984, *passim*. Sulla nozione penalistica di famiglia in epoca anteriore alla riforma del diritto di famiglia del '75, v. PISAPIA, *Delitti*, cit.; ID., voce *Famiglia (diritto penale)*, cit., 52; CANDIAN, *Riflessioni sui rapporti di famiglia nel diritto penale*, Giuffrè, 1943; MANFREDINI, *Delitti contro la famiglia*, in FLORIAN (coord. da), *Trattato di diritto penale*, Vallardi, 1934, 260; G. LEONE, *La nuova sistemazione dei delitti contro la famiglia nel progetto Rocco*, Jovene, 1930.

civile ne era inteso come esclusivo dato fondante (matrimonio c.d. legittimo¹³⁰), 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 società parentale, con prevalente attenzione alla *famiglia coniugale-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 principalmente il ruolo subordinato della donna¹³¹, 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 —¹³², alla concezione della famiglia coniugale-parentale legittima come « nucleo politico »¹³³, 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 '29¹³⁴. 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 cosa¹³⁵. Adulterio (art. 559 c.p.) e concubinato (art. 560 c.p.) sono stati espunti dalla Corte costituzionale¹³⁶, 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 coniugi¹³⁷.

¹³⁰ MANZINI, *Trattato*, cit., VII, 754.

¹³¹ FIERRO CENDERELLI, *Famiglia (rapporti)*, cit., 129; GRAZIOSI, *Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Dem. dir.*, 1993, 2, 99.

¹³² FIERRO CENDERELLI, *Profili penali*, cit., 18; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, IV, cit., 1 ss.

¹³³ NUVOLONE, *Appunti in materia di autorità maritale*, in *Id.*, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Cedam, 1969, 779.

¹³⁴ ROPPO, *Il giudice*, cit., 83.

¹³⁵ ARDIZZONE, voce *Matrimonio*. V), *Delitti contro il matrimonio*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Ed. Enc. it., 1990. V. *infra*, cap. VIII, la trattazione di BORSARI.

¹³⁶ Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126, in *Giur. cost.*, 1968, 2175; Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 147, *ivi*, 1969, 2230. Per il rigetto di una questione di costituzionalità dell'art. 559 c.p. v. Corte cost., 28 novembre 1961, n. 64, *ivi*, 1961, 1224.

¹³⁷ MARINUCCI-DOCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 344; cfr. FIERRO CENDERELLI (*op. cit.*, 23), la quale intende il principio di unità non come materia di limiti all'uguaglianza ma nel senso di comunione spirituale; ammette l'interesse della famiglia (27) quale

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 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, comma 1°, n. 5, 32, comma 2°, 34, commi 1°-4°, 98, comma 2°, 140, 541, comma 1°, 562, comma 1°, c.p.), così come ogni ipotesi di *ius corrigendi* maritale ¹³⁸.

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 (par. 10).

5.c. *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 ¹³⁹.

Si assiste perciò all'entrata della *famiglia parentale naturale* (già *illegittima*) nel novero della famiglia assunta ad obbiettivo 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

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* (28).

¹³⁸ Riassuntivamente, CONSO, *Il nuovo regime dei rapporti tra coniugi nelle sue incidenze penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 829. V. anche le indicazioni di MENEGHELLO, *infra*, cap. XI, sez. II, par. 10.

¹³⁹ CERQUETTI, voce *Parentela*, cit., 662.

rilevante ¹⁴⁰. 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 non originati da matrimonio* ¹⁴¹, oltretutto *contrassegnati da illegittimità* (all'epoca, nel caso) sotto certi profili e a certi effetti ¹⁴².

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 ¹⁴³. 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 ¹⁴⁴.

5.d. *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* ¹⁴⁵, siano questi riproposti traendoli immediatamente dal giure civile, oppure creati per l'effetto penale, eventualmente correggendo o integrando l'indicazione civilistica — c.d. *concezione giuridica* della famiglia, o concezione istituzionale. Non manca, cioè, la possibilità di prescindere almeno in qualche misura dalla natura di elemento c.d. normativo giuridico assegnabile al dato familiare, e quindi di assumerlo immediatamente come *ele-*

¹⁴⁰ *Relazione Rocco*, cit., 347; PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 41.

¹⁴¹ PECORELLA, voce *Famiglia (delitti contro la)*, cit., 802. *Contra*, per tutti, MANZINI, *Trattato*, cit., VII, 784.

¹⁴² COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 139.

¹⁴³ *Relazione introduttiva Appiani*, cit., 450; *Relazione Rocco*, cit., 335.

¹⁴⁴ *Relazione Rocco*, cit., 335 («...(filiazione legittima)...»).

¹⁴⁵ Riguardo alla distinzione tra famiglia giuridicamente costituita e famiglia legittima intesa come tale in quanto fondata sul matrimonio v. COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 139.

mento normativo extragiuridico o come elemento c.d. descrittivo, valorizzando quindi le realtà che si chiamano familiari nella vita individuale e sociale: c.d. concezione fattuale (famiglia di fatto)¹⁴⁶, che in ambito penalistico va in principio assunta come riferita a qualsiasi tipo di relazione familiare (non solo a rapporti simil-« coniugali »).

Ciò si verifica anzitutto, a parte pure quanto già rilevato riguardo all'art. 133 c.p. (par. 3.a.), 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 »¹⁴⁷. 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. E (non solo) viceversa¹⁴⁸.

In effetti, nulla vieta di principio alla norma penale di valorizzare profili

¹⁴⁶ In tema di rilevanza penalistica della famiglia di fatto, tra i contributi più recenti si segnalano: NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2010, 101; PITTARO, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. dir.*, 2010, 933; PEZZELLA, *Convivente more uxorio e coniuge: per il Codice Penale non è la stessa cosa*, in *Giur. mer.*, 2009, 3093; FERRARI, *Il concetto di “persona della famiglia”*. A proposito della “convivenza” quale presupposto dei maltrattamenti in famiglia, in *Giur. it.*, 2009, 705; BELTRANI, *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 2860; BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 572; BELTRANI, *Rilevanza giuridica delle unioni di fatto nel diritto penale: fattispecie, disciplina e orientamenti*, in *Dir. giust.*, 2007, 2860; PASTORE, *La famiglia di fatto: analisi e disciplina di un modello familiare attuale e diffuso*, Utet, 2007; RICCIO, *La famiglia di fatto*, Cedam, 2007; PROSDOCIMI, *Prospettive etiche e tutela dei beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 31; CENDON, *Il diritto delle relazioni affettive*, Cedam, 2005; BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Cedam, 2004; ASPREA, *La famiglia di fatto: in Italia e in Europa*, Giuffrè, 2003; ult. ind. nel prosieguo.

¹⁴⁷ *Relazione Rocco*, cit., 335, 354.

¹⁴⁸ Cfr. DELOGU, in *Commentario*, cit., 436.

di divergenza tra il quadro giuridico extrapenale e il quadro etico-sociale, allo scopo, in 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 oggigiorno, per esempio quando la Corte di cassazione ¹⁴⁹ 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 (par. 1.b). 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, comma 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* » ¹⁵⁰ 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 ¹⁵¹.

Certo, a suo tempo il legislatore del '30 metteva in conto una coincidenza talmente larga tra morale familiare e diritto della famiglia (compreso

¹⁴⁹ Cass. pen., sez. III, 5 settembre 2000, Spinelli, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1464 (solo riassunto).

¹⁵⁰ Corte cost., 24 febbraio 1972, n. 42, in *Giust. pen.*, 1972, I, 348.

¹⁵¹ Sul punto v. anche i rilievi di CUSUMANO, *infra*, cap. XI, sez. I, par. 1.

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 simmetria tra, da un lato, l'ordine e il buon costume delle famiglie, e dall'altro lato il diritto, perfino equivocando tra i due fronti ¹⁵², nonostante tali elementi gli fossero noti fino al punto che proprio contro di essi affermava tale concezione ¹⁵³.

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* ¹⁵⁴. 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 ¹⁵⁵ che nel caso implicava il riferimento a un ordine familiare ulteriore rispetto a quello giuridico — e addirittura a un ordine familiare *contra jus* (c.d. pena di morte ad iniziativa privata ¹⁵⁶).

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 ¹⁵⁷, 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”,

¹⁵² *Relazione Rocco*, cit., 352, 354.

¹⁵³ *Relazione Rocco*, cit., 334, 352.

¹⁵⁴ GUERRINI, *L'abrogazione dell'art. 587 c.p.: la causa d'onore come elemento circostanziale*, in *Arch. pen.*, 1982, 526; CARACCIOLI, *Commento alla legge 5 agosto 1981, n. 442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, in *Leg. pen.*, 1982, 21; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3ª ed., Cedam, 1985, 325.

¹⁵⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5ª ed., aggiornata da Nuvolone e G.D. Pisapia, VIII (a cura di G.D. Pisapia), Utet, 1985, 144.

¹⁵⁶ Per l'icastica espressione v. PISANI, *Pena di morte all'italiana*, in *Tutela penale e processo*, Zanichelli, 1978, 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. legge 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.

¹⁵⁷ PADOVANI, *sub art. 1*, in CADOPPI (coord. da), *Commentario delle “norme contro la violenza sessuale” (legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, Cedam, 1996, 5 ss.

tutte fattispecie sopravvissute fino alla riforma dei reati contro la libertà sessuale (cennata legge 15 febbraio 1996, n. 66, art. 1) ¹⁵⁸.

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 fronte sia coniugale che parentale ¹⁵⁹. A parte più o meno lodevoli, contrarie ma in complesso isolate letture, e la (sofferta) caducazione delle norme più stridenti ad opera della Corte costituzionale, come in tema di adulterio e concubinato ¹⁶⁰, 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.

5.e. *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, come si inizierà ad illustrare nel prossimo paragrafo, 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

¹⁵⁸ V. la trattazione di PISTORELLI, *infra*, cap. XV, par. 5 ss.

¹⁵⁹ Per un quadro esauriente v. ROPPO, *Il giudice*, cit., *passim*; COPPI, *Maltrattamenti*, cit., *passim*; FIERRO CENDERELLI, *Profili penali*, cit., *passim*.

¹⁶⁰ V. *supra*, par. 5.b.

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.), di cui subito si dirà più ampiamente, si riferisce (oltreché al minore infraquattordicenne) 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 gioco-forza diversa dall'altra implicata per prima, riecheggiano forse influenze romanistiche e comunque, per quel che qui conta, *estensioni nominalistiche, normative* del novero familiare (c.d. rapporto parafamiliare¹⁶¹), fondate su *dati che da sé non esprimono un 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 di tale ampia portata può trarsi da una applicazione, confermata dalla Corte di Cassazione¹⁶², 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 »). Si tratta di applicazione al caso di angherie (riconducibili a *mobbing/bossing*¹⁶³) 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 lavoro¹⁶⁴. 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 — importante per quanto si dirà più avanti (par. 6) — che « nel caso di specie il rapporto interpersonale che legava autore del reato e vittime era particolarmente intenso,

¹⁶¹ DELOGU, in *Commentario*, cit., 649; BETTIOL, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco nella società italiana*, in AA.VV., *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, 1981, 30.

¹⁶² Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2001, Erba e aa., in *Dir. giust.*, 14 marzo 2001, n. 47. In merito v. altresì i rilievi di MENEGHELLO, *infra*, cap. XI, sez. III, par. 19.

¹⁶³ Per un primo quadro sul trattamento penale di questi fenomeni, peraltro non ancora ben esplorato, v. OLIVA, *Mobbing, quale risarcimento?*, in *Danno e resp.*, 2000, 27. Si veda anche BONINI, « *Dalla fase zero alla fase sei* ». *Aspetti penalistici del mobbing*, in Atti del convegno tenutosi a Trento l'8 novembre 2007, a cura di SCARPONI, *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare*.

¹⁶⁴ 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.

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 Cassazione¹⁶⁵ ha invece avuto modo di negare l'applicabilità dell'art. 572 c.p. in un caso di cd. *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 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".

¹⁶⁵ Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 26594, in *Guida dir.*, 2009, 38, 51. In proposito si veda anche Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2008, n. 27469, in *Guida dir.*, 2008, 38.

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 intesa 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 ad 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 protezione¹⁶⁶, 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 c.d. di *stalking* (art. 612 *bis* c.p.)¹⁶⁷.

5.f. *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 anche rispettare statuti familiari differenti da quelli tipici

¹⁶⁶ V. *amplius infra* par. 6.c.

¹⁶⁷ V. il commento di PISTORELLI, *infra*, cap. XV, par. 4 ss. Cfr. intanto GALANTI, *Prime considerazioni in ordine al reato di stalking: se diventasse (anche) mobbing?*, in *Giust. pen.*, 2010, II, 57. In tema di *stalking* si vedano anche MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, 2010 e SORGATO, *Stalking*, Giappichelli, 2010.

della cultura cui si rifà il legislatore storico ¹⁶⁸: 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” ¹⁶⁹, frutto della sovrapposizione e commistione tra diverse modalità di regolamentazione dei medesimi aspetti dell’esperienza umana, in alcuni casi anche tra loro configgenti.

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 “interlegalità”, 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 nel nostro ordinamento: quando pratiche proprie delle singole etnie e culture ricadono nella sfera di applicazione del diritto penale degli

¹⁶⁸ Si vedano sul tema: BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente orientati*, Giuffrè, 2010; PITTARO, *Impiego di minore nell’accontaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, in *Fam. dir.*, 2009, 238; BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui cd. reati culturalmente orientati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 149; PASTORE, LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, 2008; GRANDI, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati da fattore culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 501; BERNARDI, *L’ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, in *Politica del diritto*, XXXVIII, 2007, 3; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Giappichelli, 2006; BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, 2006; 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 RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, 2006; BERNARDI, *Società multiculturali e “reati culturali”*. Spunti per una riflessione, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, Giuffrè, 2006; DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 3; PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cass. pen.*, XLVI, 2006, 3030; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, 2010; ID., *Società multiculturali e diritto penale. La cultural defense*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit.; ID., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 173; BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1193; PAPA, *Il diritto penale dell’Europa e la presenza delle comunità islamiche*, in CANESTRARI, FOFFANI, *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2005; BELVISI, *Società multiculturali, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion pratica*, 2004, 24; MONTICELLI, *Le “Cultural defenses” (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”*. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in *Ind. pen.*, 2003, 535; COLOMBO, *Le società multiculturali*, Carocci, 2002; BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità: pluralismo e mediazione culturale*, in *Quest. giust.*, 2001, 471; BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturali: maltrattamenti ed infanzia abusata in “dimensione domestica”*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 19.

¹⁶⁹ PASTORE, LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit.

ordinamenti occidentali, la dottrina è solita parlare di “reati culturalmente orientati” o “reati culturali”¹⁷⁰.

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 nostra¹⁷¹ (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 in famiglia o verso i fanciulli di cui all'art. 572 c.p.¹⁷² 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.

Vi è poi la diffusione nel tessuto sociale di 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 cardine della difesa del modello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio come relazione esclusiva tra due individui¹⁷³.

Occorre allora chiedersi se perseguire un'istanza di globalizzazione-uniformazione, ancorata al principio di uguaglianza formale, o piuttosto

¹⁷⁰ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit.; ID., *Minoranze culturali e diritto penale*, cit.; MONTICELLI, *Le “cultural defense” (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..

¹⁷¹ BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, cit.

¹⁷² 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 MENEGHELLO, *infra*, cap. XI, par. 18.

¹⁷³ Il Tribunale di Bologna (ordinanza del 12 marzo 2003) è arrivato 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”. Per altro verso, la pratica della poligamia ha trovato invece una ferma e chiara censura nella *Carta dei diritti e doveri degli immigrati* (Decreto Ministro dell'interno 23 aprile 2007) ove all'art. 17 di afferma espressamente: “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”.

un'istanza di differenziazione-multiculturalismo, che rimanda al principio di uguaglianza sostanziale ¹⁷⁴.

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'intruduzione delle cd. difese culturali ¹⁷⁵ 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.

Al fine di individuare una soluzione a tale conflitto normativo tre sono i modelli prospettabili di reazione del nostro legislatore ¹⁷⁶: 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 a 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 maggiorita-

¹⁷⁴ 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*, cit., 81.

¹⁷⁵ Possono consistere nella previsione di cause di non punibilità o attenuanti di tipo culturale, nella creazione di circuiti giudiziari appositi o nell'esclusione della colpevolezza quando sia ravvisabile un errore culturalmente condizionato.

¹⁷⁶ BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, cit.

ria, purché essi non sfocino in una lesione di beni e interessi primari e inviolabili ¹⁷⁷.

Laddove si verifichino 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 ¹⁷⁸.

Dato che per ora rimane solo alla giurisprudenza di dover risolvere il cd. "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" ¹⁷⁹ 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, comma 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." ¹⁸⁰.

¹⁷⁷ 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 culturale da lui subito.

¹⁷⁸ PASTORE, LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit., i quali ritengono (pretendono) che il giudice meglio di chiunque altro possa fungere da mediatore imparziale e 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.

¹⁷⁹ Per un'analisi degli aspetti critici legati all'ammissibilità delle *cultural defenses* si veda PASTORE, LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit., 15 ss.

¹⁸⁰ Cass. pen., sez. VI, 20 ottobre 1999, imputato Bajrami, n. 3398, in *Riv. pen.*, 2000, 238. Si vedano anche Trib. Torino, 21 ottobre 2002, in *Quest. giust.*, 2003, 666; Trib. Udine, 21 novembre 2002, imputato Nasri, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 704; Cass. pen., 8 gennaio 2003, imputato Khouider, in *Dir.*

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 ¹⁸¹.

6. Problematiche attuali intorno alle formazioni sociali-famiglie di fatto: il convivente *more uxorio* nel delitto di maltrattamenti.

La c.d. concezione fattuale sopra essenzialmente descritta (par. 5) 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 c.d. 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

pen. proc., 2003, 285; Trib. Bologna, 22 gennaio 2007; Cass. pen., 30 gennaio 2007, in *Dir. imm. cit.*, 2007, 179; Cass. pen., 2 agosto 2007, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 498 (con nota di GRANDI, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati da fattore culturale*, cit.); Cass. pen., 17 settembre 2008, n. 44516, in *Fam. dir.*, 2009, 235 (con nota di PITTARO, *Impiego di minore nell'accantonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, cit.); Cass. pen., 29 maggio 2009, n. 22700, in *Guida dir.*, 2009, 29, 49 e Cass. pen., 17 dicembre 2009, n. 48272, in *CED Cass. pen.*, 2009.

¹⁸¹ Cass. pen., 16 dicembre 2008, n. 46300, in *Guida dir.*, 2009, 11, 63: "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 configgenti 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".

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.

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, etc.) 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*¹⁸², 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 coniugale-familiare, una volta che ne fosse affermato l'inserimento nell'ambito di tutela segnato dall'art. 572 c.p.

6.a. *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*¹⁸³. Le ragioni della soluzione divergono, tuttavia,

¹⁸² 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.

¹⁸³ 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 ed analogia con quello proprio delle relazioni coniugali. Si vedano in proposito: Cass. pen., sez. V, 3 marzo 2010, n. 24668, in *Redazione Giuffrè*, 2010; Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2010 n. 9242, in *Dir. giust.*, 2010; Cass. pen., sez. II, 2 ottobre 2009, n. 40727, in *Foro it.*, 2010, 3, 132; Cass. pen., sez. III, 19 settembre 2008, n. 39338, in *Foro it.*, 2009, 12; Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, in *Riv. pen.*, 2008, 881; Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 21329, in *Cass. pen.*, 2008, 1411; Cass. pen., sez. III, 8 novembre 2005, n. 44262, in *CED Cass. pen.*, 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

secondo che sia impegnata (almeno prevalentemente) la concezione fattuale (compresa quella normativa extragiuridica) 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 »¹⁸⁴.

La relativizzazione della concezione “giuridica della famiglia” tramite l’affermazione della famiglia c.d. 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 »¹⁸⁵; 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:

— l’unione a fini meramente sessuali è esclusa. Ma la giurisprudenza la include perfino nel caso di relazione sessuale abituale con la concubina *non* convivente¹⁸⁶;

— così pure si tendeva ad escludere l’unione tra persone dello stesso sesso¹⁸⁷, caso che oggi va acquistando, almeno in alcuni ampi settori di opinione corrente, sempre più connotazioni in accezione non solo familiare ma anche coniugal-familiare¹⁸⁸, e che per certi versi già è ancorato problematicamente alla tradizione penalistica in materia familiare, per

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. pen., sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658, in *Cass. pen.*, 2010, 606, con nota di LO MONTE, *Art. 572 c.p.: maltrattamenti infraconiugali in ipotesi di interruzione della convivenza*, in *Cass. pen.*, 2010, 608).

¹⁸⁴ COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 249-255.

¹⁸⁵ COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 255; SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in *Dir. fam.*, 1998, 1659.

¹⁸⁶ Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 1970, in *Giust. pen.*, 1971, II, 835.

¹⁸⁷ COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 254.

¹⁸⁸ Per tutti, BIN, *La famiglia*, cit., 9.

esempio con riguardo alla configurabilità del delitto di incesto nella modalità omosessuale ¹⁸⁹.

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 » ¹⁹⁰, 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 » ¹⁹¹. 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 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 connaturata 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

¹⁸⁹ MANZINI, *Trattato*, cit., VII, 789 (conclusione negativa, ma solo sulla base della "tradizione"); DELOGU, in *Commentario*, cit., 180 (conclusione affermativa); ZAGREBELSKY, *Delitti*, cit., 472 (dubitativo).

¹⁹⁰ COLLI, *La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio nel confronto fra gli articoli 572 e 570 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1997, 665 (corsivo nostro).

¹⁹¹ COLLI, *La rilevanza penalistica*, cit., 665.

quest'ultimo un giudizio di disvalore sociale proveniente dalla restante collettività.

Su queste basi, altri casi problematici ancora attendono un serio esame in 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 c.d. 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 famiglia poligamica, tema che più di altri evoca in tema di famiglia la questione intorno all'adattamento dell'ordinamento alla composizione multietnica e quindi pluriculturale della società italiana contemporanea ¹⁹²;

— 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 ¹⁹³ e il correlato, conclamato “regresso” del maschio ¹⁹⁴.

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 » ¹⁹⁵, 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 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 »,

¹⁹² Vedi *supra*, par. 5.f.

¹⁹³ Merita segnalare incidentalmente la questione concernente la possibilità della donna di affidarsi ad organizzazione criminale mafiosa. Si tratta di questione (ormai) risolta affermativamente da Cass. pen., sez. I, 26 maggio 1999, in *Foro it.*, 2000, II, 90 (con nota di VISCONTI cui si rinvia per ult. ind.). V., inoltre, FIANDACA, *La discriminante sessuale tra paradigmi giudiziari e paradigmi culturali*, in *Segno*, 1997, n. 183, 19; ID., *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 362; PRINCIPATO-DINO, *Mafia e donna. Le vestali del sacro e dell'onore*, Flaccovio, 1997.

¹⁹⁴ V. per tutti MITSCHERLICH, *Verso una società senza padre*, Feltrinelli, 1970.

¹⁹⁵ COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 255.

riguardo alle quali si dirà anche in seguito (par. 6.b., 6.c.). Intanto 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* (par. 5.e.) 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 ¹⁹⁶ (reato non proprio, cioè comune ¹⁹⁷), 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 etc., 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 infraquattordicenne (art. 572 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* ¹⁹⁸, sia

¹⁹⁶ Per queste costruzioni v. DELOGU, in *Commentario*, cit., 649, 647, 646; RUFFO, *I soggetti del reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Giust. pen.*, 1996, II, 606.

¹⁹⁷ COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 237.

¹⁹⁸ Per una puntuale ricostruzione v. COLLI, *La rilevanza penalistica*, cit., 664.

pur in funzione 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 (!). Tanto varrebbe riprendere aperamente 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”¹⁹⁹.

Ma in buona sostanza, al di là dell'affetto che, a tutto concedere, è afferrabile solo tramite la mediazione di dati esternanti il sentimento — ammasso pure che si possa prescindere dall'esistenza di una sua qualsivoglia “veste” giuridica extrapenale —, rileverebbe 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 gioco²⁰⁰.

Infine, può notarsi che l'idea secondo cui si tratterebbe di tutela del familiare “più debole” in quanto, per esempio, soggetto ad un'autorità di fatto²⁰¹, 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 necessario per l'integrazione del reato²⁰².

¹⁹⁹ HEGEL, *Lezioni di filosofia del diritto*, a cura di Becchi, Istituto Suor Orsola Benincasa, 1993, 114.

²⁰⁰ Criticamente, SCORDAMAGLIA, *Prospettive*, cit., 372.

²⁰¹ Cass. pen., sez. II, 16 giugno 1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, con commento di G.D. PISAPIA.

²⁰² Diversamente, per tutti, RUFFO, *I soggetti del reato di maltrattamenti in famiglia*, cit., 602.

6.b. (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 sessuali²⁰³, 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*²⁰⁴ — 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* improntato a *rapporti di umana solidarietà* ed a *strette relazioni*, dovute a diversi motivi anche *assistenziali*, pur senza la *convivenza* o *coabitazione*²⁰⁵.

In queste due ultime decisioni la famiglia diventa una semplice *cornice nominale di solidarietà fattuale (presunta)*, e si tende anche all’affrancaamento 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 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.

²⁰³ V. *supra*, nt. 186.

²⁰⁴ Cass. pen., sez. VI, 3 luglio 1990, in *Mass. Dec. pen.*, 1991, 186276; conf., di principio, sez. VI, 9 dicembre 1992, Gelati, in *Cass. pen.*, 1994, 938, n. 539.

²⁰⁵ Cass. pen., sez. III, 3 luglio 1997, Miriani, in *Cass. pen.*, 1998, 2614, n. 1440.

D'altra parte, una non-famiglia si ha in fatto anche in ipotesi di coniugi separati, legalmente o anche solo di fatto ²⁰⁶, come pure in tutti i casi di parentela non accompagnata dalle relazioni che la giurisprudenza poco sopra menzionata ha individuato.

6.c. (segue) *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.*

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 guarda 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 (c.d. imputazione), di coloro 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 perlomeno in presenza di determinate "*posizioni*" concrete incarnate da *certi soggetti* (ruoli, situazioni, condizioni, rapporti, etc.), 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 ad 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 c.d. comune, p. es. l'omicidio) bensì soltanto coloro che si trovano in una determinata posizione. Si tratta di *reati c.d. propri* ossia a soggettività ristretta. I soggetti

²⁰⁶ *Contra*, Cass. pen., sez. VI, 29 aprile 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 91 s., con nota contraria di DE NIGRIS-SINISCLACHI, *Osservazioni sulla configurabilità del reato di maltrattamenti nei confronti della moglie non convivente*.

entrano, dunque, qualificatamente nella configurazione del fatto di reato, nel fatto tipico, perché l'offesa si intende provenire 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 *c.d. 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 ²⁰⁷. Nel-

²⁰⁷ Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, Lucini, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 299 (mot.), con commento di SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier* (e in *Foro it.*, 2000,

l'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 ed aver ostacolato qualsiasi forma di intervento medico capace se non altro di allungare le aspettative di vita della moglie ²⁰⁸.

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. ²⁰⁹.

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 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 ²¹⁰.

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 ²¹¹: 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

II, 348, con commento di NICOSIA, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*. Conf. Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2001, n. 30425, in *Riv. pen.*, 2001, 924. Vedine il commento di NISTICÒ, *Sul contagio venereo da virus hiv*, in *Cass. pen.*, 2004, 515. Per un primo approccio ai temi penalistici suscitati dal fenomeno AIDS v., inoltre, CASTALDO, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, 1988-89 e 1989-90; CANESTRARI, *La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infezione Hiv nell'orientamento del BGH*, in *Foro it.*, 1991, IV, 149; RIONDATO, *Rischio AIDS, indagini del datore di lavoro, responsabilità penali. Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 218/1994*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 473; CORNACCHIA, *Profili di responsabilità per contagio da virus HIV*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Manduzzi, 2000, 230; MAGNANENSI, *La famiglia di fronte all'Aids: II Profili di diritto penale*, in *Fam. dir.*, 1996, 82.

²⁰⁸ Nei successivi gradi del giudizio l'elemento soggettivo è stato ricostruito come colpa cosciente (Cass. pen., sez. I, 5 agosto 2001, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1236).

²⁰⁹ SUMMERER, *Contagio*, cit., 310, nt. 8.

²¹⁰ SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, 1975, 235.

²¹¹ 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 FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979, 52 e 177 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè, 1983, 300. Si veda LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, 84, 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.

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 ²¹², purché però il minore si trovi anche “di fatto” sotto la tutela del genitore garante ²¹³.

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. ²¹⁴. 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 situazione generalmente non si verifica quando causa dell'evento sia la condotta di un altro soggetto ²¹⁵.

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 cd. 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 ²¹⁶; chi ha invece affermato la sussistenza di tale obbligo lo collega direttamente al più generale

²¹² GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 301.

²¹³ FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 173.

²¹⁴ FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 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”.

²¹⁵ FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 176. Farebbe secondo lui 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.

²¹⁶ SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., 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., 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.

dovere di tutela della prole gravante sui genitori in base agli artt. 30 Cost. e 147 c.c.²¹⁷, 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 familiare²¹⁸. 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.

In una pronuncia²¹⁹, 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 ad oggetto la salute e l'integrità fisica del *partner* è subordinata alla sussistenza di un rapporto di reciproco affidamento e protezione tra i coniugi²²⁰: 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*

²¹⁷ GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 298. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 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'A. 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.

²¹⁸ DE FLAMMINIS, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 9, 2008, 3234. Secondo l'A. 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.

²¹⁹ *Cass. pen.*, sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, in *Cass. pen.*, 2008, 3231. Sulla stessa linea si vedano anche *Cass. pen.*, 27 aprile 2007, n. 19739, in *Cass. pen.* 2008, 2471; *Cass. pen.*, sez. III, 6 dicembre 2006, n. 42210, in *Cass. pen.*, 2007, 3729; *Cass. pen.*, 19 gennaio 2006, n. 4331, in *Cass. pen.*, 2007, 2069; *Cass. pen.*, 15 novembre 2001, Sabella, in *Riv. pen.* 2002, 129.

²²⁰ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2007; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 174.

garanzia che siano fondate su realtà extragiuridiche fattuali o normative, o su generalissimi doveri giuridici, anziché su precisi obblighi giuridici di fonte legale. 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 soprattutto la giurisprudenza pretende siano penalmente rilevanti ²²¹ (dal potere di fatto di impedire all'obbligo giuridico di impedire).

Ciò si verifica anche in esperienze giurisprudenziali penali straniere, meglio analizzate che da noi nella rispettiva dottrina, quelle per esempio che muovono dalla considerazione della famiglia quale *Vertrauensgemeinschaft* e vi ricollegano assunzioni fattuali di posizioni di garanzia per beni giuridici ²²², e in genere valorizzano in varia guisa la figura della « *persona in (più o meno stretto) rapporto (materiale) di vicinanza* » ²²³.

Peculiari rapporti del genere sono contemplati nel codice penale italiano 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 ²²⁴, il quale ultimo si trova nelle qualificate condizioni fattuali di signoria su beni così affidatigli, condizioni di cui si avvale aggredendo tali beni ²²⁵. Analoghi rilievi valgono per la figura del « convivente » contemplata in tema di delitti contro la libertà sessuale ²²⁶.

In questa direzione si avviano da noi recenti tentativi dottrinali sia di concepire i rapporti familiari per il particolare affidamento che li caratte-

²²¹ Per tutti, criticamente, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, 287; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979, 172 ss. V., inoltre, anche per ult. precisazioni e ind., VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 179. Riguardo alle questioni concernenti la protezione della salute e della vita dei minori da parte dei genitori v., inoltre, PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., 233; Cass. pen., sez. I, 13 dicembre 1983, Oneda, in *Cass. pen.*, 1984, 2440 (con motivazione; caso c.d. dei Testimoni di Geova).

²²² Riassuntivamente, riguardo alla Repubblica Federale Tedesca, TRÖNDLE-FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49. Auf., C.H. Beck, sub § 13, nr. marg. 5, 7 e 10.

²²³ Un'ampia panoramica critico-analitica si trova in ALBRECHT, *Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Carl Heymanns Verlag KG, 1998. V. anche *infra*, in questa parte del volume, cap. VI, i rilievi comparatistici di BELTRAME.

²²⁴ PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Digesto IV, Disc. pen.*, II, Utet, 1988, 220, secondo il quale tali situazioni pongono chi ne abusi in condizione di arbitrario vantaggio nella commissione del reato.

²²⁵ Per ulteriori indicazioni v. l'ampia rassegna critica di PALERMO FABRIS, sub art. 61, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2008, 240; e STRANO LIGATO, sub art. 61, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, cit., 325.

²²⁶ V. al riguardo la trattazione di GIUNTI, *infra*, cap. XII, par. 4.b. e quella di PISTORELLI, *infra*, cap. XV, par. 5 e ss.

rezza, 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 »²²⁷. 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* »²²⁸.

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 comune* »²²⁹. 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.), etc.

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 rilevanti²³⁰ nella cornice familiare definita secondo una sua propria peculiarità che la distingua dagli altri aggregati sociali.

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 legge 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

²²⁷ RUFFO, *La tutela penale della famiglia*, cit., 15.

²²⁸ RUFFO, *La tutela penale della famiglia*, cit., 57, 63 (corsivi nostri).

²²⁹ COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 256 (corsivo nostro).

²³⁰ Come propone LUCCIOLI, *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, in *Cass. pen.*, 1987, 494.

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 consiste essenzialmente in un rinvio alla concretizzazione interpretativa delle fattispecie traibili (anche) dagli eterei principi costituzionali (tipizzazione in via interpretativa).

7. 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, per quanto appare, 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 analogia²³¹.

Sotto questi profili si potrebbe dubitare circa la fondatezza dell'affermazione generalizzata secondo cui « se la tutela è assegnata per categorie di

²³¹ Per una critica che ravvisa nella valorizzazione interpretativa penalistica della famiglia di fatto un'applicazione analogica *in malam partem*, v. ARCERI, *Famiglia di fatto e giurisprudenza penale*, in *Giust. pen.*, 1990, 310. V., inoltre, Cass. pen., 18 dicembre 1970, in *Giust. pen.*, 1971, 835, 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).

sogetti, 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) »²³².

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 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, etc.* 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 conce-

²³² Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 6, in *Giur. cost.*, 1977, I, 29, con nota di FERRANDO (*ivi*, 930) e di BARGIS (*ivi*, 944); SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, cit., 1700.

pibile 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, comma 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 comma 3° dello stesso articolo o dall'art. 384 c.p., nei confronti del « coniuge »)²³³. 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.

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.

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

²³³ MANNA, *L'art. 384 c.p. e la « famiglia di fatto »: ancora un ingiustificato « diniego di giustizia » da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1996, 93.

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 ²³⁴.

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 » ²³⁵.

8. La relativa estromissione della famiglia di fatto (convivenza *more uxorio*) dal reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.).

Quanto finora rilevato merita di essere riflesso 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.) ²³⁶. Agli effetti del reato di maltrattamenti, come si è detto, trova considerazione il riconoscimento 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

²³⁴ PADOVANI, voce *Adozione e affidamento (reati in materia di)*, in *Digesto IV, Disc. pen.*, I, Utet, 1987, 51.

²³⁵ PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 327.

²³⁶ Per tutti, COLLI, *La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio nel confronto fra gli articoli 572 e 570 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1997, 668.

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 interessano 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.

8.a. *“Qualità di coniuge” e rilevanza del dato antropo-sociologico matrimoniale nel delitto di violazione degli obblighi di assistenza coniugale-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 in apertura 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 »²³⁷.

Insomma, i cennati obblighi di fonte fattuale (par. 6.c.) non opererebbero; ma nemmeno opererebbe, è da credere, un regime privatistico for-

²³⁷ COLLI, *La rilevanza*, cit., 666 s.

mulato *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 famiglia²³⁸, 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”²³⁹ — 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 » (art. 29, comma 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 ad 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.²⁴⁰ 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”²⁴¹ 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.

²³⁸ COLLI, *La rilevanza*, cit., 668, in relazione a FIERRO CENDERELLI, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in *Digesto IV, Disc. pen.*, V, Utet, 1991, 129.

²³⁹ COLLI, *La rilevanza*, cit., 670.

²⁴⁰ Ampiamente delineata nella ricostruzione critica di ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, cit., 112.

²⁴¹ DELOGU, in *Commentario*, cit., 388, riguardo al rinvio recettizio al diritto costituzionale e al diritto di famiglia.

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, comma 1° e 30, comma 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 ²⁴². 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 scàpito di un eventuale, contrastante rapporto giuridico di filiazione. L’attribuzione di rilevanza all’allevamento di fatto ²⁴³ non è poi così facilmente ammissibile.

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 giuscivilistica — 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, comma 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.

²⁴² COLLI, *La rilevanza*, cit., 670; DELOGU, in *Commentario*, cit., 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, MEDICO, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Digesto IV, Disc. pen.*, XV, Utet, 1999, 194. Si tratta di una tesi sostenuta più volte anche dalla Corte di cassazione che ha a riguardo affermato chiaramente come l’obbligo di contribuire al mantenimento dei figli minori, sanzionato dall’art. 570 c.p., sorga appunto già con la nascita del figlio e non con il suo riconoscimento (Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 2005, n. 7552).

²⁴³ DELOGU, in *Commentario*, cit., 413.

9. 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 ²⁴⁴. 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 comma 2°, n. 1) sia, ma in un distinto senso, nell'art. 649 c.p. (non punibilità di offese patrimoniali aventi rilievo prevalentemente "interno") ²⁴⁵.

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 patrimoniale ²⁴⁶, 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 « potestà dei genitori » ²⁴⁷, 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.

10. Ambiti rilevanti di discrezionalità legislativa in materia familiare: la difesa « penale » della famiglia legittima coniugale da parte della Corte costituzionale.

Si è sopra ricordato (par. 2.b.) 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.

²⁴⁴ COLLI, *La rilevanza*, cit., 670.

²⁴⁵ Per più ampi rilievi e indicazioni v. le trattazioni di CUSUMANO, *infra*, cap. XI, par. 3, *passim*; GIUNTI, *infra*, cap. XVIII, par. 2 ss.

²⁴⁶ FIERRO, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, cit., 129 ss.

²⁴⁷ V. *supra*, all'altezza di nt. 237.

Tra poco si noterà che la Corte manifesta ritrosia ad accogliere le sollecitazioni dei giudici remittenti in tema di riconoscimento penalistico dei rapporti di convivenza *more uxorio*²⁴⁸ (par. 11), specie con riguardo a pretese estensioni dell'esimente prevista dall'art. 384, comma 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 (par. 12).

In definitiva, la menzionata, amplissima discrezionalità legislativa in materia familiare (par. 1.a.), 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, di cui pure si dirà (par. 13).

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 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 particolari²⁴⁹.

²⁴⁸ V. bibliografia indicata in note 233 e 236.

²⁴⁹ Riguardo all'art. 384 c.p. (e 307 c.p.): Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, 81, con commenti critici di MANNA, *cit.* e di ZANOTTI, e in *Fam. dir.*, 1996, 107, con commento critico di FERRANDO; Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Cass. pen.*, 1987, 681, con nota critica di LUCCIOLI, *cit.*. Riguardo all'art. 649 c.p., Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1185; Corte cost., 7 aprile 1988, n. 423, in *Giur. cost.*, 1988, 1941, con commento critico di 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 *Giur. cost.*, 2000, 2367), 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.

Per più ampie indicazioni v. *infra* le trattazioni di PISTORELLI (cap. XIV, par. 1.b) e GIUNTI (cap. XVIII, par. 2 ss.).

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, come si dirà nel par. 13. 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 statualistica²⁵⁰. 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 (par. 2) 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*.

Il G.I.P. del Tribunale di Imperia²⁵¹, 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, comma 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, comma 3, lett. *a*) c.p.p. — potrebbe in effetti istituirsi un puntuale parallelo sul piano della

²⁵⁰ Criticamente, UCCELLA, *La tutela penale della famiglia*, cit., 117; RESTA, *Atteggiamenti verso la codificazione*, cit., 139; MARRA-PAVARINI-VILLA, *La codificazione impedita*, cit., 258.

²⁵¹ G.I.P. Trib. Imperia, 6 maggio 1999, n. 465, Limo, in *G.U.* prima serie sp., n. 38/1999.

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, comma 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 vincolo coniugale, essendo basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile (citt. sentt. n. 8/1996, n. 423/1988; cit. ord. n. 1122/1988). In tale prospettiva, per la Corte non è irragionevole ed 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 ad una situazione di fatto quale la convivenza *more uxorio*.

Né — prosegue la Corte — ad 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, comma 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*, comma 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 procedere ad 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, comma 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, comma 1°, c.p., nel confronto con il disposto dell'art. 199, comma 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'automata 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 i 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.²⁵² 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 ad oggi il legislatore ordinario ritenuto di riconoscere una gravidanza tale ai vincoli affettivi che legano i suoi componenti, da giustificare un'estensione della causa di non punibilità anche in loro favore. Per la Corte la previsione di trattamenti differenziati tra famiglie

²⁵² Corte cost., 8 maggio 2009, n. 140, in *Corte Cost. sito ufficiale*, 2009. Si veda anche Corte cost., 20 aprile 2004, n. 121, in *Fam. dir.*, 2004, 329, con commento di PITTARO, *Il convivente more uxorio non può considerarsi prossimo congiunto ai fini della non punibilità del favoreggiamento personale*, in *Fam. dir.*, 2004, 330. Sul punto manca invece una pacifica giurisprudenza di Cassazione: si vedano Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2006, n. 35697, in *Riv. pen.*, 2007, 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. pen., sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 22398, in *Cass. pen.*, 2005, 2231, la quale ammette invece che anche la convivenza *more uxorio* possa dal luogo per analogia al riconoscimento della scriminante di cui all'art. 384 c.p.

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 rientrante 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 (art. 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”²⁵³. Nella sentenza n. 138 del 2010²⁵⁴, 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, 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 ad estendere esplicitamente anche alle unioni di fatto le norme poste a tutela della famiglia nel titolo a ciò specificamente

²⁵³ Corte cost., 7 luglio 2010, n. 276, in *Il civilista*, 2010, 10, 17. A riguardo si veda MORLOTTI, *Il no della Consulta al matrimonio gay*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1505.

²⁵⁴ Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, 1361.

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 ²⁵⁵.

11. (segue) L'esimente « familiare » (art. 384, comma 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 (par. 10), 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, comma 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 ²⁵⁶.

Nel caso, il G.I.P. presso il Tribunale di Venezia ²⁵⁷ ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, comma 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 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 ricono-

²⁵⁵ BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., 588. Vedi in questo volume del Trattato i commenti di PISTORELLI, cap. XIV e XV.

²⁵⁶ Corte cost., 17 giugno 1997, n. 205, in *Giur. cost.*, 1997, II, 1961.

²⁵⁷ G.I.P. Trib. Venezia, ord. 23 febbraio 1996, in *G.U.* prima serie speciale, n. 28/1996.

sciuta 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, comma 2°, c. p. Risulterebbe così lesa 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 ad 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, ed 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, comma 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.

12. (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 scioglimento di matrimonio*). La Corte ²⁵⁸ ha disatteso la censura secondo cui sarebbe ingiustificata l'assenza della previsione 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 ²⁵⁹ 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*, legge 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

²⁵⁸ Corte cost., 27 ottobre 1999, n. 423, in *Giur. cost.*, 1999, IV, 3717; Corte cost., 10 luglio 1995, n. 325, in *Giur. cost.*, 1995, II, 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 *Giur. cost.*, 1989, I, 2217). Sul punto v. altresì *infra* le indicazioni di CUSUMANO, cap. XI, sez. I, par. 6.b.

²⁵⁹ Per tutti, Pret. Ancona, 18 settembre 1998, in *G.U.* prima serie sp., n. 12/1999; Pret. Milano, 3 ottobre 1994, n. 79, in *G.U.*, prima serie sp., n. 8/1995.

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, relativi anche alle condotte penalmente sanzionate, rispettivamente, dall'art. 12 *sexies* della legge 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 ²⁶⁰.

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, ed 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 legge 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 ed unitariamente coerenti le diverse discipline, perché, se attuato, verrebbe in definitiva ad incidere su un solo elemento che concorre al denunciato squilibrio.

²⁶⁰ Corte cost., 12 marzo 1970, n. 46, in *Giur. cost.*, 1970, I, 523; Corte cost., 27 novembre 1987, n. 535, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3453.

13. (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 ²⁶¹.

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 *legitimitas 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 « peculiari 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 ed 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* ²⁶². 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

²⁶¹ Cass. pen., sez. IV, 27 giugno 2001, n. 35121, ric. Rocchi, in *Dir. giust.*, 13 ottobre 2001, 35, 29, con nota critica di Dosi, *Un rischio il risarcimento iure proprio*.

²⁶² 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. pen., sez. I, 4 febbraio 1994, De Felice, in *Cass. pen.*, 1995, 1313 (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 (v. *supra*, par. 6.c.).

e parafamiliare, che si espliciti 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 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 legge 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 ad 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 ²⁶³ 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 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 ²⁶⁴, 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.

²⁶³ Cass. pen., sez. I, 12 novembre 2009, n. 6587, in *Guida dir.*, 2010, 89.

²⁶⁴ Trib. Milano, sez. IV, 13 novembre 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 409. Cfr. PROSDOCIMI, *Prospettive etiche e tutela di beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 31 ss.