

Capitolo V

Riflessioni conclusive

Mi sia consentito svolgere, sui temi trattati, alcune riflessioni conclusive che, lungi dal voler essere complete ed esaustive, si limitano a voler offrire alcuni spunti critici relativi ad un sistema che si appalesa, ad un'attenta lettura delle norme nel loro insieme e ad una concreta applicazione ai casi di specie, per certi versi, anacronistico e non più in linea con il mutato contesto sociale in cui queste disposizioni si trovano ad operare e, per altri versi, inidoneo ed incapace di garantire adeguata tutela giuridica.

In questo già compromesso quadro, la ricerca di una univoca nozione di famiglia, che si attagli perfettamente a tutte le norme e che possa indistintamente venire applicata a tutti gli istituti, si rende ancora più problematica ed incerta.

Nessun ausilio può essere tratto dal diritto civile, all'interno del quale non è possibile rinvenire una nozione di famiglia unitaria, essendo questa riconducibile, talvolta, alla famiglia nucleare e, talvolta, alla più ampia famiglia parentale e essendo, nelle varie disposizioni codicistiche, di volta in volta, preso in considerazione un diverso rapporto familiare, a seconda dell'aspetto che viene tutelato.

Come anticipato, nel Codice Rocco, le uniche disposizioni che spiccano per la loro valenza generale, evidenziata dall'inciso "agli effetti della legge penale", ovvero l'art. 307, comma 4, c.p. e l'art. 540 c.p., non offrono un concetto di famiglia valido e senza distinzioni applicabile a tutti gli istituti che richiamano in qualsiasi modo l'aggregato familiare.

Chi, dunque, volesse ricavare dall'art. 307, comma 4, c.p. il fondamento per costruire una nozione unitaria di famiglia, da utilizzare nell'ambito dell'intero ordinamento penale, si affannerebbe invano.

La *ratio* che accomuna le diverse ipotesi elencate nella norma definitoria di cui all'articolo 307, comma 4, c.p., ricomprese nel delitto di assistenza ai partecipi di cospirazione e banda armata, laddove si prevede la non punibilità nel caso di assistenza ad un prossimo congiunto, deve essere, in effetti, individuata nel principio di inesigibilità, che riconosce l'incoercibile forza degli affetti familiari.

I rapporti parentali evocati nella norma in commento, dunque, non sono niente più che un ennesimo raggruppamento empirico e di comodo, il quale non presuppone una riflessione da parte del legislatore penale sul significato o sui limiti del concetto di famiglia.

Non può trascurarsi, purtuttavia, ai fini definitivi, la disposizione appena richiamata, la quale, sebbene si limiti ad identificare, senza volere attribuire, ancorché l'inciso iniziale potrebbe portare a ritenere il contrario, portata generale all'elencazione ivi contenuta, un insieme di congiunti che assumono rilevanza in quella particolare fattispecie o in ogni altro caso in cui si faccia riferimento ad essa, inserisce nel novero dei prossimi congiunti un numero di persone ben più ampio degli appartenenti alla famiglia in senso stretto, pur ricomprendendo rapporti che fanno capo esclusivamente a vincoli giuridici, quali il matrimonio, la consanguineità, ovvero la filiazione.

Tale considerazione porta a ritenere che il Codice Rocco abbia, in qualche misura, valorizzato un concetto di famiglia formale, che prescinde totalmente dall'esistenza di meri rapporti di fatto.

Del resto, alla medesima conclusione potrebbe giungersi anche dall'analisi del Capo dedicato ai delitti contro il matrimonio, laddove il legislatore, prevedendo fattispecie incriminatrici, quali la bigamia e l'induzione al matrimonio mediante inganno, ha dimostrato di volere tutelare maggiormente la così detta famiglia legittima.

Il medesimo intento si rinviene, altresì, in numerose altre disposizioni codicistiche la cui applicazione risulta preclusa in presenza di meri rapporti di fatto quali, per citarne solo alcune, la violazione degli obblighi di assistenza familiare, la particolare causa di non punibilità di cui al 384 c.p., quella prevista,

in tema di delitti contro il patrimonio, dall'art. 649 c.p. e, ancora, le aggravanti speciali per il delitto di omicidio e di sequestro di persona.

Con riferimento alle due appena citate particolari ipotesi di non punibilità, in più occasioni, la Corte costituzionale ha, con fermezza, dichiarato non fondata l'eccezione di illegittimità sollevata con riferimento al principio di uguaglianza, non rinvenendo motivi per i quali il rapporto di convivenza dovrebbe essere assimilato al rapporto fondato sul matrimonio, da cui sorgono diritti e doveri, per certo non rinvenibili nella famiglia di fatto.

Ciò non toglie, a ben vedere, che l'evoluzione dei rapporti sociali abbia reso sempre più impellente l'esigenza di fornire una qualche tutela ai nuclei familiari di fatto e, in particolar modo, al convivente *more uxorio*, trovando già la filiazione naturale tutela, al pari di quella legittima, in virtù dell'equiparazione di cui al 540 c.p.

Si individuano, infatti, sia nel Codice Rocco che nel Codice di rito, nonché in numerose pronunce del Supremo Collegio e del Giudice delle leggi, seppur in quest'ultimo caso in assai minor misura, un riconoscimento della figura del convivente *more uxorio* con riferimento a specifiche situazioni, senza mai, tuttavia, giungere ad inserire tale figura nel novero dei prossimi congiunti.

Tali interventi, sintomo di una presa di coscienza della opportunità di fornire un'adeguata tutela anche nei confronti di situazioni di fatto, non sono ancora stati così incisivi da scardinare i tradizionali parametri del vincolo di sangue e dei vincoli giuridici discendenti dal matrimonio: i rapporti di fatto, quindi, agli occhi del legislatore penale, meritano una solo sporadica ed occasionale tutela, circoscritta a ben delineate ipotesi e non hanno, pertanto, assunto quella dignità che permetta loro di essere *tout court* equiparati ai legami che trovino la loro ragion d'essere in un vincolo giuridico.

Si soffermi, in questa prospettiva, l'attenzione sulla fattispecie dei maltrattamenti in famiglia, pacificamente applicabile anche in presenza di un puro rapporto di fatto, il quale presenti quei caratteri della stabilità e della solidarietà propri di un nucleo familiare strettamente inteso, atteso che il bene giuridico protetto dalla norma citata debba ravvisarsi nell'integrità psicofisica del soggetto maltrattato quale persona.

Un'apertura verso il riconoscimento della convivenza *more uxorio* si rinviene, inoltre, nell'ambito dei delitti di violenza sessuale e nell'ambito di quelli contro la personalità individuale, laddove il legislatore ha espressamente riconosciuto il mutato assetto della famiglia, con ciò ponendo l'accento sulla necessità di ampliamento della tutela offerta alle vittime di tali reati, a prescindere dall'esistenza di un legame che trovi un fondamento giuridico, dovendo trovare rilievo, in tali ipotesi, esclusivamente la maggior riprovevolezza del fatto di reato e la maggiore facilità con cui questo viene commesso.

Con la recente legge 6 febbraio 2006 n. 38, è stato, infatti, introdotto quale soggetto attivo del delitto di atti sessuali con minorenne, di cui all'art. 609 *quater*, comma 1, n. 2, c.p., qualora commesso in danno di minore che non abbia compiuto gli anni sedici, accanto, tra gli altri, del genitore, anche il di lui convivente, così come, al comma successivo della medesima disposizione, in caso di atti sessuali con minore commessi con l'abuso della posizione di ascendente, genitore anche adottivo o di lui convivente o tutore, rivestita dall'agente.

Anche la disposizione di cui all'art. 600 *sexies*, comma 2, c.p. inserisce nel novero di coloro che, qualora compiano delitti di prostituzione minorile o pornografia minorile, sono soggetti ad aumento di pena, il convivente del genitore.

Tale assetto normativo appare, a sommosso avviso dello scrivente, condivisibile in certi limiti: è, in effetti, imprescindibile una equiparazione delle situazioni di fatto in tutte quella fattispecie penali volte alla tutela da qualsiasi forma di violenza e di prevaricazione, non potendo in alcun modo la mancanza di un vincolo giuridico tra soggetto attivo e soggetto passivo del reato lasciare una lacuna normativa, che permetta al colpevole di andare, in casi limite, esente da pena o, comunque, di essere punito in base a un titolo di reato meno grave.

Non potrebbe, quindi, in alcun modo essere ammissibile l'adozione di una nozione di famiglia ristretta nella norma in tema di maltrattamenti o, ancora, in quella di violenza sessuale aggravata dall'esistenza di un vincolo familiare, o in quelle in tema di omicidio o lesioni personali, in relazione alle quali ultime si augura quindi una riforma.

Per converso, non pare auspicabile una equiparazione automatica tra famiglia di fatto e famiglia legittima per qualsiasi fattispecie, o, meglio, per tutte quelle fattispecie la cui formulazione ed il cui contenuto permetta la menzionata estensione, incompatibile con alcune ipotesi criminose in cui la sussistenza di un vincolo giuridicamente rilevante ne costituisce la stessa essenza (leggasi, tra le altre, bigamia).

Per avvedersi di un tanto, sia sufficiente soffermare l'attenzione sul delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare, ove la previsione di un dovere di assistenza penalmente sanzionato anche in capo al convivente si rilevarebbe in contrasto con gli interessi di quest'ultimo.

L'orientamento attualmente prevalente sembra, correttamente, voler accordare alla famiglia di fatto una tutela mediante lo strumento negoziale, in quanto l'estensione automatica delle regole sancite dal legislatore in dipendenza del matrimonio potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti, le quali hanno, invece, deliberatamente stabilito di non sottostarvi.

Né valga richiamare, tanto meno, al fine di individuare il fondamento di una pregnante tutela della convivenza, l'art. 540 c.p., il quale si limita ad equiparare la filiazione legittima a quella naturale, senza, tuttavia, poter assurgere a riconoscimento delle unioni di fatto.

Ciò non toglie, purtuttavia, che la famiglia di fatto trovi la necessaria tutela nei principi di libertà e uguaglianza sanciti a livello costituzionale, potendo questa ricomprendersi in quelle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo di cui all'articolo 2 Cost.

Non si tralasci di considerare che l'appena citata disposizione costituzionale, ad ogni buon conto, prima di esprimere le istanze solidaristiche, sancisce la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, finendo così con l'attribuire ai gruppi nell'ambito dei quali tali diritti possano estrinsecarsi una forma di garanzia solo mediata, conseguenza del carattere strumentale ad essa riconosciuto.

Le formazioni sociali trovano protezione, dunque, tanto in quanto costituiscano il mezzo necessario per lo svolgimento della personalità umana, sebbene sia nel rapporto con i genitori, i fratelli e gli altri componenti il consorzio

familiare che l'individuo apprende e realizza le prime forme di solidarietà i cui paradigmi potranno poi essere utilizzati in ogni suo comportamento.

Anche alla luce di tali principi, quindi, dovranno essere lette tutte le norme del Codice, le quali sarà opportuno interpretare, di volta in volta, nel senso di accordare protezione e tutela, prima che alla famiglia quale realtà sociale distinta dai suoi membri, al singolo individuo.

Tralasciando le problematiche inerenti alla famiglia di fatto, e ritornando alla ricerca di una convincente nozione di famiglia, in definitiva, come si è già avuto modo di sottolineare nel corso dell'opera, è necessario prendere atto che, nell'ambito dello stesso Codice penale, i diversi rapporti familiari vengono tra loro combinati secondo uno schema, che non si ispira a una concezione unitaria, bensì ad esigenze contingenti proprie di ciascun singolo istituto.

Deve, quindi, concludersi che la variegata rilevanza attribuita dall'ordinamento penale ai rapporti familiari non consente di astrarre un concetto di famiglia unitario e uniformemente applicabile: la famiglia diventa, così, un modello ad assetto variabile, una collettività i cui membri vengono individuati, di volta in volta, sulla base degli scopi che le singole norme si prefiggono.

Parrebbe, in questa prospettiva, perlomeno opportuno che i medesimi rapporti parentali trovino rilevanza allo stesso modo in tutte le fattispecie che siano volte alla tutela del medesimo bene giuridico o, quanto meno, di beni giuridici tra loro assimilabili, potendo, per contro, l'eccessiva frammentarietà, che si rileva attualmente nel Codice, rivelarsi esclusivamente foriera di costanti dubbi interpretativi e di disomogenee applicazioni.

L'analisi, seppur concisa, delle varie fattispecie in tema di delitti contro la famiglia, prima, e delle disposizioni che comunque attribuiscono rilevanza a questo istituto, poi, comportando la presenza della relazione familiare un'inasprimento di pena, ovvero una circostanza attenuante, ovvero, ancora, una causa di esclusione della punibilità, ha evidenziato la necessità di una riformulazione coerente dell'apparato normativo offerto dal Codice Rocco, che ha resistito all'evolversi dei tempi, solo grazie all'irrinunciabile intervento della giurisprudenza, la quale, percepito il senso dinamico della realtà della famiglia, ha assegnato al dato normativo il valore corrispondente alla realtà effettiva.

Non può, ad ogni buon conto, sottacersi, al riguardo, l'assoluta irrazionalità ed incoerenza del sistema, il quale, a causa di interventi riformatori frammentari e forse frettolosi, appare, in più punti, inadeguato.

Si pensi, in primo luogo, che il Codice prevede, solo in alcuni casi, un aggravamento della sanzione per fatti commessi dal convivente del genitore in danno dei figli di quest'ultimo, omettendo di sancire inasprimenti di pena in situazioni similari e parimenti degne della medesima attenzione, in quanto portatrici dello stesso disvalore sociale del fatto.

Non giustificabile, ad avviso dell'esponente, appare, ad esempio, l'omissione dell'indicazione del convivente del genitore nell'ambito delle circostanze aggravanti previste per il delitto di violenza sessuale, per converso, come detto, ricompreso nella norma che punisce gli atti sessuali con minorenne.

Di difficile comprensione sembra, inoltre, per citare solo una delle tante incongruenze, la non coincidenza soggettiva tra fattispecie quali l'incesto e la violenza sessuale aggravata, che, sebbene poste a tutela di bene giuridici differenti, rivelano ambedue l'interesse del legislatore alla protezione della sfera sessuale in ambito familiare, da intendersi, quindi, con connotati suoi propri.

Al proposito, sarebbe preferibile ed opportuno, ad esempio, che anche la violenza sessuale commessa dal fratello o dalla sorella o dal discendente, ricompresi nel delitto di incesto, comportasse un aggravamento di pena, ai sensi dell'art. 609 *ter* c.p.

Con particolare riguardo alla speciale causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p., poi, ci sia concesso rilevare la necessità della sua espulsione dal sistema.

Una disposizione di tale genere, in effetti, può trovare la sua ragion d'essere esclusivamente qualora inserita in un ambito in cui la famiglia assuma preminente carattere pubblicistico, con conseguente irrilevanza degli interessi dei singoli.

Non appare condivisibile la previsione di una causa di esclusione della punibilità per i delitti contro il patrimonio, se commessi in danno di soggetti che abbiano con l'agente uno stretto vincolo di parentela, in quanto il legislatore, con tale previsione, ha la presunzione di poter scegliere, in luogo dell'offeso, se i suoi

rapporti affettivi con il colpevole siano talmente forti da portarlo a non desiderare sanzioni penali nei suoi confronti.

Se è ben vero che il legislatore non può prendere in considerazione le diverse sfumature affettive dei singoli casi concreti, non può, tuttavia, neppure sostituirsi in una così delicata scelta.

Ma ciò che non convince in particolar modo, è l'ampiezza dei soggetti che vengono presi in considerazione dalla disposizione in commento, la quale ricomprende addirittura gli affini in linea retta, per converso non ricompresi, ad esempio, tra le circostanze aggravanti in tema di violenza sessuale, nei confronti dei quali appare verosimile che il legame non sia così forte da giustificare una esclusione dalla pena.

La disposizione, così come formulata, tradisce inequivocabilmente una concezione della famiglia arcaica, che un tempo vedeva convivere intorno al medesimo focolare domestico, il suocero e la nuora, la suocera e il genero.

Non si trascuri, poi, che anche la figura del coniuge appare non più in linea con il mutato assetto della famiglia, atteso che, così come del resto sottolineato dalla possibilità della separazione legale dei beni, è nell'ordinario svolgersi delle cose che ai coniugi facciano capo due diversi e separati patrimoni.

Ne discende, quindi, la necessità di una revisione accurata della disposizione, che, quantomeno, si limiti a circoscriverne l'applicabilità alle ipotesi in cui sussistano i più stretti legami affettivi e parentali, e che prescindano completamente dall'antica concezione dell'intangibilità della famiglia nella composizione delle controversie venutesi a creare all'interno di questa.

La previsione appena menzionata offre lo spunto per rilevare il forte contrasto tra la concezione superindividuale e pubblicistica della famiglia, così come traspare pure da molte altre disposizioni del Codice Rocco, e l'impostazione accolta dalla Costituzione, laddove viene, altresì, preso in considerazione l'elemento giusnaturalistico e ove questa istituzione viene garantita, purché non si ponga in contrasto con la dignità umana, essendo la famiglia considerata luogo ove si sviluppa la persona.

Il dettato costituzionale, letto unitamente ai principi propri degli articoli 2 e 3 Cost., privilegia la protezione del membro della famiglia in quanto persona,

accordando maggior valenza al suo interesse e salvaguardandolo anche a discapito della istituzione familiare in sé e per sé considerata.

La famiglia assume, nell'ottica del Costituente, rilevanza non come istituzione, ma come luogo di affetti, ove la persona deve poter trovare la propria realizzazione, il riferimento per la propria formazione e per l'organizzazione della propria esistenza.

I valori familiari, che emergono dalla, seppur rapida, ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'istituto familiare, rendono evidente la necessità di una riforma delle norme del Codice penale ancorate, ancor oggi, da un lato, ad una idea di famiglia legittima di stampo patriarcale e, dall'altro, incapaci di cogliere appieno la necessità di una tutela del singolo familiare e non, per converso, di una istituzione che è spesso un vuoto contenitore.

In questa prospettiva, valga richiamare la norma in tema di incesto dove la previsione della condizione obbiettiva di punibilità del pubblico scandalo conferma come l'interesse pubblico prevalga sull'intento di offrire una concreta e pregnante protezione del congiunto, che spesso versa in una situazione di soggezione psicofisica, che ne renderebbe forse preferibile, quantomeno per questa particolare ipotesi, la collocazione tra i delitti contro la persona, quali quelli contro la libertà morale.

Un vaglio critico del Titolo XI suggerisce, inoltre, di far confluire parte degli illeciti ivi attualmente ricompresi, quali, ad esempio, quelli di maltrattamenti in famiglia, di abuso dei mezzi di correzione, di sottrazione consensuale di minorenni e quelli contro lo stato di famiglia, tra i delitti contro la persona, diversa collocazione topografica questa che si manifesta necessaria solo qualora le si voglia attribuire grande rilievo nella esegesi interpretativa delle norme.

Le considerazioni sino ad ora svolte portano ad auspicare una radicale e soprattutto coerente revisione dell'intero sistema, che si appalesa alquanto caotico e confuso, la quale elimini dall'apparato sanzionatorio tutte quelle fattispecie incriminatrici desunte e non più rispondenti ad esigenze di protezione sentite nel contesto sociale, collochi diversamente alcune altre fattispecie oggi ricomprese nel Titolo dedicato ai delitti contro la famiglia, attribuisca a determinate relazioni parentali uguale rilevanza in ipotesi delittuose tra loro simili e che, comunque,

sottendono la medesima *ratio* e prenda in considerazione i rapporti di fatto in tutte quelle ipotesi in cui a dover essere tutelata è la persona in quanto tale e non, invece, la famiglia quale realtà separata e portatrice di interessi propri distinti da quelli dei componenti l'aggregato familiare.

Un richiamo merita, da ultimo, l'auspicabile introduzione di una norma apposita volta a disciplinare il delitto di *stalking*, non apprendo l'insieme delle fattispecie oggi esistenti in grado di offrire un'appropriata risposta punitiva a tutte le diverse manifestazioni che la violenza all'interno dell'aggregato familiare può assumere.

Alcuni comportamenti particolari, infatti, non trovano specifica collocazione nel diritto penale, come autonoma precipua fattispecie criminosa talchè vengono fatti rientrare in ipotesi criminose diverse, non sempre adeguate a disciplinare appieno il fenomeno.

Meriterebbe, altresì, attenzione, da parte del legislatore, anche l'aspetto preventivo di protezione dei soggetti deboli oggetto della violenza endofamiliare, sicchè sarebbe preferibile che la legge 154 del 2001 venisse considerata, più che un punto di arrivo, un punto di partenza, poiché, per quanto un apparato repressivo sia efficace ed adeguato al suo scopo, parimenti importanti appaiono le misure cautelari volte ad evitare la commissione delle ipotesi delittuose in commento.