

## **Capitolo III**

### **Il rapporto di famiglia come circostanza aggravante, attenuante o di esclusione della pena**

**SOMMARIO:** 1. Il rapporto di famiglia quale circostanza aggravante 2. Il vincolo familiare come aggravante nei delitti contro la libertà individuale in particolare 3. La rilevanza delle relazioni parentali come circostanza attenuante 4. Le relazioni familiari come causa di esclusione della pena 5. Il rapporto di famiglia in altre fattispecie delittuose

#### **1. Il rapporto di famiglia quale circostanza aggravante**

Le disposizioni codicistiche che attribuiscono rilevanza al rapporto familiare non si limitano, come anticipato, alla previsione dei delitti contenuti nel Titolo XI, dedicato ai reati contro la famiglia, sebbene questo rappresenti il *locus* privilegiato nel quale confluiscono le disposizioni espressamente dedicate alla tutela penale della famiglia, rinvenendosi sparse, in più parti, diverse norme che, in qualche misura, conferiscono particolari conseguenze all'esistenza di un vincolo parentale tra il soggetto attivo ed il soggetto passivo del reato o che, comunque, lo considerano rilevante ai fini della commisurazione della pena.

Per avvedersi di un tanto, è sufficiente prendere in considerazione le circostanze aggravanti comuni ad effetto comune ed, in particolare, quella prevista dal n. 11 dell'articolo 61 c.p.<sup>1</sup>, che sancisce l'aumento della pena sino ad un terzo,

---

<sup>1</sup> Sulla aggravante di cui all'articolo 61, n. 11, c.p., in particolare, MANTOVANI, *Diritto penale*, Bologna, VI ed., 2007, 396; PAGLIARO, *Il reato*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 300; ROMANO, *sub art. 61 c.p.*, in ROMANO, *Commentario*

qualora il fatto sia commesso con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con l'abuso di relazioni d'ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione o di ospitalità.

Nell'ipotesi codicistica appena delineata si ricomprendono, quindi, quelle fattispecie in cui il fatto di reato è posto in essere con l'abuso di una situazione di preminenza o di superiorità sul soggetto passivo, derivante da rapporti di diritto privato, quali quelli di tutela, cura, ufficio, educazione, tra cui ineccepibilmente rientrano quelle fattispecie commesse con abuso della potestà dei genitori o, comunque, commesse all'interno della famiglia.

Con l'espressione relazioni domestiche ci si riferisce, invece, a tutte quelle relazioni intercorrenti tra gli appartenenti ad un medesimo nucleo familiare, inteso in senso lato, ovvero comprensivo non solo dei soggetti tra loro legati da un vincolo di sangue, bensì anche da tutti coloro che fanno parte della cerchia familiare, siano essi affini, domestici, istruttori, senza la necessità della coabitazione<sup>2</sup>, quest'ultima presa, ad ogni modo, successivamente in considerazione, sempre come circostanza aggravante comune.

La rilevanza del rapporto familiare quale circostanza aggravante si ravvisa, inoltre, anche nella disciplina riservata al concorso di persone nel reato, prevedendo il secondo comma dell'art. 111 c.p.<sup>3</sup> l'aumento della pena sino alla metà, o da un terzo a due terzi nel caso di delitti per cui sia previsto l'arresto in flagranza, qualora chi abbia determinato il non imputabile o il non punibile a commettere il reato sia il genitore esercente la potestà.

Tale aggravamento di pena trova la sua ragion d'essere, sia nella efficacia particolarmente intensa dell'induzione al crimine che sia operata dal genitore nei

---

*sistematico del Codice penale*, I, Milano, 2004, 669 e VENAFFRO, *sub* art. 61 c.p., in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2007, 512.

<sup>2</sup> La coabitazione, ai fini dell'applicabilità della circostanza aggravante in parola, va intesa in senso ampio come la relazione tra persone che si trovino a vivere, volontariamente o per necessità, riunite in un medesimo luogo per un periodo di tempo apprezzabile (ricovero ospedaliero, soggiorno in albergo in viaggio organizzato). Per ospitalità si intende, invece, anche la coabitazione di breve durata, ma con il presupposto del consenso dell'ospitante.

<sup>3</sup> Cfr. art. 111, comma 1, c.p.: "Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso; e la pena è aumentata. Se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, la pena è aumentata da un terzo alla metà. Se chi ha determinato altri a commettere il reato ne è il genitore esercente la potestà, la pena è aumentata fino alla metà o, se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, da un terzo a due terzi".

confronti del figlio incapace, sia nel carattere “odioso” della condotta di chi, contravvenendo al dovere primario del genitore di educare la prole al rispetto delle regole della convivenza civile, si faccia causa prima e volontaria della condotta criminosa dei figli<sup>4</sup>.

Tra le circostanze aggravanti previste dall'articolo 112 c.p.<sup>5</sup>, sempre in caso di concorso di persone nel reato, in secondo luogo, è previsto un aumento di pena per chi abbia determinato a commettere il reato persone soggette alla sua autorità, direzione o vigilanza, in questa categoria rientrandovi i rapporti di subordinazione nascenti, non solo da pubblici uffici o funzioni, ma anche dall'istituto della famiglia e da ogni soggezione di natura privata<sup>6</sup>.

Se chi ha determinato altri a commettere il reato per il quale è previsto l'arresto in flagranza, o si è avvalso di altri nella commissione dello stesso, ne è il genitore esercente la potestà, poi, la pena è aumentata sino alla metà, qualora si sia determinato o ci si sia avvalsi per la commissione del reato, al di fuori delle ipotesi dell'art. 111 c.p., di un minore di anni diciotto o di persona in stato di infermità o deficienza psichica, mentre la pena è aumentata sino a due terzi, qualora questi si sia avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale.

---

<sup>4</sup> Così, MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, in RONCO, *Il reato, Cause di esclusione e di estinzione della pena, Forme di manifestazione e concorso di reati*, II, Bologna, 2007, 152 e MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 530.

<sup>5</sup> Vedi art. 112 c.p.: “La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata: 1) se il numero delle persone, che sono concorse nel reato, è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti; 2) per chi, anche fuori dai casi preveduti dai due numeri seguenti, ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo; 3) per chi, nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette; 4) per chi, fuori del caso preveduto dall'articolo 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni diciotto o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza. La pena è aumentata fino alla metà per chi si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale, nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza. Se chi ha determinato altri a commettere il reato o si è avvalso di altri nella commissione del reato ne è il genitore l'esercente la potestà, nel caso previsto dal numero 4 del primo comma la pena è aumentata sino alla metà e in quello previsto dal secondo comma la pena è aumentata sino a due terzi. Gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1, 2 e 3 di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile”.

<sup>6</sup> Sul punto, BISORI, *sub art. 112 c.p.*, in PADOVANI, *Codice penale*, cit., 797.

Parimenti significative sono le circostanze aggravanti speciali del delitto di omicidio<sup>7</sup>, applicabili anche ai delitti di lesioni dolose, finanche se aggravate, e di omicidio preterintenzionale<sup>8</sup>, laddove il n. 2 dell'art. 576 c.p.<sup>9</sup> sancisce l'applicabilità della pena dell'ergastolo, nel caso in cui venga cagionata la morte di un ascendente o di un discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61 c.p.<sup>10</sup>, o quando è adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso, ovvero, da ultimo, quando vi sia stata premeditazione.

In linea con quanto disposto dal precedente articolo, si pongono anche le previsioni di cui alla disposizione successiva<sup>11</sup>, che, da un lato, sancisce l'applicabilità dell'ergastolo, se l'omicidio è commesso in danno di un ascendente o di un discendente<sup>12</sup>, e, dall'altro<sup>13</sup>, prevede la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge<sup>14</sup>, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta.

---

<sup>7</sup> In tema, MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, Padova, 2005, 154; MARANI, *I delitti contro la persona*, Padova, 2007, 25; NICOSIA, *Omicidio doloso e circostanze aggravanti*, in MANNA (a cura di), *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2007, 19; PATALANO, voce *Omicidio*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1979, 956 e SALCUNI, *Lesioni personali dolose e circostanze aggravanti*, in MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 115.

<sup>8</sup> Vedi art. 585 c.p.: “Nei casi preveduti dagli articoli 582, 583 e 584, la pena è aumentata da un terzo alla metà, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dall'articolo 576; ed è aumentata fino ad un terzo, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dall'art. 577, ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive [...]”.

<sup>9</sup> Vedi, LARIZZA, *sub art. 576 c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Torino, 2006, 3802.

<sup>10</sup> Il n. 1 dell'art. 61 c.p. prevede quale aggravante “l'aver agito per motivi abietti o futili”, mentre il n. 4 del medesimo articolo prevede l'aumento di pena sino ad un terzo, qualora l'agente abbia “adoperato sevizie o agito con crudeltà verso le persone”.

<sup>11</sup> Ci si riferisce all'art. 577, comma 1, n. 1 c.p. In tema, LARIZZA, *sub art. 577 c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., 3806.

<sup>12</sup> Vi si ricomprende la filiazione illegittima, naturale e incestuosa, riconosciuta, riconoscibile, non riconosciuta e non riconoscibile, ad esclusione della parentela in linea collaterale.

<sup>13</sup> Vedi art. 577, comma 2, c.p.

<sup>14</sup> Si è, in giurisprudenza, affermato che l'aggravante troverebbe applicazione nel caso del coniuge separato legalmente o di fatto (Cass., sez. I, 9 gennaio 1985, Bruno, in *Riv. pen.*, 1985, 1136), ma non del coniuge divorziato, né del convivente *more uxorio* (Cass., sez. V, 27 febbraio 2007, Asquino, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 5, 1191 e Cass., sez. V, 14 febbraio 2007, A., in *Guida dir.*, 2007, 12, 87).

Nell'originario assetto normativo, laddove vi fosse la sussistenza di una circostanza aggravante di cui all'art. 576 c.p., la sanzione prevista era quella della pena di morte, mentre la pena applicabile era, rispettivamente, quella dell'ergastolo e quella della reclusione, nel caso in cui ricorresse una delle circostanze disciplinate dall'art. 577, comma 1, c.p. o 577, comma 2, c.p.

Abolita la pena di morte nell'ordinamento italiano, tutte le circostanze di cui agli articoli 576 e 577, comma 1, c.p.<sup>15</sup>, purché portatrici di un diverso disvalore, comportano, attualmente, la pena dell'ergastolo.

Tale previsione ha suscitato critiche di irragionevolezza da parte della dottrina, che non hanno, tuttavia, trovato seguito nella giurisprudenza del Supremo Collegio. In ogni caso, in effetti, il diverso disvalore, seppur opinabile, proprio delle circostanze aggravanti, così come originariamente intese dal legislatore, ha mantenuto la propria importanza, in virtù del richiamo operato dall'art. 585 c.p., che riconnette alle circostanze previste dalle due norme conseguenze sanzionatorie diverse.

Tale diverso primitivo assetto, che prevedeva l'applicabilità della pena di morte e non, invece, l'applicabilità dell'ergastolo spiega anche la ragione per cui il primo comma dell'art. 576 c.p. identifichi, in modo del tutto ultroneo e pleonastico, come motivo di aggravamento, il concorso di una serie di circostanze che, già di per sé, comporterebbero l'applicazione della massima pena dell'ergastolo.

Tralasciando le critiche attinenti alla esagerata frammentazione casistica ed alla disomogeneità di un sistema, che preferisce delegare alla giurisprudenza il compito di elidere gli aspetti contraddittori che solo il legislatore dovrebbe essere in grado di rimuovere, che esulano dall'oggetto precipuo della nostra attenzione, non può sottacersi la maggiore gravità delle ipotesi contenute nell'articolo 576 n.2 c.p., rispetto a quelle contenute nella norma successiva.

La Suprema Corte, pur tuttavia, chiamata a pronunciarsi sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 577 c.p., nella parte in cui punisce con la pena dell'ergastolo ipotesi meno gravi di quella punite dall'articolo

---

<sup>15</sup> Si veda, sul tema, anche GIUNTI, *Relazioni familiari e delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia, Diritto penale della famiglia*, IV, Milano, 2002, 653.

576 c.p., ha specificato come spetti esclusivamente al legislatore stabilire per ciascuna ipotesi delittuosa la pena appropriata, con la conseguenza che l'equiparazione *quoad poenam*<sup>16</sup> sfugge a qualsiasi censura di legittimità.

La *ratio* delle aggravanti richiamate risiede, naturalmente, nel particolare disvalore attribuito all'omicidio di una persona legata all'agente da uno stretto vincolo di parentela, alla luce della particolare efferatezza dei fatti di sangue quando commessi tra familiari, anche in virtù della particolare tutela che dovrebbe discendere, prima ancora che dal diritto, dal vincolo etico derivante dalla consanguineità, oltre che nella minorata difesa che i soggetti passivi del reato apprestano proprio in ragione del rapporto parentale.

L'opinione citata, ad ogni buon conto, non convince pienamente, allorché richiama il vincolo di sangue quale fondamento dell'aggravamento di pena, trattandosi di opinione anacronistica e desueta, in relazione alla mutata nozione di famiglia oggi rilevante, la quale si fonda, come più volte rilevato, più che sull'esistenza di un vincolo di consanguineità, sulla assiduità della convivenza.

Controverso è, in dottrina, se debba rilevare, ai fini dell'aumento di pena discendente dalle aggravanti di cui agli articoli 576 c.p. e 577, comma 1, n.1 c.p., il rapporto di adozione, esplicitamente menzionato al solo comma secondo dell'articolo 577 c.p.

I fautori della tesi positiva ritengono che l'applicabilità dell'aggravante in esame, in presenza del particolare vincolo dell'adozione, derivi automaticamente dalla legge 184/1983 in tutti quei casi in cui l'adottato acquisti lo *status* di figlio legittimo, con esclusione, quindi, dell'adozione dei maggiori di età e di altre forme speciali di adozione, cui si riferirebbe, per contro, il secondo comma dell'art. 577 c.p.

Secondo altri Autori<sup>17</sup>, invece, tale ultima ricostruzione non meriterebbe accoglimento, in quanto il legislatore considererebbe ininfluenza il rapporto che si instauri al di fuori del vincolo di consanguineità, sussistendo molte differenze tra i soggetti legati da vincolo di sangue e quelli legati da vincolo adottivo. Contro la

---

<sup>16</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 31 giugno 1996, Alleruzzo, in *Cass. pen.*, 1997, 3384.

<sup>17</sup> Così MARANI, *op. loc. cit.*

possibilità di porre sullo stesso piano i consanguinei, rispetto a coloro che sono legati da vincolo di adozione, i sostenitori dell' appena citata opinione richiamano, altresì, l'ultimo comma dell'articolo 577 c.p., dove espressamente sono indicati i soggetti legati da adozione.

Ci si è, inoltre, chiesti se si possa estendere l'ambito di applicabilità della fattispecie di cui al 577, comma 1, c.p. anche all'omicidio in danno di un affine.

Pare potersi facilmente adottare la soluzione negativa, alla luce dell'espressa menzione, al secondo comma della norma oggetto della nostra attenzione, di tale particolare vincolo, nonché alla luce del minore disvalore giuridico sociale del fatto di reato.

L'ultimo comma dell'articolo 577 c.p., comportante un più lieve regime sanzionatorio, sottolinea, seppur indirettamente, il rilievo conferito dal Codice Rocco alla consanguineità e permette di ravvisare, nella maggior tutela accordata alla famiglia legittima, la *ratio* normativa di tale aggravante.

L'elencazione dei soggetti descritti nella disposizione da ultimo richiamata si apre con la figura del coniuge, qualifica questa che, all'unanimità, si ritiene non possa essere attribuita alla persona divorziata o a quella nei confronti della quale si è verificata una causa di annullamento del matrimonio o di scioglimento per causa prevista dal diritto canonico, riconosciuta dall'ordinamento italiano, essendo, viceversa, ininfluyente l'eventuale sussistenza del regime di separazione personale tra i coniugi, che non fa venire meno lo *status* di coniuge.

I rigidi principi che informano il diritto penale, quali quello di legalità, tassatività e divieto di analogia, poi, non consentono, come anticipato, di assimilare la figura del convivente a quella del coniuge, cui risulta, pertanto, inapplicabile l'aggravante in commento<sup>18</sup>.

Per quanto riguarda, da ultimo, la figura dell'affine in linea retta, sia sufficiente ricordare che la Suprema Corte ha precisato che, ai fini dell'applicabilità della circostanza di cui all'articolo 577 c.p., non si deve fare riferimento, per la individuazione degli affini, alla disposizione di cui all'articolo 307 c.p., in quanto non espressamente richiamato, bensì alle norme generali

---

<sup>18</sup> Opinione questa già da molti anni consolidata. Vedi, Cass., sez. I, 22 febbraio 1988, Rauco, in *Giust. pen.*, 1989, II, 207.

dell'articolo 78 c.c., sicché verrà considerato affine anche colui al quale sia morto il coniuge, allorquando non vi sia prole.

Come si è già avuto modo di osservare, le aggravanti sopra citate si applicano anche ai delitti di lesioni personali e di omicidio preterintenzionale.

L'articolo 582 c.p. capoverso prevede, in particolare, che, se dalla lesione non consegue una malattia con durata superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti di cui agli articoli 583 e 585 c.p., eccezion fatta per le aggravanti di cui all'articolo 577 n.1 e 577, comma 2, c.p., il delitto sia punibile, a querela della persona offesa. L'aver commesso il fatto in danno di un ascendente o discendente, ovvero contro il coniuge, il fratello, la sorella, il padre, la madre e i figli adottivi o contro un affine in linea retta dà, quindi, al contempo, luogo ad un aggravamento di pena e alla esclusione della perseguibilità di ufficio, qualora la lesione sia lievissima.

Nelle ipotesi in questione, si è, dunque, ritenuto prevalente l'interesse dell'unità familiare sull'incolumità individuale, a differenza di qualora ricorrano le circostanze di cui all'articolo 576 c.p., la gravità delle quali è stata ritenuta tale da rendere indefettibile la risposta penale.

Tale previsione non può andare esente da critiche, in quanto una medesima circostanza comporta un aumento di pena e, contemporaneamente, una situazione più favorevole, sebbene sul piano processuale, poiché, pur attribuendosi maggior gravità al fatto, si lascia la persona offesa dal reato nell'arduo dilemma di non consentire la punizione del colpevole, ovvero di esporlo a una sanzione più grave.

Pare, a sommo avviso dell'esponente, che l'aggravante di cui all'art. 577, comma 2, c.p., nei termini formulati dal legislatore, comporti una serie di incongruenze difficilmente superabili.

Non è dato comprendere, in effetti, per quale ragione, nel caso di omicidio in danno del fratello o della sorella o del coniuge o, ancora, nel caso in cui sussista tra l'agente e la persona offesa un vincolo di adozione, la pena applicabile non sia quella dell'ergastolo, invece prevista per il delitto contro l'ascendente e il discendente dal precedente comma 1 n. 1, bensì quella, meno grave, della reclusione da ventiquattro a trenta anni, previsione quest'ultima, forse,



condivisibile, limitatamente alle ipotesi in cui sussiste tra soggetto attivo e soggetto passivo un rapporto di sola affinità.

Tale previsione se, da un lato, pare confermare che il Codice Rocco ha attribuito maggiore valore al legame di sangue e alla famiglia legittima, poiché punisce meno severamente il reato in presenza di vincolo di adozione o di affinità o coniugio, dall'altro, con la previsione di un trattamento sanzionatorio più leggero nel caso di omicidio in danno dei fratelli e delle sorelle, sembra offrire una quantomeno discrezionale classificazione di importanza del legame familiare, a seconda del grado e della linea di parentela, che prescinde, a nostro modo di vedere, da una opportuna ricognizione del reale contesto in cui il delitto si compie.

Perché mai dovrebbe sussistere una minore gravità del delitto di omicidio commesso nei confronti dei fratelli, magari altresì conviventi, rispetto a quello commesso in danno del nonno?

*De iure condendo*, sarebbe probabilmente preferibile che non venissero fatte distinzioni tra l'omicidio contro l'ascendente e il discendente e quello contro il coniuge e i fratelli e le sorelle, attesa la non giustificabile opinione, che si pone alla base di una tale discriminazione, secondo cui il vincolo in questi casi appare attenuato. Ciò anche in virtù della considerazione per la quale anche nelle appena riferite situazioni esiste quella medesima fiducia o quel medesimo stretto rapporto di affidamento per cui vi è, quantomeno, agevolazione nella commissione del delitto, oltre che un pari disvalore intrinseco della fattispecie, essendo parimenti degni di specifica protezione, in relazione alla carica etica che ne caratterizza la relazione con l'autore del fatto, i fratelli, le sorelle ed il coniuge.

Anche l'articolo 605 c.p., che punisce il sequestro di persona, prevede un aumento di pena, qualora la privazione della libertà personale avvenga in danno di un ascendente, di un discendente o del coniuge.

L'aggravamento in parola, che trova la sua giustificazione nella maggiore facilità con cui è possibile privare il soggetto passivo della propria libertà personale, in forza del particolare legame parentale intercorrente tra il carnefice e la vittima, trascura di prendere in considerazione altri vincoli di familiarità che, a

sommesso avviso dell'esponente, potrebbero parimenti agevolare la commissione del reato.

Relativamente in particolare ai figli minori, si è giustamente osservato che, sebbene i genitori nell'esercizio della potestà godano dello *ius corrigendi*, non per questo saranno liberi di abusarne, imponendo ingiustificate ed eccessive limitazioni della libertà personale del discendente<sup>19</sup>.

Al gruppo di norme c.d. *extra vagantes*, ovvero fattispecie nella struttura delle quali entrano, a vario titolo, i rapporti familiari, oggetto della nostra attenzione, appartiene, senza dubbio, il delitto di abbandono di persona minore o incapace, in quanto la sussistenza di un rapporto di parentela tra soggetto attivo e passivo del reato comporta, ancora una volta, un aumento di pena<sup>20</sup>.

L'ultimo comma dell'articolo 591 c.p.<sup>21</sup> prevede, infatti, l'aumento fino a un terzo della pena base della reclusione da sei mesi a cinque anni, qualora il fatto sia commesso dal genitore, dal figlio, dal tutore o dal coniuge, ovvero dall'adottante o dall'adottato.

La *ratio* di tale circostanza aggravante risiede, come è facilmente desumibile, nella maggiore pregnanza che il dovere di assistenza assume, allorché vi sia un rapporto familiare, in ragione del principio di solidarietà che deve legare i membri della famiglia, con la conseguente maggiore riprovevolezza derivante dall'abbandono di persona minore degli anni quattordici, ovvero di persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, di provvedere a se stessa e della quale si abbia la custodia o si debba avere cura.

Il reato di abbandono di minori o incapaci è un reato contro la persona finalizzato a tutelare l'incolumità fisica di coloro i quali non siano in grado di provvedere a se stessi, cosicché, a differenza del reato di violazione degli obblighi

---

<sup>19</sup> Sul tema, FOLADORE, *Osservazioni in tema di sequestro di persone in danno di soggetti minori o incapaci*, in *Cass. pen.*, 2002, 1423; MARANI, *I delitti contro la persona*, cit., 390; MAZZI, *sub art. 605 c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 3656 e VIGANO, *sub art. 605 c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., 4188.

<sup>20</sup> Vedi ANCESCHI, *La tutela penale dei minori*, Milano, 2007, 177; DE FILIPPIS, *Manuale di diritto di famiglia. Parte penale*, Padova, 2006, 167 e SILVANI, *Abbandono di persone minori o incapaci*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 749.

<sup>21</sup> In tema, BALARINI, *sub art. 591 c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., 4005; GALLUCCI, *sub art. 591 c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 3533; NICOSIA, *Abbandono di persone minori o incapaci*, in MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 241.

di assistenza familiare, l'oggetto della tutela deve essere ravvisato, non nel rispetto dell'obbligo di assistenza in quanto tale, bensì nel pericolo per l'incolumità fisica derivante dal suo inadempimento.

Il reato di cui all'articolo 591 c.p. si distingue anche dagli altri reati contro la persona, quali l'omicidio o l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale o morale, consistendo l'elemento soggettivo, nel primo caso, nella coscienza e volontà di abbandonare il minore con la conoscenza dei potenziali pericoli conseguenti al suo stato di incapacità, di difesa e di percezione dei rischi ai quali è esposto e, nel secondo caso, nella consapevolezza e volontà di cagionarne la morte<sup>22</sup>.

Il rapporto di parentela o di *coniugio*, si noti infine, può incidere sul reato, altresì, in modo diverso del rapporto tra criminale e vittima, potendo, in alcuni casi, verificarsi un'offesa indiretta ai propri familiari, senza che l'illecito venga rivolto direttamente nei loro confronti ed, in altri casi, potendo incidere sulla qualificazione di un reato, anche qualora l'illecito determini un vantaggio per i propri familiari.

E' il caso, ad esempio, dell'abuso d'ufficio, laddove il legislatore punisce la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procuri a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, ovvero arrechi ad altri un danno ingiusto.

Nel caso di tale ipotesi delittuosa, in effetti, viene punita anche quella condotta che sia volta, illegittimamente, ad agevolare gli interessi di persone legate da un vincolo di parentela, che diviene penalmente rilevante, in quanto il legislatore è ben consapevole della forza del legame affettivo, che può portare facilmente a delinquere per fare conseguire dei vantaggi ai propri familiari.

---

<sup>22</sup> ANCeschi, *La tutela penale dei minori*, cit., 177.

## 2. Il vincolo familiare come aggravante nei delitti contro la libertà individuale in particolare

Meritano, in questa prospettiva, altresì attenzione, per i fini che qui ci occupano, le disposizioni codicistiche in tema di violenza sessuale<sup>23</sup>.

Come noto, la circostanza aggravante<sup>24</sup> di cui all'articolo 609 *ter*, comma 1, n. 5 c.p.<sup>25</sup>, prevista per il delitto di violenza sessuale, disciplinato dal precedente articolo 609 *bis* c.p., stabilisce che la pena sia della reclusione da sei a dodici anni qualora la violenza sia commessa, nei confronti di persona che non abbia compiuto gli anni sedici, dall'ascendente, dal genitore anche adottivo o dal tutore.<sup>26</sup>

Con la legge 66/1996, che ha ampiamente riformato la materia, abrogando i previgenti articoli 519-526 c.p. ed inserendo nel Codice le disposizioni di cui agli artt. 609 *bis* e seguenti c.p., nonché mutato la collocazione sistematica dell'insieme di norme, dal Titolo IX del Codice, relativo ai delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, al Titolo XII, comprendente i delitti contro

---

<sup>23</sup> Cfr. art. 609 *bis* c.p. secondo cui: "Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o a subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o a subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi".

<sup>24</sup> Vedi art. 609 *ter* c.p. per cui: "La pena è della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all'articolo 609 *bis* sono commessi: 1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici; 2) con l'uso di armi o sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa; 3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio; 4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale; 5) nei confronti di persona che non ha compiuto anni gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore. La pena è della reclusione da sette a quattordici anni se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci".

<sup>25</sup> Sul tema, BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in COPPI, *I reati sessuali, I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 144; CATALIOTTI, *Circostanze aggravanti*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona, Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Torino, 2006, 109; MARANI, *I delitti contro la persona*, cit., 455 e MULLIRI, *sub art. 609 ter c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 3698.

<sup>26</sup> In dottrina, si segnala, per dubbia costituzionalità, l'aggravante di cui al numero cinque dell'articolo in esame laddove non si applichi al convivente del coniuge od alle persone cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia. Così MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, Padova, 1999, 99.

la persona, si è, in linea di principio, affermato che la libertà sessuale è una manifestazione della libertà della persona, sicché le aggressioni alla stessa, prima di ledere il concetto di pubblica moralità, colpiscono la dignità e la libertà dell'individuo.

Quale corollario necessario di tale pregnante modifica, discende, quindi, che la famiglia non può più considerarsi un luogo nell'ambito del quale le "violazioni delle moralità" debbano essere oggetto di valutazione particolare, bensì, data la centralità riconosciuta all'individuo e al suo diritto di vedere rispettata, anche sotto il profilo sessuale, la propria autonomia, essa è divenuta un contesto nel quale la tutela è analoga a quella riconosciuta nel caso di aggressioni esterne<sup>27</sup>.

Del resto, chiaro segnale dell'appena enunciata evoluzione si rinviene anche nel tramonto del debito coniugale, sulla base del quale si negava la configurabilità del reato di violenza carnale tra coniugi, teorizzandosi solo l'esistenza del reato di violazione di assistenza familiare, in caso di mancato adempimento di esso<sup>28</sup>.

Anche il sistema delle circostanze di cui all'articolo 609 *ter* c.p., in particolare, rappresenta una novità introdotta dalla citata legge n. 66/1996, in quanto solo alcune delle ipotesi oggi contemplate dalla norma sopra richiamata davano luogo, in virtù delle aggravanti comuni dell'articolo 61 c.p., ad inasprimenti di pena.

L'articolo in esame, sebbene sia spesso richiamato dal legislatore come se contenesse autonome ipotesi di reato, in realtà, prevede una serie di circostanze aggravanti speciali<sup>29</sup>, che si producono in relazione alla fattispecie base di violenza sessuale di cui all'articolo 609 *bis* c.p.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Sul tema della violenza sessuale in famiglia, RUFFO, *Famiglia allargata e violenza sessuale, oggetto e tecniche della tutela penale*, Milano, 2006, 59 e ss.

<sup>28</sup> Vedi, DE FILIPPIS, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 189.

<sup>29</sup> Atteso che, a norma dell'articolo 63, comma 3, c.p. "sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo", la dottrina qualifica quali circostanze speciali ad effetto comune quelle del primo gruppo e considera, al contrario, ad effetto speciale la circostanza prevista dal secondo comma dell'articolo 609 *ter* c.p. (fatto commesso in danno di persona minore degli anni dieci).

<sup>30</sup> Mentre l'espresso richiamo operato dall'art. 609 *octies* c.p., violenza di gruppo, genericamente dispone, in presenza di alcune circostanze dell'articolo 609 *ter* c.p., un non determinato, se non in virtù dei principi generali in tema di circostanze, aumento di pena.

Soffermando l'attenzione sull'aggravante prevista nel caso in cui il reato sia commesso da chi sia legato da un rapporto di parentela con il soggetto passivo, è necessario, in primo luogo, rilevare che tale ipotesi trae la sua *ratio* nell'esigenza di proteggere il minore (anche oltre il consueto limite dei quattordici anni) da forme di violenza sessuale particolarmente odiose ed insidiose, sia perché provenienti da persone che hanno con il minore stesso uno strettissimo rapporto<sup>31</sup> e che possono, quindi, sfruttare la loro posizione di autorità e consuetudine con il medesimo per realizzare il reato, sia perché, proprio in forza del rapporto di fiducia che normalmente lega il minore a tali soggetti, l'abuso sessuale può comportare, sul piano psicologico, conseguenze ancora più gravi per la persona offesa.

Rispetto alla previgente disposizione di cui all'articolo 519, comma 2, n. 2, c.p., l'unica innovazione consiste nell'aver ricompreso tra i soggetti nei cui confronti si verifica un inasprimento di pena, oltre al genitore e all'ascendente, anche il genitore adottivo, trasformando così in diritto positivo un orientamento giurisprudenziale<sup>32</sup> da tempo affermatosi, per cui era invalsa la tendenza ad interpretare le nozioni di genitore e/o tutore in maniera estensiva.

Come si può agevolmente rilevare dalla stessa lettura del testo della disposizione in commento, non è contenuto, a differenza di quanto accade nel caso di atti sessuali con minorenne, alcun riferimento al convivente del genitore, omissione quest'ultima di cui la più attenta dottrina si è opportunamente lamentata, considerando immotivata ed ingiustificata tale dimenticanza del legislatore<sup>33</sup>.

E' stato, inoltre, fortemente criticato da più parti in dottrina il mancato coordinamento tra la circostanza in esame e l'omologa previsione di cui all'articolo 609 *quater*, comma 1, n. 2 c.p., laddove si include, nel caso di atti

---

<sup>31</sup> Sono categorie di individui con le quali è consueto che il reo instauri un rapporto interpersonale privilegiato di frequentazione, affidamento, fiducia; persone con le quali si realizza una vicinanza particolare per ragioni di familiarità o di intesa e nei confronti delle quali l'esposizione è maggiore. Sia che le relazioni interpersonali con tali soggetti siano gradite o sgradite ai minori, non vi è dubbio che, in forza di esse, possa essere più agevole la consumazione di fatti di violenza o di induzione sessuale.

<sup>32</sup> Così, Cass., sez. III, 22 marzo 1985, Baucè, in *Cass. pen.*, 1986, 1789.

<sup>33</sup> Vedi MULLIRI, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, in *Cass. pen.*, 1996, 742.

sessuali con minorenni, non connotati, quindi, dei requisiti tipici della violenza sessuale, tra i possibili autori del reato, insieme all'ascendente, al genitore anche adottivo o al di lui convivente ed al tutore, anche ogni altra persona cui per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia il minore è affidato.

Tanto con riferimento all'articolo 609 *ter* c.p., quanto con riferimento all'articolo 609 *quater* c.p., ad ogni modo, non convince la scelta operata dal legislatore di non attribuire rilevanza ai rapporti di collateralità ed affinità, atteso che i vincoli affettivi e di soggezione che si costituiscono nell'ambito dei medesimi sono spesso assimilabili a quelli che danno luogo all'aggravante di cui all'articolo 609 *ter*, comma 1, n. 5 c.p. ed alla speciale incriminazione degli atti sessuali con il minore<sup>34</sup>.

L'esclusione appare ancora più evidente, qualora si prenda in esame il delitto di incesto, laddove, per contro, il legislatore ha attribuito rilevanza a più forme di rapporti familiari.

Secondo quanto è possibile desumere dai lavori parlamentari, tale omissione sarebbe giustificata da una lettura sistematica delle norme, in quanto aggiungere, nella aggravante di cui all'art. 609 *ter*, comma 1, n. 5, c.p., il riferimento a persone che abbiano un rapporto di convivenza familiare, ovvero una relazione domestica con la vittima, avrebbe comportato il rischio che l'aggravante potesse sovrapporsi a quella prevista dall'art. 61, n. 11, c.p., con effetti paradossalmente opposti a quelli voluti, ovvero l'applicazione di una pena inferiore a quella che si sarebbe ottenuta con l'aggravante comune.

Seguendo questa ipotesi interpretativa, bisognerebbe giungere alle seguenti conclusioni: i soggetti menzionati nell'articolo 609 *ter*, comma 1, n. 5, c.p., in caso di violenza sessuale commessa a danno del minore degli anni sedici, dovrebbero vedersi applicata, oltre alla aggravante in esame, anche quella di cui all'art. 61, n. 11, c.p., mentre i soggetti non menzionati nell'articolo 609 *ter* c.p. e presenti, invece, nell'art. 609 *quater* c.p., ove realizzino un fatto di violenza sessuale a danno del minore, dovrebbero rispondere del delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p., aggravato dal solo articolo 61, n. 11, c.p. Chi, infine, rivestendo le

---

<sup>34</sup> Cfr. PISTORELLI, *Delitti contro la libertà individuale*, in ZATTI, (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 806.

qualifiche soggettive di cui all'art. 609 *quater* c.p., ponga in essere atti sessuali con un minore di anni sedici, in assenza dei requisiti previsti dall'art. 609 *bis* c.p., dovrebbe vedersi attribuito il solo reato di atti sessuali con minorenne, trattandosi di fatto consensuale in cui non ricorre, per definizione, l'abuso delle condizioni di inferiorità della persona offesa.

Alquanto problematici appaiono, poi, i rapporti delle fattispecie criminose sopra delineate con il delitto di incesto, non rinvenendosi uniformità di vedute sul punto.

Secondo alcuni Autori, che non offrono una soluzione definitiva al problema, non sarebbe possibile, in ogni caso, assegnare coerenza al sistema: né, quindi, riconoscendo che, in virtù del principio del *ne bis in idem*, il reato di cui all'articolo 564 c.p. venga assorbito da quello più grave di violenza sessuale aggravata, né, tanto meno, postulando un concorso formale di reati.

Nel primo caso, infatti, i soggetti non ricompresi all'articolo 609 *ter* c.p., ma solo nella fattispecie di incesto, verrebbero penalizzati, a vantaggio di quelli inclusi dall'aggravante di cui al 609 *ter* c.p., producendosi il concorso formale solo per i primi. D'altro canto, però, secondo tale ricostruzione, l'applicazione congiunta di entrambe le norme in esame confliggerebbe con il principio del *ne bis in idem*<sup>35</sup>, venendo, nel caso di ritenuto concorso tra il delitto di incesto e quello di violenza sessuale aggravata, la condotta di colui che si congiunge con violenza con un prossimo congiunto latamente inteso punita due volte.

Altra parte della dottrina risolve la poco sopra richiamata questione, sulla base della diversa concezione adottata del reato di incesto come fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva.

Nel primo caso, infatti, secondo questi Autori, non vi sarebbe ostacolo a riconoscere la possibilità di concorso con la violenza sessuale aggravata, atteso che il consenso, o meglio la mancanza del consenso, non viene considerata quale elemento essenziale del reato di incesto.

Nel secondo caso, per contro, il mutuo consenso alla consumazione dell'atto sessuale, che la violenza subita da uno dei suoi protagonisti invece

---

<sup>35</sup> Così, CATALIOTTI, *Circostanze aggravanti*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona*, cit., 109.



esclude, diverrebbe elemento di tipicità del delitto di incesto, considerato una fattispecie bilaterale, con conseguente impossibilità del concorso con il reato di violenza sessuale<sup>36</sup>. L'incesto, in effetti, per la naturale plurisoggettività della fattispecie, prevede la reciproca consensualità ai rapporti sessuali, donde il minore non sarebbe teoricamente qualificabile come vittima, mentre, laddove vi fosse violenza, minaccia o abuso di autorità, si rientrerebbe nella ipotesi criminosa di violenza sessuale<sup>37</sup>, con l'ulteriore conseguenza che, nel caso di rapporti sessuali intercorrenti tra un familiare e il minore di età che abbia compiuto i sedici anni e sia consenziente, sarebbe ravvisabile la fattispecie dell'incesto.

In giurisprudenza, si registra un orientamento pressoché costante, e ad avviso dello scrivente di certo condivisibile, secondo cui il reato di violenza sessuale aggravata, oggetto della nostra attenzione, può concorrere con il reato di incesto<sup>38</sup>, non presentando quest'ultimo come elemento costitutivo la violenza sessuale. Da ciò consegue, pertanto, che, ove la congiunzione carnale sia realizzata con violenza e dal fatto derivi pubblico scandalo, i reati di violenza sessuale ed incesto possono concorrere, ponendosi, tra l'altro, a protezione di beni giuridici diversi<sup>39</sup>.

Tale interpretazione è stata altresì fatta propria da altra parte degli Autori, i quali, preso atto che il delitto di incesto tutela la morale familiare, mentre quello di violenza sessuale la libertà sessuale, hanno riconosciuto la possibilità di concorso tra le due fattispecie.

Valga osservare, peraltro, che il previgente articolo 519 c.p. non contemplava una circostanza aggravante omologa a quella in esame, qualificando come violenza sessuale presunta la congiunzione con un minore di anni sedici,

---

<sup>36</sup> Vedi, PISTORELLI, *Delitti contro la morale familiare*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 369.

<sup>37</sup> Così ANCeschi, *Reati in famiglia e risarcimento del danno*, Milano, 2005, 381.

<sup>38</sup> Per la possibilità di concorso tra il delitto di violenza sessuale e quello di maltrattamenti in famiglia, vedi, invece, Cass., sez. III, 12 luglio 2007, Po., in *CED Cass. pen.*, 2007 e Cass., sez. III, 16 maggio 2007, n. 22850, in *Guida dir.*, 34, 66.

<sup>39</sup> Così, Cass., sez. III, 20 dicembre 1995, Zaia, in *Mass. dec. pen.*, 1996, 75 e Cass., sez. III, 9 luglio 1985, Belcastro, *ivi*, 1985, 903.

qualora il colpevole fosse l'ascendente o il tutore o altra persona a cui il minore fosse affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza o custodia<sup>40</sup>.

Quanto all'aggravante di cui all'articolo 61 n. 11 c.p., in particolare, che la giurisprudenza, nella vigenza dell'articolo 519, comma 2, n. 2 c.p., aveva ritenuto pacificamente applicabile alle fattispecie di violenza sessuale oggi riconducibili alle ipotesi di cui all'art. 609 *ter* c.p., si ritiene possa concorrere con quest'ultima norma, come nel caso in cui l'ascendente, il tutore, o il genitore adottivo agisca, abusando della relazione domestica o di ospitalità<sup>41</sup>.

Altrettanto degna di nota è la norma che sanziona gli atti sessuali con minorenni<sup>42</sup>, che riprende il primo comma dell'abrogato articolo 519 c.p., il quale applicava la pena prevista per la violenza carnale a chiunque si congiungesse con persona minore di quattordici anni<sup>43</sup>.

L'ipotesi in commento si ascrive a quelle di c.d. "violenza presunta". È stato, al riguardo, tuttavia osservato come, più che di una vera e propria presunzione, si tratti di una vera e propria finzione giuridica nell'interesse dell'ordinamento giuridico, non essendovi un riferimento a ciò che generalmente accade, quanto, a ben vedere, al fatto che il minore non sia in grado di esprimere un consenso consapevole e maturo.

---

<sup>40</sup> Parte della dottrina, proprio alla luce di tale considerazione, dubita della possibilità del concorso formale tra violenza sessuale aggravata ed il delitto di incesto.

<sup>41</sup> Al riguardo, MACARI, *Violenza sessuale in danno del minore. La questione dell'età*, in FORTUNA, *Reati contro la famiglia e i minori*, Milano, 2006, 214.

<sup>42</sup> Vedi l'art. 609 *quater* c.p. secondo cui: "Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609 *bis* chiunque, al di fuori dell'ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con questo ultimo, una relazione di convivenza. Al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 609 *bis*, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, o il tutore che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni. Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609 *bis*, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita fino a due terzi. Si applica la pena di cui all'articolo 609 *ter*, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci."

<sup>43</sup> Tale norma è stata inserita dalla legge 66/1996. Sul punto, vedi, DE FILIPPIS, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 192 e RUSSO, *Atti sessuali con minorenni*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona*, cit., 121.

Tralasciando una approfondita analisi del primo comma, n. 1, dell'art. 609 *quater* c.p.<sup>44</sup>, che punisce con la pena prevista per il delitto di violenza sessuale gli atti sessuali con un minore di anni quattordici, merita attenzione la previsione di cui al n. 2, la quale sanziona gli atti sessuali con persona che abbia compiuto gli anni quattordici ma non ancora i sedici, qualora il soggetto attivo sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, o il di lui convivente, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, educazione, istruzione vigilanza o custodia il minore sia affidato o che abbia con questi una relazione di convivenza<sup>45</sup>.

Considerata l'assoluta irrilevanza della manifestazione del consenso del minore, sussistendo il reato anche quando sia stato lo stesso minore a sollecitare l'atto sessuale, si ritiene generalmente che il bene giuridico protetto vada ravvisato, non nella libertà sessuale del minore, quanto, invece, nella sua intangibilità sessuale<sup>46</sup>, nella prospettiva di un corretto ed armonioso sviluppo della sua personalità.

Restringendo l'analisi alla parte della norma di nostro interesse, si rileva che la *ratio* della fattispecie vada individuata nell'esigenze di rafforzare la tutela sessuale del minore, in relazione a situazioni o rapporti intersoggettivi nei quali il soggetto attivo si trovi in una posizione di supremazia. Questo spiegherebbe l'innalzamento del limite di età da quattordici a sedici anni: se, in effetti, in relazione a situazioni fisiologiche l'ordinamento riconosce al minore ultraquattordicenne la capacità di esprimere il consenso nella sfera sessuale, al contrario, in presenza di contesti caratterizzati da differenziale di potere, si innalza la soglia di tutela, presumendosi la sussistenza di un vizio della volontà del minore. Ne consegue, quindi, che, ferma restando l'appena richiamata tutela della intangibilità sessuale del minore nell'ipotesi di cui al numero 1, che mal si attaglia, avendo l'ultraquattordicenne già acquisito il diritto alla libera

---

<sup>44</sup> Sul punto, PANACCIONE, *Atti sessuali con minorenni*, in FORTUNA, *Reati contro la famiglia e i minori*, cit., 199.

<sup>45</sup> Numero sostituito dall'articolo 6 della legge 6 febbraio 2006, n. 38. Il testo precedentemente in vigore era il seguente: "2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza".

<sup>46</sup> Così, MARANI, *I delitti contro la persona*, cit., 466.

esplicazione della propria sessualità, il bene giuridico si specifica, con particolare riferimento all'ipotesi ora in esame, nel diritto alla libertà sessuale, intesa come diritto all'autodeterminazione in positivo ed in negativo, sia sul fronte fisico che psicologico.

Il minore, in questi casi, fino alla presunta età di anni sedici, si trova in una situazione di soggezione indotta dal carisma del maggiorenne, idonea ad alterare l'equilibrio in modo tale da poterlo indurre ad attuare comportamenti non autonomamente ponderati e rispetto ai quali è dubbio egli possa o sia in grado di opporre un rifiuto.

Non si trascuri che, in tali ipotesi criminose, il minore subisce profferte da parte dei medesimi soggetti che sono preposti alla sua educazione e che fungono da esempio nel rammostrargli ciò che è bene ciò che è male.

Il secondo comma della norma in esame<sup>47</sup>, poi, inserito con la recente legge di riforma del 2006, sanziona la condotta del genitore, anche adottivo, o del di lui convivente e del tutore i quali, con abuso dei poteri inerenti alla propria posizione<sup>48</sup>, ma al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 609 *bis* c.p., compiano atti sessuali con il minore la cui età sia compresa tra gli anni sedici e diciotto.

Il fatto che il legislatore, con la novella sopra ricordata, abbia ulteriormente esteso i casi di punibilità, qualora vi siano vincoli familiari tra i soggetti del reato, appare, a nostro modo di vedere, sicuramente rilevante, offrendo agli interpreti un valido spunto di riflessione nell'applicazione dell'intero apparato normativo, che stiamo, via via, ricostruendo, che attribuisce rilevanza all'esistenza di un vincolo parentale. Si evince, in effetti, la volontà di offrire un sistema sanzionatorio severo e particolareggiato, che offra una reale tutela contro

---

<sup>47</sup> Mentre in relazione alle condotte di cui all'articolo 609 *quater*, primo comma, n. 2, c.p. il condizionamento del minore al compimento dell'atto sessuale si presume in forza dell'età e del particolare rapporto che lo lega all'autore dell'illecito, la nuova fattispecie di cui al secondo comma richiede la positiva dimostrazione che il soggetto attivo abbia indotto il minore a compiere atti sessuali, mediante la strumentalizzazione dei poteri connessi alla propria posizione soggettiva.

<sup>48</sup> La dottrina ha, al riguardo, rilevato la difficoltà di stabilire in concreto quando vi sia abuso dei poteri, tenuto anche conto delle interferenze che si possono verificare con la figura della violenza sessuale mediante abuso di autorità, interpretata sino a ricomprendervi, non solo l'autorità pubblica, ma anche quella privata. La giurisprudenza di legittimità, pur tuttavia, ha specificato che l'abuso di autorità va esclusivamente riferito all'autorità pubblica e non a quella privata, vedi Cass., sez. un., 31 maggio 2000, Bove, in *Foro it.*, 2000, II, 685. Se l'appena su menzionata opinione continuerà a trovare accoglimento, la nuova fattispecie di cui all'art. 609 *quater*, comma 2, c.p. manterrebbe un proprio ambito applicativo.

la violenza *intra moenia*, che viene, ci sia concesso, considerata maggiormente lesiva delle varie forme che la libertà dell'individuo può assumere.

Sebbene lo scopo della riforma sia meritevole di pregio, non possono, al contempo, sottacersi le incongruenze del sistema di protezione offerto, forse dettate da una eccessivamente rapida e non sufficientemente ponderata riforma.

Non è dato, ad esempio, comprendere perché non vi sia coincidenza, oltre che, come anticipato, con i soggetti ricompresi nella circostanza aggravante in tema di violenza sessuale, tra i soggetti attivi di cui al primo e di cui al secondo comma della disposizione che punisce gli atti sessuali con minorenni. La differenza non appare, a sommosso avviso di chi scrive, giustificata da valide argomentazioni, essendo difficile intuire perché mai colui che conviva con il minore non possa integrare la condotta punita dal secondo comma della norma in esame, anche poiché non è per certo ammissibile una interpretazione estensiva o analogica, contraria ai basilari principi che informano il diritto penale, tra cui quello di tassatività e legalità in particolare.

L'elemento di novità rispetto al passato è rappresentato, in primo luogo, dalla inclusione del genitore adottivo tra i soggetti attivi, anche se, a ben vedere, tale inserimento, il frutto del recepimento di un già consolidato orientamento giurisprudenziale, si rivela pleonastico, poiché l'equiparazione con il genitore naturale deriva dall'applicazione della normativa speciale in tema di adozione.

La legge 6 febbraio 2006, n. 38 ha inserito tra i soggetti attivi del delitto di atti sessuali con minorenni anche il convivente del genitore, con ciò volendo estendere l'ambito di applicazione della norma a tutti i possibili casi nei quali si venga ad instaurare una particolare relazione affettiva o comunque connotata dal carattere della stabilità fra l'adulto e il minore, in considerazione del rapido aumento dei nuclei familiari di fatto.

Per quanto riguarda la figura del convivente, in particolare, ci si è chiesti se per far sorgere la responsabilità penale siano anche necessari, oltre alla convivenza, quei requisiti aggiuntivi previsti dalla legge in relazione alla figura dell'affidatario<sup>49</sup>. L'interpretazione prevalente ritiene che non sia necessaria la sussistenza della ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza e custodia in

---

<sup>49</sup> Così, LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, in COPPI, *I reati sessuali*, cit., 167.

quanto, ove il legislatore avesse ritenuto necessaria, anche per il convivente, la presenza dei legami tipicizzati in relazione all'affidatario, non vi sarebbe stato bisogno di includere il primo nel novero dei soggetti attivi, già rientrando l'eventuale condotta illecita nel previgente ambito applicativo della norma.

Significativa appare, infine, la previsione della procedibilità d'ufficio, *ex* articolo 609 *septies* c.p.<sup>50</sup>, nel caso in cui si tratti di violenza sessuale commessa da soggetti che abbiano con il soggetto passivo un legame familiare<sup>51</sup>.

Tale eccezione alla ordinaria procedibilità a querela di parte, in effetti, dimostra una maggiore necessità di tutela in tali particolari ipotesi delittuose dei soggetti passivi, ed è, in secondo luogo, volta ad impedire che l'omissione della proposizione della querela sia la conseguenza della soggezione psicologica della vittima rispetto al suo aggressore o, ancora, del senso di colpa che pervade, seppur ingiustificatamente, chi ha subito violenza, in particolare nell'ambito delle mura domestiche.

Un cenno merita pure la Sezione I<sup>52</sup> del Capo III, "Delitti contro la libertà individuale", contenuta nel Titolo dedicato ai delitti contro la persona, che sanziona i delitti contro la personalità individuale<sup>53</sup>, identificata nello *status*

---

<sup>50</sup> Cfr. art. 609 *septies* c.p. secondo cui: "I delitti previsti dagli articoli 609 *bis*, 609 *ter* e 609 *quater* sono punibili a querela della persona offesa. Salvo quanto previsto dall'articolo 597, terzo comma, il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La querela proposta è irrevocabile. Si procede tuttavia d'ufficio: 1) se il fatto di cui all'articolo 609 *bis* è commesso nei confronti di persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni diciotto; 2) se il fatto è commesso dall'ascendente, dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore, ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia o che abbia con esso una relazione di convivenza; 3) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni; 4) se il fatto è connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio; 5) se il fatto è commesso nell'ipotesi di cui all'articolo 609 *quater* ultimo comma".

<sup>51</sup> Vedi ALBERTINI, *Querela di parte*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona*, 249 e DEL RE, *Il regime di procedibilità dei delitti sessuali*, in COPPI, *I reati sessuali*, cit., 247.

<sup>52</sup> Il Titolo dedicato ai delitti contro la persona si compone, altresì, del Capo I, dedicato ai delitti contro la vita e l'incolumità individuale e del Capo II dedicato ai delitti contro l'onore. Il capo III comprende, oltre alla Sezione dedicata ai delitti contro la personalità individuale, quella dedicata ai delitti contro la libertà personale (sez. II), alla libertà morale (sez. III), alla inviolabilità del domicilio (sez. IV) e dei segreti (sez. V).

<sup>53</sup> La Sezione è composta dal delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.), dal delitto di prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.), dal delitto di pornografia minorile (600 *ter* c.p.), dal delitto di detenzione di materiale pornografico (art. 600 *quater* c.p.), dal delitto di pornografia virtuale (art. 600 *quater*.1 c.p.), dal delitto di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 *quinquies* c.p.), dal delitto di tratta di persone (art. 601 c.p.) e dell'acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

*libertatis*, ovvero nel complesso delle diverse manifestazioni di libertà che tale stato sintetizza<sup>54</sup>, e che comprende tutte fattispecie che si identificano con l'annullamento della personalità individuale del soggetto passivo.

La Sezione del Capo in commento è stata di recente rigenerata dall'introduzione, ad opera della legge 269/1998, che ha inserito una serie di fattispecie tese a colpire il fenomeno dello sfruttamento della prostituzione dei minori<sup>55</sup> e dell'utilizzazione dei medesimi per la produzione di materiale pornografico<sup>56</sup>, degli articoli 600 *bis* e ss. c.p.

Sebbene alla struttura fondamentale delle nuove fattispecie sia estraneo qualsiasi riferimento alla famiglia ed ai rapporti familiari, non si può trascurare, per i fini della presente opera, la disposizione di cui all'articolo 600 *sexies*, comma 2, c.p.<sup>57</sup>

L'appena menzionata norma<sup>58</sup> contempla un aggravamento di pena dei reati di sfruttamento della prostituzione minorile e di quelli concernenti la

---

<sup>54</sup> In questo senso, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5 ed. aggiornata da NUVOLONE e G.D. PISAPIA, VIII, Torino, 1985, 660.

<sup>55</sup> Cfr. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e della pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007.

<sup>56</sup> Così, PISTORELLI, *Delitti contro la libertà individuale*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 785.

<sup>57</sup> Cfr. art. 600 *sexies* c.p.: “Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, primo comma, 600 *ter*, primo comma e 600 *quinquies*, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso in danno di minore degli anni quattordici. Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, primo comma, e 600 *ter*, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, se il fatto è commesso in danno di minore, la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso da un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o da affini entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o da persona a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro, ovvero da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni, ovvero se è commesso in danno di minore in stato di infermità o minoranza psichica, naturale o provocata. Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, primo comma, e 600 *ter* la pena è aumentata se il fatto è commesso con violenza e minaccia. Nel caso previsto dagli articoli 600 *bis* e 600 *ter*, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è ridotta da un terzo alla metà per chi si adopera concretamente in modo che il minore degli anni diciotto riacquisti la propria autonomia e libertà. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui al primo e secondo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzione di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti”.

<sup>58</sup> Sul punto, APRILE, *I delitti contro la personalità individuale, schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Padova, 2006, 267; CATALIOTTI, *Circostanze aggravanti ed attenuanti*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona*, cit., 527; DI GIOVINE, *sub art. 600 sexies c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 3643; MARANI, *I delitti contro la persona*, cit., 345 e PISTORELLI, *sub art. 600 sexies c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., 4176.

pornografia minorile, qualora, in primo luogo, sussistano determinati rapporti fra il soggetto attivo e la persona offesa dal reato, atteso il maggior pregiudizio che viene arrecato per il fatto della particolare relazione che intercorre tra l'agente e la vittima, capace di trasformarsi in strumento o veicolo idoneo a facilitare la commissione dei delitti ivi richiamati, qualora, in secondo luogo, la condotta sia tenuta da un soggetto che rivesta una qualifica pubblicistica, a causa della maggiore riprovevolezza del fatto di reato, ovvero, da ultimo, nel caso di minori che si trovino in una condizione di inferiorità psichica o fisica.

Alcuni interpreti hanno subclassificato in ulteriori sottosistemi il secondo comma dell'articolo in esame, in quanto la norma, da un lato, si riferisce a rapporti parentali o, comunque, di affidamento, dall'altro, di connessione tra qualifica pubblica dell'agente e reato, mentre, dall'altro ancora, riguarda la situazione personale dell'offeso in situazioni di minorazione<sup>59</sup> fisica o psichica.

Tra i rapporti familiari tipici rilevanti ai fini dell'aggravante in parola, che in questa sede più interessano, si rinvengono quello di ascendenza e adozione, di *coniugio*, di affinità entro il secondo grado, di parentela fino al quarto grado collaterale.

La norma in commento prevede, poi, l'applicabilità della circostanza anche al coniuge o al convivente del genitore, quand'anche adottivo, o dell'ascendente, previsione questa sicuramente sintomatica dell'acquisita sensibilità verso la rilevanza sociale dei rapporti di fatto.

La *ratio* che ha ispirato tale ipotesi di inasprimento della pena viene, da taluni, individuata nell'abuso di fiducia che caratterizza la condotta consumata ai danni dei familiari, mentre, da altri, nel maggior disvalore attribuito a comportamenti nei confronti di soggetti che l'autore del reato, in virtù del vincolo parentale, dovrebbe, per contro, proteggere.

In ambedue le ipotesi, ad ogni modo, per certo rileva l'abbassamento delle barriere difensive del minore, in funzione del rapporto fiduciario instaurato, che agevola la realizzazione del crimine.

---

<sup>59</sup> Vi è anche chi favorisce una lettura quadripartita, ritenendo opportuno che il rapporto parentale meriti di essere tenuto distinto dalle altre situazioni di affidamento. Tale ulteriore distinzione non pare, tuttavia, condivisibile, attesa l'identica *ratio*.



E' evidente, al proposito, che il legislatore ha inteso, per aggravare la pena, riferirsi all'effettività del rapporto, cosicché, per ciò che riguarda i rapporti svincolati dal legame familiare, ciò che conta è la concreta situazione di affidamento, a prescindere dall'esistenza di vizi formali che inficino, sul piano strettamente giuridico, la validità del rapporto.

Dalla lettura della circostanza relativa ai rapporti di parentela tra vittima e colpevole risalta, immediatamente, la somiglianza con l'analoga previsione in tema di violenza sessuale, da cui se ne differenzia, tuttavia, non solo per la non coincidenza soggettiva, bensì anche per la mancata inclusione del riferimento al minore degli anni sedici<sup>60</sup>.

Si noti che, a sommosso avviso di chi scrive in modo del tutto arbitrario, essendo, per converso, preferibile un'estensione dei rapporti familiari rilevanti anche in tema di violenza sessuale, rispetto all'aggravante di cui al 609 *ter* c.p., sono stati aggiunti il coniuge e il convivente del genitore, gli affini fino al secondo grado e i parenti fino al quarto, nonché l'affidatario, per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia e lavoro.

Ad ogni buon conto, prescindendo dalle varie sfumature che il diverso rapporto familiare può assumere e dalla rilevanza a questo attribuita dalle varie circostanze aggravanti, si può agevolmente ritenere che alla base dell'aggravamento di pena sussiste, in tutte le ipotesi contemplate dall'art. 600 *sexies* c.p., la più facile commissione del reato e lo sfruttamento della minorata difesa psicologica.

### **3. La rilevanza delle relazioni parentali come circostanza attenuante**

---

<sup>60</sup> Vedi, MARANI-FRANCESHINI, *I reati in materia sessuale*, Milano, 2006, 10.1.2.

A fronte della copiosa presenza di ipotesi nelle quali il legame familiare comporta un aumento della pena prevista per il reato base e, ferma restando la sussistenza di particolari cause di esclusione della punibilità di cui si dirà nel prosieguo, si rinvencono alcune, seppur sporadiche, ipotesi nelle quali il rapporto familiare comporta una diminuzione della pena.

Si pensi, ad esempio, al delitto previsto nel Capo II del Titolo III del Codice, dedicato a quelli contro l'autorità delle decisioni giudiziarie, di evasione procurata ad un prossimo congiunto, laddove il legislatore ha ravvisato una minore riprovevolezza del fatto di reato, con conseguente previsione di una diminuzione di pena, attesa la particolare *affectio* nei confronti del familiare, la quale non può non essere presa in considerazione nella commisurazione della pena e attesa l'impossibilità o, quantomeno, la difficoltà, nell'esigere una diversa condotta dell'agente.

Si pensi, ancora, al delitto di procurata inosservanza di pena o a quello di procurata inosservanza di misure di sicurezza<sup>61</sup>, in cui la presenza di un'attenuante, in capo ai prossimi congiunti, per i reati che violano l'esecuzione delle pene o delle misure di sicurezza restrittive della libertà personale, discende dal valore del vincolo di solidarietà sociale, che si crea in capo ai membri della famiglia. La solidarietà familiare è tale da dover essere senz'altro presa in considerazione positivamente dall'ordinamento giuridico, sebbene non al punto tale da rendere lecito un fatto che innegabilmente viola l'autorità delle decisioni della giustizia<sup>62</sup>.

In tema di procurata inosservanza di pena, è stato, ad ogni modo, di recente precisato che nessuna efficacia scriminante può attribuirsi ai rapporti di parentela o di coniugio, ovvero, ancora, ad altri legami socialmente rilevanti, per cui l'adempimento di doveri di solidarietà umana non può escludere la punibilità, quando esso si traduca in attività di effettiva copertura del soggetto ricercato<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Gli articoli 390 e 391 c.p., nel prevedere la punibilità di colui che aiuti taluno a sottrarsi alla esecuzione della pena o di colui che procuri o agevoli l'evasione di una persona sottoposta a misura di sicurezza detentiva o che nasconda l'evaso o che, comunque, lo favorisca nel sottrarsi alle ricerche dell'autorità, sanciscono una diminuzione della pena, qualora il colpevole sia un prossimo congiunto.

<sup>62</sup> Vedi, ANCESCHI, *Reati in famiglia e risarcimento del danno*, cit., 617.

<sup>63</sup> Cfr., Cass., sez. II, 3 aprile 2007, A., in *CED Cass. pen.*, 2008, 236442.

Per i fini che qui ci occupano, merita, altresì, ricordare la disposizione di cui all'articolo 578 c.p.<sup>64</sup>, la quale prevede, come fattispecie autonoma di reato<sup>65</sup>, assoggettata ad una pena più mite rispetto a quella stabilita per il delitto di omicidio, l'uccisione da parte della madre<sup>66</sup> del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, qualora tale condotta criminosa sia determinata da condizioni di abbandono morale e materiale, connesse al parto.

L'attuale formulazione della norma sopra citata è il risultato di un lungo e travagliato *iter* parlamentare conclusosi con la legge 442/1981, alla quale si deve la costruzione della fattispecie nei termini sopra descritti, che richiedono, quale elemento di specialità rispetto all'omicidio, le condizioni di abbandono morale e materiale in cui la madre si trovi al momento del fatto, tali da incidere negativamente sulla sua condizione psicofisica, inducendola a commettere un gesto insano, che altrimenti non avrebbe neanche pensato di commettere.

Nel corso dei lavori preparatori, fu risolutivamente respinta la proposta che tendeva a sostituire la vecchia norma dell'articolo 578 c.p. con il delitto di infanticidio in stato di alterazione psichica, in quanto la previsione di un tale presupposto avrebbe comportato una inammissibile presunzione assoluta di semi incapacità, che avrebbe significato avvallare una concezione maschilista di una inferiorità psico fisica normale della donna.

Se si può riconoscere, indiscutibilmente, che il legislatore del 1981 ha ritenuto che vi fossero ancora valide ragioni per conservare il privilegio dell'infanticidio, è altrettanto certo che la scelta legislativa operata è finita col porsi in contrasto con le finalità cui tendeva, atteso che la maggior parte dei casi di uccisione di un neonato, alla luce della rigorosa applicazione giurisprudenziale,

---

<sup>64</sup> Sul tema, tra i molti, AMBROSETTI, *Il delitto di infanticidio*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 687; ANCESCHI, *La tutela penale dei minori*, cit., 166; D'ANDRIA, *sub art. 578 c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 3453; DEZI, *L'art. 578 c.p. tra perplessità ed incertezze applicative*, in *Giust. pen.*, 2001, II, 147; LARIZZA, *sub art. 578 c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., 3818; MARANI, *I delitti contro la persona*, cit., 41 e NICOSIA, *Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale*, in MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 31.

<sup>65</sup> Il delitto di infanticidio è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. E', altresì, prevista la inapplicabilità delle circostanze aggravanti comuni.

<sup>66</sup> Il termine madre è da intendersi nel senso di madre naturale, sicché non dovrebbe rispondere, *ex articolo 578 c.p.*, colei che porta a termine una gravidanza relativa a un essere non suo.

pur rivelando penose situazioni umane, devono essere qualificati come omicidio doloso comune.

Preferibile sarebbe stato, secondo alcuni, la riformulazione della norma in modo che questa richiedesse, ai fini della sua applicabilità, l'esclusiva presenza dell'influenza perturbatrice del parto, considerata tale da giustificare un trattamento sanzionatorio più mite<sup>67</sup>.

Rispetto alla precedente formulazione, quindi, da un lato, è venuto meno il riferimento alla causa d'onore, mentre, dall'altro, è stato previsto, quale soggetto attivo, esclusivamente la madre, fatto salvo il differente regime sanzionatorio previsto nei confronti dei correi, a seconda che questi abbiano, o meno, agito al solo scopo di favorire la madre<sup>68</sup>.

Ai fini dell'applicabilità della fattispecie in commento, è stato, da dottrina e giurisprudenza, precisato che deve sussistere, quale requisito imprescindibile, la presenza di condizioni di abbandono morale e materiale<sup>69</sup>, condizioni queste ultime che devono sussistere oggettivamente e congiuntamente e delle quali è stata fornita una interpretazione particolarmente restrittiva: la condizione di abbandono, infatti, può ritenersi sussistente solo allorquando la madre sia lasciata in balia di se stessa e venga a trovarsi, al momento del parto o subito prima o dopo di esso, in uno stato di derelizione, ovvero di isolamento tali da non consentire l'intervento o l'aiuto di terzi, né un qualsivoglia soccorso fisico e morale.

Si segnala, per contro, un diverso e minoritario indirizzo giurisprudenziale volto ad ammettere una interpretazione più lata, in forza del quale, ai fini della configurazione del reato *de quo* si ritiene irrilevante la disponibilità da parte dell'imputata di sufficienti mezzi di sussistenza, essendo bastevole la condizione

---

<sup>67</sup> Tra gli altri, AMBROSETTI, *Il delitto di infanticidio*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 718.

<sup>68</sup> Cfr. art. 578, comma 2, c.p., laddove si prevede, per i concorrenti, la pena della reclusione non inferiore ad anni ventuno, sancendo, qualora abbiano agito al solo scopo di favorire la madre, una diminuzione di pena da un terzo a due terzi.

<sup>69</sup> In questo senso, Cass., sez. I, 10 febbraio 2000, Guido, in *Cass. pen.*, 2001, 500 e Cass., sez. I, 15 aprile 1999, Marchionne, *ivi*, 2000, 2274.

di solitudine e di abbandono determinata anche da un ambiente familiare totalmente indifferente al dramma umano della donna<sup>70</sup>.

#### **4. Le relazioni familiari come causa di esclusione della pena**

Come si è già avuto modo di osservare, la sussistenza di un rapporto familiare può comportare la configurabilità di una circostanza attenuante se non, addirittura, entro determinati limiti precisamente individuati dal legislatore, di una causa di non punibilità, latamente intesa.

Si pensi, a quest'ultimo riguardo, alla particolare esimente di cui all'articolo 384<sup>71</sup>, comma 1, c.p.<sup>72</sup>, che prevede, per particolari ipotesi delittuose, quali, ad esempio, i delitti di omessa denuncia, l'omissione di referto, l'autocalunnia, i delitti di false informazioni al pubblico ministero e di false dichiarazioni al difensore, la falsa testimonianza ed il favoreggiamento personale, per indicarne solo alcuni, la non punibilità, nel caso in cui questi siano stati

---

<sup>70</sup> Vedi, nella giurisprudenza di merito, Corte Assise Latina, 2 giugno 1988, in *Dir. e fam.*, 1988, 1707.

<sup>71</sup> Per una recente pronuncia sul punto, si veda, Cass., sez. VI, 6 settembre 2006, H., in *Il Quotidiano giuridico*, 20 settembre 2006, con nota di BELLINA, *La non punibilità del favoreggiamento commesso dalla "buona madre di famiglia"*, laddove la Corte ha ritenuto l'imputata non punibile per avere reso agli ufficiali di polizia giudiziaria dichiarazioni false e reticenti in relazione alla posizione del figlio indagato per il delitto di ricettazione.

<sup>72</sup> Cfr. art. 384 c.p.: "Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 364, 365, 366, 369, 371 *bis*, 371 *ter*, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà e nell'onore. Nei casi previsti dagli articoli 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimonia, perito, consulente tecnico o interprete ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione. Si segnala che la Corte costituzionale, con sentenza 27 dicembre 1996, n. 416, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal renderle, a norma dell'art. 199 c.p.p.

commessi per salvare la propria persona o un prossimo congiunto<sup>73</sup> da un grave e inevitabile danno nella libertà o nell'onore<sup>74</sup>.

E' stato osservato che tale previsione trova la sua ragion d'essere, da un lato, nell'esigenza di rispettare l'istinto di conservazione della libertà e dell'onore proprio di ogni persona, ben individuato dal brocardo *nemo tenetur se detegere* e, dall'altro, di tener conto dei vincoli di solidarietà familiare<sup>75</sup>.

Il diffuso riferimento al principio del *nemo tenetur se detegere* non appare, tuttavia, secondo alcuni, del tutto adeguato al caso in esame, facendo quest'ultimo riferimento alla inammissibilità di forme di coazione dell'imputato a rendere dichiarazioni autoaccusatorie e, perciò, incompatibili con il diritto di difesa.

Le situazioni scriminate dal primo comma della norma in commento, quali, tra le altre, la frode processuale o il favoreggiamento personale, in effetti, non costituiscono esercizio del diritto di difesa, sicché solo accogliendo del summenzionato principio una interpretazione ampia e generica, al punto tale da ricomprendervi tutte le condotte comunque pregiudizievoli per il soggetto o per il suo prossimo congiunto, è possibile porlo alla base dell'art. 384 c.p.

Particolarmente discussa si presenta, altresì, la natura giuridica della causa di non punibilità oggetto della nostra attenzione, contrapponendosi, sul punto, due diverse correnti interpretative<sup>76</sup>: secondo un primo orientamento<sup>77</sup>, l'esimente in esame dovrebbe essere ricondotta allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.<sup>78</sup>,

---

<sup>73</sup> Per la cui individuazione è necessario fare riferimento alla norma di cui all'art. 307, comma 4, c.p. Trattandosi di elencazione pacificamente tassativa, si è esclusa la possibilità di estensione al convivente *more uxorio*.

<sup>74</sup> Sul punto, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 2003, 514; D'AMBROSIO, *sub art. 384 c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 2564 e PIFFER, *sub art. 384 c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., 2863.

<sup>75</sup> Così, Cass., sez. VI, 4 ottobre 2001, Mariotti, in *Cass. pen.*, 2002, 3085; Cass., sez. VI, 15 dicembre 1982, Tomba, *ivi*, 1984, 875 e Cass., sez. III, 19 ottobre 1973, Orlandi, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1975, 758.

<sup>76</sup> Diffusamente al riguardo BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 305.

<sup>77</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 2001, 489; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 750; RUGGERO, voce *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 544 e VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 631.

<sup>78</sup> In questo senso, anche, Cass., sez. I, 11 febbraio 1991, Oggianu, in *CED Cass. pen.*, 187227 e Cass., 20 maggio 1980, De Blasi, in *Giust. pen.*, 1981, II, 4.

mentre, secondo altri Autori, sarebbe più corretto ricondurla ad una causa di esclusione della colpevolezza.

I fautori dell'appena citata opinione, confortati da parte della giurisprudenza<sup>79</sup>, sottolineano come, alla base della previsione normativa, vi sia la scelta del legislatore di attribuire rilevanza alla particolare situazione soggettiva dell'agente, il quale si trova in una condizione di alterazione del normale processo motivazionale, la quale rende inesigibile un comportamento conforme alla norma, pur non escludendo il disvalore oggettivo del fatto tipico realizzato<sup>80</sup>.

Inesigibilità, dunque, intesa in senso prettamente normativo e non meramente psicologico, quale riconoscimento, da parte dell'ordinamento, dell'effettiva impossibilità per il soggetto di dare osservanza al precetto, con conseguente autolimitazione della pretesa: il soggetto conosce con esattezza, infatti, l'entità ed il valore, nonché le conseguenze della propria condotta e sarebbe pure in grado di comportarsi diversamente, evitando in tal modo il pregiudizio arrecato ai beni giuridici tutelati dal reato commesso.

A conferma della risoluzione in senso soggettivistico della causa di non punibilità in esame, si invoca, quale argomento, la mancata previsione del requisito della non volontaria causazione dell'evento.

Coloro i quali ritengono, per converso, che si tratti di una speciale ipotesi di stato di necessità giungono a ritenere che, nei particolari casi previsti dalla norma in commento, si configuri l'esclusione della antigiuridicità del fatto tipico. Partendo da tale ricostruzione si richiedono, quali elementi necessari ai fini della configurabilità della causa di non punibilità in esame, la non volontaria causazione dell'evento e la sussistenza della proporzione tra i beni in conflitto.

La norma in esame prevederebbe, dunque, un'ipotesi di scriminante speciale, fondata sulla logica del bilanciamento di interessi confliggenti e sul riconoscimento della prevalenza della libertà e dell'onore, in funzione dei vincoli

---

<sup>79</sup> Vedi, Cass. sez. VI, 10 febbraio 1997, Puzone, in *Riv. pen.*, 1997, 580 e Cass., sez. VI, 25 ottobre 1985, Milito, in *Cass. pen.*, 1991, I, 2000.

<sup>80</sup> Così, FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 1990, 353; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, I delitti contro l'attività giudiziaria*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Padova, 2005, 867; ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 47 e ZOTTA, *Casi di non punibilità*, in COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, 528.

di solidarietà familiare, su tutti i beni tutelati dalle norme incriminatrici ivi menzionate.

Il legislatore avrebbe assegnato ai beni attinenti alla sfera privata maggior valore, rispetto a quelli attinenti l'interesse pubblico, sicché sarebbe stata operata una scelta per la tutela dei beni della libertà e dell'onore, qualora questi ultimi non possano essere salvaguardati, se non attraverso la violazione dell'interesse protetto dalle norme incriminatrici che si assumono violate.

Con una recentissima pronuncia, le Sezioni Unite del Supremo Collegio<sup>81</sup> hanno posto fine al contrasto venutosi a creare in seno alle diverse Sezioni della Cassazione, sancendo la non operatività della causa di esclusione di cui al primo comma dell'art. 384 c.p. per il delitto di falsa testimonianza, nel caso in cui il testimone abbia deposto il falso, pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi, al fine di salvare il fratello da una altrimenti inevitabile condanna.

Per lungo tempo, si era ritenuto, nella giurisprudenza della Corte, che, costituendo la situazione descritta una ipotesi speciale di stato di necessità, la causa di non punibilità operasse solo nei casi in cui il pericolo non fosse stato volontariamente causato, sicché il prossimo congiunto, che avvertito della facoltà di astenersi avesse ommesso dal farlo, non poteva godere della impunità<sup>82</sup>.

In seguito, si è assistito ad una inversione di tendenza che ha comportato la ritenuta sussistenza della causa di esclusione della punibilità anche nel caso appena riferito, attesa l'autonomia della previsione di cui all'art. 384 c.p. da tenere distinta rispetto alla scriminante di cui all'art. 54 c.p.<sup>83</sup>, con conseguente

---

<sup>81</sup> Cfr. Cass., sez. un., 14 febbraio 2008, P.G., in *Il Quotidiano giuridico*, 15 febbraio 2008.

<sup>82</sup> In tema di falsa testimonianza, la causa di esclusione della punibilità prevista per chi ha commesso il fatto al fine di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore non opera se il testimone, pur avvertito della facoltà di astenersi, abbia comunque deposto affermando il falso o negando il vero, atteso che la facoltà di astenersi concede al potenziale teste una scelta, facendo venire meno l'inevitabilità del nocumento derivante da una testimonianza veritiera, e perciò uno dei presupposti presi in considerazione dal citato art. 384 c.p. ai fini della esclusione della punibilità. Così, Cass., sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 11755, Re, in *Cass. pen.*, 2001, 2690.

<sup>83</sup> Vedi l'art. 54 c.p.: "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo".



irrilevanza della volontaria causazione del pericolo da parte dell'agente. Si è, altresì, osservato che una diversa soluzione comporterebbe un'irragionevole riduzione del campo di operatività della norma, oltre che trascurare che la disposizione in esame opera pure con riferimento a reati diversi dalla falsa testimonianza.

L'esercizio della facoltà di astensione, è stato successivamente precisato, non è di per sé solo sufficiente per allontanare la prospettiva del grave ed inevitabile nocimento nella libertà e nell'onore, atteso che il teste potrebbe, astenendosi dal deporre, determinare la condanna del congiunto, forse evitabile in forza di una testimonianza favorevole.

Le Sezioni Unite hanno inteso riaffermare la punibilità di coloro i quali, avvertiti della facoltà di non testimoniare, non se ne siano avvalsi ed abbiano dichiarato il falso.

La Corte ha precisato che la *ratio* della facoltà di astensione di cui all'articolo 199 c.p.p.<sup>84</sup> è la medesima che sottende alla disciplina di quell'articolo 384 c.p., ovvero la tutela del sentimento familiare, sicché non può non rilevarsi la strettissima connessione tra l'istituto di natura sostanziale dell'articolo 384 c.p. e la prescrizione processuale di cui all'articolo 199 c.p.p.

Nel riconoscere prevalenti e, quindi, tutelare i predetti motivi di carattere affettivo, il legislatore ha accordato la facoltà di astenersi dal deporre. Ove, per converso, il prossimo congiunto accetti di deporre, egli assume la qualità di teste, al pari di qualsivoglia altro soggetto, cosicché la testimonianza resa da quest'ultimo assume il medesimo valore probatorio di quella testimonianza fornita dal terzo estraneo.

Concludendo, quindi, la Corte sottolinea che, se l'agente non si avvale della facoltà di non deporre, pur permanendo quel tormentoso contrasto

---

<sup>84</sup> Cfr., per completezza, l'art. 199 c.p.p. secondo cui: "I prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un prossimo congiunto sono offesi da reato. Il giudice, a pena di nullità, avvisa le persone predette della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale: a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; b) al coniuge separato dell'imputato; c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato".

nell'intimo del suo animo, egli non può nuovamente invocare la situazione di necessità di cui al 384 c.p., essendo questa già stata anticipatamente valutata e tutelata dal legislatore con la previsione di cui al 199 c.p.p.<sup>85</sup>

Si noti, poi, che la giurisprudenza è costante nel ritenere che l'esimente vada applicata anche nel caso in cui la condotta ivi tipizzata sia posta in essere a favore di un estraneo, purché la posizione di quest'ultimo sia connessa a quella del prossimo congiunto in modo tale per cui l'agente non possa agire a favore del congiunto, se non salvando anche l'estraneo<sup>86</sup>.

Sia sufficiente, in questa sede, richiamare le considerazioni già svolte nelle pagine che precedono in merito all'impossibilità di includere, ai fini dell'applicabilità dell'esimente in esame, nel novero dei prossimi congiunti, il convivente *more uxorio*, interpretazione quest'ultima condivisa, sia dalla Corte Costituzionale, che ha, in più occasioni, dichiarato inammissibile la questione di legittimità posta al suo vaglio, sia dal Supremo Collegio<sup>87</sup>.

La questione appena menzionata ha tuttavia perduto gran parte della sua rilevanza pratica, in seguito alla previsione di cui all'articolo 199 c.p.p., laddove è stata riconosciuta al convivente dell'imputato la facoltà di astenersi dal prestare testimonianza, con riferimento ai fatti appresi durante la convivenza. Ne consegue, pertanto, che il riconoscimento dell'indicata facoltà di astensione rende meno problematica la non inclusione del convivente tra i soggetti ai quali può applicarsi l'articolo 384, comma 1, c.p., sia perché l'esercizio di questa facoltà elimina alla radice il problema, sia perché, se il soggetto non si avvale di tale facoltà, non potrà poi invocare l'applicabilità della esimente in parola.

---

<sup>85</sup> Nella medesima pronuncia, il Supremo Collegio ha, altresì, specificato che il primo comma della norma in commento, limitatamente alla testimonianza, fa riferimento ai casi in cui il dichiarante non ha la facoltà di astenersi, quali, ad esempio, quelli in cui il testimone sarebbe altrimenti costretto ad autoaccusarsi o a fare emergere atti disonorevoli, nulla avendo a che vedere, quindi, con il prossimo congiunto dell'imputato. Il secondo comma, invece, fa riferimento ai casi in cui si tratti di un procedimento penale nel quale la qualifica di imputato sia rivestita da un prossimo congiunto e in cui il testimone-prossimo congiunto non sia stato avvertito di avere la facoltà di non testimoniare. Vedi anche ROSA, *Sull'applicabilità dell'art. 384 co. 1 c.p. al testimone che non si è avvalso della facoltà di non rispondere*, in *Cass. pen.*, 2002, 3087.

<sup>86</sup> Vedi, *Cass.*, sez. VI, 17 aprile 1989, Bevilacqua, in *Cass. pen.*, 1991, 65.

<sup>87</sup> Cfr. nota 48 Capitolo 1. Vedi, sempre sul punto, inoltre, Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Cass. pen.*, 1996, 1375. Ancora, per la giurisprudenza di legittimità, *Cass.*, sez. VI, 18 gennaio 1991, Izzo, *ivi*, 1992, 1806; *Cass.*, sez. I, 5 maggio 1989, Creglia, in *Riv. pen.*, 1990, 490 e *Cass.*, sez. VI, 20 febbraio 1988, Melilli, *ivi*, 1989, 92.

La previsione, nei termini sopra descritti, di tale causa di non punibilità, sia che la si voglia equiparare o meno allo stato di necessità di cui al 54 c.p., che riconosce l'inesigibilità di una condotta diversa da quella effettivamente tenuta dal soggetto, conferma, ancora una volta, l'attenzione riservata dal Codice Rocco al legame familiare, con conseguente riconoscimento dell'*affectio* nutrita all'interno del medesimo aggregato. Quest'ultima si ritiene tale da giustificare, anche agli occhi del legislatore, condotte che, seppure astrattamente potrebbero porsi in contrasto con gli interessi tutelati da varie disposizioni incriminatrici, vengono ritenute legittime, alla luce della prevalenza della tutela del vincolo familiare, in se e per sé considerato, sui diversi beni giuridici protetti dalle integrate fattispecie incriminatrici.

In merito all'ammissibilità dell'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p., poi, una prima corrente di pensiero<sup>88</sup> ammette un'applicazione analogica, poiché in *bonam partem* e in quanto il principio del *nemo tenetur se detegere* troverebbe un duplice fondamento proprio nell'articolo 384 c.p., inteso come norma regolare e perciò estensibile per analogia e, a livello costituzionale, al secondo comma dell'articolo 24, che assicurerebbe l'esercizio del diritto di difesa con il divieto di fornire dichiarazioni a sé pregiudizievoli, non solamente nella fase processuale, ma anche al di fuori e prima del processo.

A conclusioni identiche perviene anche quella parte della dottrina che ritiene che l'elencazione di cui all'articolo 384, comma 1, c.p. abbia carattere non tassativo, bensì meramente esemplificativo.

L'appena citata tesi è stata, tuttavia, respinta con fermezza dalla dottrina<sup>89</sup> e dalla giurisprudenza<sup>90</sup> prevalente, che si sono orientate nel senso dell'inammissibilità di una estensione analogica della scusante, dovendosi considerare tassativa l'elencazione ivi contenuta, nonché attesa la natura eccezionale della norma che, unitamente al difetto del presupposto della lacuna

---

<sup>88</sup> In tema, Cass., sez. VI, 24 ottobre 1995, Ronchi, in *Guida dir.*, 1996, 66. In dottrina, FOGLIA MANZILLO, "Nemo tenetur se detegere": un limite all'applicazione del reato del falso in bilancio?, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 237.

<sup>89</sup> In tal senso, FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 356.

<sup>90</sup> Cass., sez. V, 1 settembre 1999, Sepe, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1480 e Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, in *Foro it.*, 1998, II, 517.

normativa, imprescindibile per una applicazione analogica, ne impedirebbe l'estensione.

Ad avvalorare la tesi sopra descritta, si pone anche la considerazione secondo cui l'esimente trovi nella giurisprudenza più recente quasi automatica applicazione, in presenza di fatti compiuti al fine di favorire un prossimo congiunto, in assenza di una puntuale ricerca degli altri requisiti richiesti ai fini dell'applicabilità della stessa.

L'art. 649 c.p.<sup>91</sup> prevede, invece, la non punibilità o la punibilità a querela della persona offesa, ad eccezione delle ipotesi di rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione e di ogni altro delitto che sia commesso con violenza alle persone<sup>92</sup>, nel caso di delitti contro il patrimonio commessi a danno di congiunti<sup>93</sup>.

L'origine del trattamento di favore risale al diritto romano che, considerando i rapporti fra coniugi e quelli fra genitori e figli nell'ottica dell'unità patrimoniale a capo della quale si poneva il *pater familias*, legittimava una valutazione diversa degli atti posti in essere in danno dei congiunti.

Nel segno della continuità con il precedente Codice Zanardelli, si pone l'attuale previsione del Codice Rocco, la cui logica autoritaria si coniuga perfettamente con la nozione gerarchicamente organizzata della comunità familiare, la quale giustifica la prevista causa di non punibilità, attesa la

---

<sup>91</sup> Cfr. art. 649 c.p., contenuto nel Capo III del Titolo XIII del Libro II, secondo cui: "Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno: 1) del coniuge non legalmente separato; 2) di un ascendente o di un discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato; 3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano. I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629, 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone".

<sup>92</sup> Vedi, TETTO, *Ne separet iudex quod lex coniunxit: brevi note sulla reale portata applicativa della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 2936.

<sup>93</sup> Vedi, BISACCI, *Sulla punibilità del tentativo nei delitti contro il patrimonio commessi a danno di congiunti*, in *Foro it.*, 2000, II, 155; CADOPPI-VENEZIANI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale e speciale*, Padova, 2006, 820; CAVALLO, *Sull'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. al tentativo di rapina, estorsione e sequestro di persona*, in *Cass. pen.*, 2003, 2671; FIERRO CENDERELLI, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, 1991, Torino, V, 132; G.D. PISAPIA, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Nss.D.I.*, VII, Torino, 1975, 56; REINOTTI (aggiornato da RANZATTO) *sub art. 649 c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 4108 e VASCIAVEO, *sub art. 649 c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., 4758.

comunanza degli interessi economici del nucleo familiare e il grave turbamento alle relazioni familiari che discenderebbe dalla punibilità o perseguibilità d'ufficio dei predetti reati.

Come noto, la norma in esame prevede, in particolare, la non punibilità di chi ha commesso un delitto contro il patrimonio, ferme restando le sopra menzionate eccezioni, in danno del coniuge non legalmente separato<sup>94</sup>, di un ascendente, discendente<sup>95</sup> o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato o di un fratello o di una sorella che con lui convivano. E' sancita, invece, la perseguibilità a querela, qualora i medesimi fatti siano commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella<sup>96</sup> che non convivano con l'autore del fatto o, ancora, dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi<sup>97</sup>.

Rapporti familiari e convivenza sono, dunque, i criteri che concorrono ad identificare i destinatari della norma di favore, che gradua il livello di punibilità in relazione alla diversa intensità del legame esistente tra i vari componenti del nucleo familiare, la convivenza<sup>98</sup> costituendo requisito indispensabile quanto più si attenua la relazione di parentela in linea retta.

Quanto alle relazioni familiari rilevanti, giova precisare che, con il termine congiunti, il legislatore ha qui inteso comprendere un più ampio numero di soggetti rispetto a quelli indicati dall'articolo 307 c.p., estendendosi la disciplina di favore anche all'adottante e all'adottato.

---

<sup>94</sup> Il regime di non punibilità viene meno allorché il coniuge si sia separato legalmente. Ciò comporta una palese disparità di trattamento fra coniugi separati di fatto e coniugi legalmente separati, per i quali è prevista la punibilità a querela.

<sup>95</sup> Al proposito si ritiene applicabile la regola generale contenuta all'articolo 540 c.p., con conseguente inserimento nella previsione degli ascendenti e discendenti naturali.

<sup>96</sup> Devono ritenersi tali i germani, i consanguinei e gli uterini.

<sup>97</sup> Mentre si ricorda la perseguibilità dell'affine di secondo grado, a querela dell'offeso con lui convivente.

<sup>98</sup> Riguardo la nozione di convivenza, l'orientamento assolutamente prevalente non ritiene il concetto coincidente con quello di coabitazione, riferendosi la convivenza a un complesso di rapporti più intensi, quali una relazione stabile di vita comune, una comunanza di interessi e di abitudini di vita, che possono prescindere dalla coabitazione. Vedi in questo senso, *ex multis*, Cass., sez. I, 14 giugno 1985, Vittor, in *Cass. pen.*, 1986, 1776 e Cass., sez. II, 25 giugno 1980, Bussaglia, in *Mass. cass. pen.*, 1980, 147154.

La *ratio* della disposizione in parola è stata, da sempre, individuata, ancorché con sfumature diverse, di volta in volta plasmate alle esigenze del caso concreto, nella opportunità di non turbare l'*affectio* in famiglia, sul presupposto che la sussistenza di una forte comunanza di sentimenti e di interessi potesse assorbire il disvalore del fatto delittuoso.

Al proposito, deve rilevarsi come, nella stessa relazione al Codice, si sottolinei che “il fondamento della condizione di non punibilità si troverebbe in ragioni di carattere morale e sociale che connotano le relazioni tra certe categorie di familiari riguardo ai beni materiali e in vista delle quali si è esclusa (o condizionata a querela della persona offesa) la punibilità di alcuni reati”.

Il citato fondamento normativo della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. si sostanzia, quindi, nel riconoscimento della famiglia quale struttura sociale autonoma, in cui si riscontrano margini di libertà utili per la composizione delle discrepanze emergenti al proprio interno, in relazione alle quali l'intervento giurisdizionale appare inopportuno, alla luce di un congruo e discrezionale bilanciamento dei contrapposti interessi della repressione degli illeciti penali e del valore dell'unità della famiglia.

Particolarmente dibattuta è la individuazione del momento in cui assume rilievo il rapporto familiare.

Gran parte degli Autori<sup>99</sup> individua tale momento nella commissione del reato, mentre altri<sup>100</sup> ritengono debba farsi riferimento al momento dell'intervento punitivo dello Stato. Non manca neppure chi<sup>101</sup> distingue i casi di non punibilità, per i quali sarebbe determinante il momento del commesso reato, dai casi di perseguibilità a querela, per i quali assumerebbe valore il periodo di tempo anteriore al giudizio.

---

<sup>99</sup> Così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2000, 40.

<sup>100</sup> Vedi anche PECORELLA, voce *Patrimonio (Delitti contro il)*, in *Nss.D.I.*, XIII, Torino, 1965, 645.

<sup>101</sup> Cfr. GIUNTI, *Non punibilità e querela nei delitti contro il patrimonio commessi a danno di congiunti*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 877.

In merito alla natura giuridica della causa di non punibilità di cui al comma 1 dell'articolo in esame, poi, gli Autori non sono pervenuti ad un inquadramento univoco.

Superata l'opinione secondo cui questa comporterebbe la mancanza di disvalore etico e sociale, con conseguente esclusione della antigiuridicità, e, scartate anche quelle teorie che la qualificano come causa di esclusione della colpevolezza o come elemento negativo del fatto, preferibile appare la qualificazione della stessa come causa personale di esenzione della pena, fondata su un giudizio di opportunità, che mira ad evitare il maggior danno che potrebbe derivare alla famiglia dal cosiddetto *strepitum fori*. La norma in commento, infatti, fa riferimento al "fatto commesso in danno" e, dunque, ad un fatto antigiuridico e colpevole, circoscrivendo l'inapplicabilità della pena al solo autore del fatto di reato.

Evidente appare, alla luce di quanto sin qui esposto, l'anacronisticità di tale previsione, che accorda preferenza alla famiglia fondata sul matrimonio e dalla quale traspaiono i tratti pubblicistici della stessa, omettendo di valorizzare la personalità dei singoli individui che la compongono.

La matrice autoritaria della norma, che impone la mancata repressione dei delitti ivi menzionati in nome dell'unità familiare e della coesione del gruppo, fa auspicare una abolizione della stessa, poiché non appare più in linea con i valori attualmente vigenti nella società.

Anche con riferimento a tale disposizione è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione agli articoli 3 e 24 Cost., per la mancata estensione della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*. La Corte costituzionale, in più pronunce, ne ha dichiarato l'infondatezza, osservando che la convivenza è diversa dal vincolo coniugale e a questa non assimilabile, al fine di desumere l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento<sup>102</sup>, così come parimenti infondata deve considerarsi la questione di costituzionalità relativa alla mancata previsione del coniuge divorziato, accanto a quello legalmente separato, attesa la non assimilabilità tra le due posizioni<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Cfr., sul punto, nota 57 Capitolo I.

<sup>103</sup> Vedi, Corte cost., 18 luglio 1998, n. 299, in *Cass. pen.*, 1999, 33.

Non è arbitrario che il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia legittima e per la convivenza di fatto, venendo in rilievo, con riferimento alla prima, non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, bensì anche quella della protezione della istituzione familiare di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela penale. La norma, dunque, tradisce l'impostazione autoritaria che, in nome dell'unità familiare, incide sulla libera determinazione dei componenti della stessa a perseguire fatti penalmente rilevanti, come se la mancata repressione fosse sufficiente al mantenimento della coesione familiare.

In particolare, il compimento di fatti delittuosi provocherebbe l'interruzione automatica dell'*affectio* caratterizzante la convivenza, facendo venire meno ogni ragione di opportunità politico-criminale di non punibilità del reo.

A ben vedere, la Corte, come del resto unanimamente evidenziato dalla dottrina, pare avere liquidato sbrigativamente i problemi sottoposti alla sua attenzione, orientandosi in direzione contraria rispetto alla tendenza del legislatore più recente ad avvicinare la famiglia legittima con quella di fatto.

Non si comprende, a maggior ragione, come la Corte abbia potuto escludere apoditticamente situazioni in cui il rapporto possa proseguire anche dopo la commissione di un fatto delittuoso, soprattutto se si considera che la giurisprudenza ha differenziato la coabitazione, intesa come rapporto puramente materiale, dalla convivenza, intesa quale relazione di una certa durata, caratterizzata dalla unicità del domicilio e dalla creazione di un vero e proprio nucleo familiare. Se così è, diventa indubbiamente difficile riconoscere la compatibilità dell'art. 649 c.p., così come formulato, con l'art. 3 Cost., potendosi, in questa prospettiva, considerare lecita solamente con riferimento ad ipotesi di condotte criminose poste in essere in epoca successiva alla cessazione della convivenza.

Si ricordi, poi, che particolari cause di non punibilità sono, altresì, previste nel Titolo dedicato ai delitti contro l'ordine pubblico dove, espressamente, l'articolo 418 c.p. prevede la non punibilità del delitto di assistenza agli associati, che sussiste al di fuori delle ipotesi del concorso nel reato o di favoreggiamento,



qualora vengano dati rifugio, vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione alle persone che partecipano all'associazione per delinquere o di tipo mafioso, quando l'autore abbia commesso il fatto in favore di un prossimo congiunto.

Esimente del tutto analoga si rinviene all'interno della ipotesi delittuosa di assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, qualora l'assistenza venga fornita, a persona che partecipa all'associazione per finalità di cospirazione politica o alla banda armata, da parte di un prossimo congiunto.

Le esimenti soggettive per i prossimi congiunti derivano direttamente dal dovere di assistenza familiare e coinvolgono i legami affettivi, dovendo, tuttavia, l'aiuto, per essere scriminato, essere mantenuto a livelli elementari quali, appunto, quelli esattamente individuati nelle disposizioni appena menzionate.

## **5. Il rapporto di famiglia in altre fattispecie delittuose**

Valga, da ultimo, richiamare le norme in tema di delitti contro l'onore<sup>104</sup>, laddove il legislatore ha omesso di riservare alcuno specifico spazio alla famiglia, considerata, da questo punto di vista, quale realtà irrilevante.

Al riguardo, la dottrina si è, ad ogni modo, chiesta se la famiglia possa considerarsi destinataria in senso proprio dei delitti di ingiuria e di diffamazione.

In primo luogo, è opportuno premettere, con particolare riferimento al delitto di diffamazione, che pare non sussista alcuna ragione per escludere, dal

---

<sup>104</sup> Cfr. art. 594 c.p.: “Chiunque offende l'onore e il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a 516 euro. Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa. La pena è della reclusione fino a un anno o della multa fino a 10032 euro se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone. Cfr., altresì, l'art. 595 c.p.: “Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 1032 euro. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a 2065 euro. Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a 516 euro. Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo, o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, od a una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate”.

novero dei soggetti passivi, gli enti collettivi, atteso che questi ultimi rientrano tra le persone offese, in forza della espressa previsione dell'ultimo comma dell'articolo 595 c.p., il quale, come noto, prevede un aumento di pena, nel caso in cui il fatto di reato sia commesso in danno di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, conclusioni queste, invece, difficilmente condivisibili con riferimento al delitto di ingiuria.

Circoscrivendo l'analisi alla commissione di tali ipotesi delittuose in danno del particolare ente collettivo "famiglia", non può negarsi che la soluzione a tale quesito discenda, inevitabilmente, dalla risoluzione della ben più ardua questione, peraltro già ampiamente sviscerata nelle pagine che precedono, della configurabilità o meno, nel diritto penale, di un concetto giuridico unitario di famiglia.

Ne consegue, quindi, che potrà configurarsi una diffamazione ai danni della famiglia, solo qualora si acceda alla opinione secondo cui a questa si possa attribuire una sua individualità, distinta da quella dei soggetti che la compongono, e la si possa considerare una entità portatrice di valori suoi propri, distinti da quelli di cui siano titolari i membri dell'aggregato familiare.

Ad ogni buon conto, essendo in questa sede sufficiente richiamare, in relazione a questo ultimo aspetto, le considerazioni già svolte al proposito, non si può trascurare che le conclusioni che precedono debbano coordinarsi con il disposto nell'articolo 597 c.p., il quale prevede la possibilità per i prossimi congiunti, l'adottante e l'adottato di proporre querela, nel caso in cui la persona offesa muoia prima che sia decorso il termine per proporla, ovvero qualora si tratti di offesa alla memoria di un defunto.

Nel caso in cui il *de cuius* sia morto prima di avere esercitato il diritto di querela per l'offesa da lui subita, tale diritto viene devoluto *iure successionis* ai soggetti sopra richiamati, in deroga a quanto previsto dall'articolo 126, comma 1, c.p., che esclude la trasmissione ereditaria del diritto di querela, considerato personalissimo, e, quindi, destinato ad estinguersi alla morte del suo titolare.

Tale previsione trova il suo fondamento nell'intenzione del legislatore di consentire la tutela del buon nome della famiglia, così riconoscendo, seppur implicitamente, una qualche rilevanza al rapporto familiare, che, di primo acchito,

si era portati erroneamente ad escludere da una lettura non sistematica delle disposizioni in tema di delitti contro l'onore.

Nel caso di offesa alla memoria del defunto, per converso, i soggetti elencati vantano *iure proprio* il diritto alla presentazione della querela, essendo essi stessi i soggetti passivi dell'offesa, poiché titolari dell'interesse a difendere la memoria del loro congiunto.

E' stato acutamente<sup>105</sup> osservato che la norma di cui al 597 c.p. è, forse, quella che presenta la minor possibilità di essere integrata dall'inclusione, quali soggetti titolari del diritto di querela, di colori i quali vantino un rapporto di fatto, in quanto, come detto, quello che emerge dalla previsione in commento è la volontà di tutelare l'immagine della famiglia alla propria reputazione e al proprio onore, famiglia che non può non identificarsi in quell'entità esteriormente riconoscibile con immediatezza, ovvero nella famiglia legittima.

Va da sé, quindi, che, nel caso di specie, appare preclusa la possibilità di attribuire il diritto di querela altresì, ad esempio, al convivente *more uxorio*, finanche l'intero sistema penale si dirigesse verso il riconoscimento e la parificazione delle situazioni di fatto alla famiglia legittima.

E' opportuno richiamare, poi, per i fini che qui ci occupano, l'orientamento della giurisprudenza più recente<sup>106</sup>, che ha ritenuto configurabile il delitto di diffamazione nella condotta del marito separato che invii ai familiari della *ex*-moglie una videocassetta che la ritrae in atteggiamento affettuoso con altro uomo.

Giuridicamente e moralmente corretta, oltre che perfettamente in linea con la *voluntas legis* che, come detto, non ha riservato alla famiglia, nell'ambito dei delitti contro l'onore, se non nei limiti sopra descritti, uno spazio suo proprio, appare la decisione adottata dal giudice di merito, in quanto il precedente rapporto di *coniugio* tra la persona offesa e l'autore del delitto in esame non può essere considerato sufficiente ad escludere la configurabilità del reato *de quo*. In una società moderna, laddove il rispetto della persona dovrebbe assurgere a valore

---

<sup>105</sup> Vedi, PISTORELLI, *Delitti contro l'onore*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 771.

<sup>106</sup> Così, Tribunale Di Trani, sez. dist. Molfetta, 16 maggio 2004, n. 54, in *Fam. e dir.*, 2005, 1, 95.

primario e imprescindibile, il comportamento del marito che lede l'onore della ex-consorte, diffondendo materiale volto a ledere la sua reputazione, deve essere, in effetti, considerato così come se la stessa condotta fosse stata posta in essere da un *quisque de populo*.

Il ritenere lecita questa condotta per il sol fatto che è avvenuta tra persone che erano legate dal vincolo del matrimonio, potrebbe, altrimenti, oltre che porsi in contrasto con una corretta applicazione della disposizione codicistica, in un certo qual modo, essere frainteso nell'opinione pubblica e nel comune sentire. Nel momento in cui entrano in gioco valutazioni etiche di grande pregnanza, compito di coloro i quali amministrano la giustizia è anche quello di fornire un esempio, di prendere posizione in modo netto per impedire di legittimare comportamenti che potrebbero poi essere solo un piccolo precedente di condotte più gravi.

Non si dimentichi, inoltre, che, in seguito alla riforma del diritto di famiglia, l'equiparazione della posizione giuridica dei coniugi ha determinato la negazione di poteri disciplinari del marito sulla moglie, rendendo lo *ius corrigendi* reliquato di altro costume e di altra civiltà<sup>107</sup>.

Appare superfluo concludere che la decisione in commento si inserisce all'intero della più ampia e più volte richiamata corrente di pensiero, che tende alla difesa della persona in quanto tale, in modo da rendere il potere autoritativo del marito sulla moglie retaggio di un passato da dimenticare.

La rilevanza del rapporto parentale emerge, altresì, nella previsione di cui al comma secondo dell'articolo 120 c.p.<sup>108</sup>, laddove si prevede che il diritto di querela, nel caso di delitto in danno di minore di anni quattordici, venga esercitato dal genitore (o dal tutore) e dal comma successivo della medesima disposizione,

---

<sup>107</sup> Così SANTORO, *Manuale di diritto penale*, 1966, 295. Prima della riforma del diritto di famiglia si discusse se fosse lecito parlare di un diritto di correzione del marito rispetto alla moglie e prevalse, opportunamente, la soluzione negativa (così NUVOLONE, *Appunti in materia di autorità maritale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 463 e *contra* SALTELLI, *Abuso dei mezzi di disciplina in danno alla moglie*, in *Annali dir. e proc. pen.*, 1939, 680). La Corte di cassazione, dopo avere seguito la soluzione positiva (Cass., sez. II, 20 dicembre 1954, Di Tullio, in *Giust. pen.*, 1955, II, 954), adottò poi la soluzione negativa (Cass., sez. II, 22 febbraio 1956, Vecere, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 525). Sul rilievo della inesistenza di uno *ius corrigendi* del marito sulla moglie e, in tale contesto, del diritto di controllarne fraudolentemente le comunicazioni telefoniche, pur se l'attività fraudolenta sia motivata da un fine di accertamento di sospetta infedeltà, si veda, da ultimo, Cass., sez. V, 24 maggio 1974, Giambertoni, in *Cass. pen.*, 1975, II, 431.

<sup>108</sup> Cfr. GALGANI, *sub art. 120 c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 871.

che, al diritto di querela attribuito al minore che abbia compiuto gli anni quattordici, affianca quello attribuito al genitore, cui spetta l'esercizio, nonostante ogni contraria dichiarazione di volontà espressa o tacita del minore stesso.

Tale previsione, che sancisce un'ipotesi di scissione dell'esercizio del diritto di querela dalla relativa titolarità, che si fonda sull'incapacità del soggetto a provvedere ai suoi interessi, si pone come forma speciale di rappresentanza legale, vuoi necessaria ed esclusiva, nel caso di minore degli anni quattordici, vuoi sussidiaria, nel caso di minore ultraquattordicenne.

La norma in commento, che stabilisce la sussistenza di un diritto di querela in capo al padre, alla madre, anche se separati o disgiuntamente tra loro, e all'adottante<sup>109</sup>, se, da un canto, istituisce una particolare forma di rappresentanza necessaria, d'altro canto, limita e circoscrive esattamente quali rapporti familiari siano considerati dal legislatore meritevoli al punto da permettere ai soggetti legati da tale vincolo di operare, in luogo e nell'interesse del minore, la delicata scelta di proporre querela e, quindi, di esporre la persona offesa alle inevitabili conseguenze del processo penale, soprattutto qualora si tratti di fattispecie criminose che coinvolgano anche la sfera dello sviluppo psicofisico del minore stesso.

La giurisprudenza ha stabilito che il diritto di querela in capo ai genitori prescinda dall'esercizio della potestà genitoriale, orientamento questo, pur tuttavia, non condiviso da parte della dottrina, la quale attribuisce, correttamente, l'esercizio di tale diritto esclusivamente ai soggetti che esercitino effettivamente la potestà sul minore<sup>110</sup>.

Un cenno meritano anche i parametri di commisurazione della pena cui il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale, deve attenersi nella quantificazione della pena all'interno della forbice edittale tra i quali, onde valutare la capacità a delinquere del colpevole, si ravvisano, accanto a quelle individuali e sociali, le condizioni di vita familiare del reo.

Con tale previsione, il legislatore ha voluto sottolineare l'incidenza dell'ambiente familiare sulla formazione del carattere del reo, con ciò conferendo

---

<sup>109</sup> Cfr. Cass., sez. I, 24 luglio 1967, Pulifico, in *Giust. pen.*, 1967, 303.

<sup>110</sup> Così, ANCESCHI, *La tutela penale dei minori*, cit., 361.

indiscutibile importanza al contesto familiare, tra l'altro assolutamente indeterminato, non essendo stato previsto in alcun modo che cosa si debba intendere per famiglia, ai fini dell'applicazione dei parametri in oggetto e rendendosi, perciò, inevitabile il ricorso a definizioni generali, la cui già rilevata inconsistenza contribuisce a rendere la norma di difficile applicazione.

Del resto, si tratta di un indice già di per sé problematico, in quanto, se, da un lato, la degradazione dell'ambiente familiare e sociale, qualora apprezzata in un'ottica generale o special preventiva, dovrebbe indurre all'inflizione di una pena più elevata, in relazione al maggior bisogno di contrastare il rischio della commissione di ulteriori reati, dall'altro, se interpretata, alla luce di un'idea retributiva della pena, dovrebbe portare alla soluzione opposta, in virtù del minor livello di colpevolezza rilevato da colui che delinque condizionato da un ambiente familiare degradato<sup>111</sup>.

Per certi versi, il vincolo familiare rileva anche nel delitto previsto, tra quelli volti alla tutela dell'autorità delle decisioni giudiziarie di cui al Capo II del Titolo III del Codice, di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice<sup>112</sup>, laddove la norma tutela, accanto a quelli superindividuali, anche interessi di natura privata, che spiegano la perseguibilità a querela di parte.

L'articolata disposizione punisce, ai primi due commi, condotte contrarie all'autorità delle decisioni giudiziarie in senso stretto, quali la violazione degli obblighi civili derivanti da una sentenza di condanna e quelli, tra gli altri, inerenti l'affidamento di minori ed incapaci, ai commi terzo e quarto, condotte attinenti a misure cautelari, quali quelle del pignoramento e del sequestro giudiziario e

---

<sup>111</sup> Sul punto, CARUSO, *Commisurazione della pena e discrezionalità del giudice*, in RONCO (diretto da), *Persone e sanzioni, Presupposti soggettivi, previsione, commisurazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, Bologna, 2006, 424 e MARTINI, *sub art. 133 c.p.*, in PADOVANI, *Codice penale*, cit., 954.

<sup>112</sup> Vedi art. 388 c.p.: "Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'Autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza [...] La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito [...]".

conservativo e, al comma quinto, una speciale ipotesi di omissione di atti d'ufficio<sup>113</sup>.

Restringendo l'analisi a quella parte della disposizione che attiene all'ambito familiare, ovvero ai primi due commi dell'art. 388 c.p., si evince che la norma in esame può trovare applicazione qualora vengano violati obblighi di mantenimento del coniuge o dei figli maggiorenni sanciti in sede di separazione, obblighi alimentari, obblighi concernenti l'affidamento di minori o di persone incapaci e, infine, ordini di protezione familiare<sup>114</sup>.

Non si può, infine, in questa sede non soffermarsi, seppur brevemente, su quelle norme che sanciscono la decadenza e la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori<sup>115</sup>, ipotesi che si verificano nel caso in cui questi ultimi

---

<sup>113</sup> Si ricordi il comma 6 della disposizione in commento, inserito dalla legge 24 febbraio 2006, n. 52, che estende la punibilità al debitore che, invitato dall'Ufficiale giudiziario di indicare le cose e i crediti pignorabili, ometta di rispondere nel termine di quindici giorni, o effettui una falsa dichiarazione.

<sup>114</sup> Sul tema, tra gli altri, NARONTE *Relazioni familiari e delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 629.

<sup>115</sup> Cfr. l'art. 34 c.p.: "La legge determina i casi nei quali la condanna importa la decadenza dalla potestà dei genitori. La condanna per delitti commessi con abuso della potestà dei genitori importa la sospensione dall'esercizio di essa per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta. La decadenza dalla potestà dei genitori importa anche la privazione di ogni diritto che al genitore spetti sui beni del figlio in forza della potestà di cui al titolo IX del libro I del codice civile. La sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori importa anche l'incapacità di esercitare, durante la sospensione, qualsiasi diritto che al genitore spetti sui beni del figlio, in base alle norme del titolo IX del libro I del codice civile. Nelle ipotesi previste dai commi precedenti, quando sia concessa la sospensione condizionale della pena, gli atti del procedimento vengono trasmessi al tribunale dei minorenni che assume i provvedimenti più opportuni nell'interessi dei minori". Vedi, altresì, l'art. 609 *nonies* c.p. per cui: "La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *1* e 609 *octies* comporta: 1) la perdita della potestà del genitore, quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato; 2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela ed alla curatela; 3) la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa. La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609 *bis*, 609 *ter*, e 609 *octies*, se commessi nei confronti persona che non ha compito gli anni diciotto, 609 *quater* e 609 *quinquies*, comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente dai minori". Sul punto, altresì, l'art. 600 *septies* c.p.: "Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i delitti previsti dalla presente sezione è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni ed al risarcimento dei danni, la confisca di cui all'articolo 240 e, quando non è possibile la confisca dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto. In ogni caso è disposta la chiusura degli esercizi la cui attività risulta finalizzata ai delitti previsti dalla presente sezione, nonché la revoca della licenza d'esercizio o della concessione o della autorizzazione per le emittenti radiotelevisive. La condanna o l'applicazione della pena su richiesta

vengano condannati per delitti nei quali la sussistenza di un legame familiare con la persona offesa aumenti o crei il disvalore sociale del fatto.

Un momento di interconnessione tra diritto civile e diritto penale è proprio rappresentato dalla disposizione di cui all'articolo 34 c.p.<sup>116</sup>, la quale sancisce la decadenza e sospensione della potestà genitoriale, ovvero dalla potestà di assumere le necessarie decisioni nell'interesse del figlio minore, che si esplica con l'esercizio della funzione educativa, nonché attraverso i poteri di rappresentanza e di amministrazione dei beni del minore<sup>117</sup>.

Il legislatore ha espressamente individuato i casi in cui la condanna per determinate fattispecie delittuose comporti, quale pena accessoria, la decadenza dalla potestà genitoriale, quali, per citarne alcuni, i delitti per cui venga comminata la condanna all'ergastolo, l'incesto, la supposizione, la soppressione, l'alterazione, l'occultamento di stato, la violenza sessuale, anche aggravata, gli atti sessuali con minorenne, la corruzione di minorenne, la violenza sessuale di gruppo.

La disposizione di cui all'articolo 609 *nonies* c.p., in particolare, introdotta dalla più volte evocata legge 66/1996, risponde all'esigenza di recepire il comune sentimento di ripugnanza e di trasferirlo in termini retributivi, oltre che offrire un'adeguata risposta dal punto di vista social preventivo.

Come detto, la norma che qui ci occupa dispone che, nelle particolari ipotesi in cui vi sia condanna per delitti di violenza sessuale, anche se aggravata, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne, o, da ultimo, violenza sessuale di gruppo, questa comporti la perdita della potestà del genitore<sup>118</sup>, l'interdizione perpetua da uffici attinenti la tutela e curatela, oltre che la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione.

---

delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti di cui al primo comma comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori”.

<sup>116</sup> Vedi, DE FILIPPIS, *Manuale di diritto penale*, cit., 11 e ZAMBUSI, *Le pene accessorie*, in RONCO, *Persone e sanzioni*, cit., 363.

<sup>117</sup> Cfr. artt. 315 e ss. c.c.

<sup>118</sup> L'art. 146 della legge 689/1981 ha disposto la modifica della formula patria potestà con quella di potestà dei genitori, in linea con la nuova formulazione dell'art. 316 c.c., così come introdotta dalla legge 151/1975.



Prima dell'intervenuta riforma attuata con la recente legge 38/2006, la perdita della potestà del genitore discendeva esclusivamente dal fatto che la qualità del genitore fosse elemento costitutivo del reato e non anche dalla circostanza che quest'ultima rilevasse come aggravante, contrariamente a quanto preveduto dall'abrogato articolo 541 c.p.

In costanza della previgenza dell'appena menzionato articolo, la dottrina si era sforzata di ovviare a tale clamorosa mancanza, offrendo una interpretazione estensiva della locuzione "elemento costitutivo del reato" fino a ricomprendervi anche l'ipotesi in cui la qualità di genitore costituisse mera aggravante, indignata dalla possibilità che la pena accessoria conseguisse esclusivamente alla condanna per il, forse minore, delitto di atti sessuali con minorenne e non, invece, per quello di violenza sessuale commessa da quel soggetto che abbia con la persona offesa un particolare legame familiare affettivo.

Del resto, tale interpretazione appariva conforme alla stessa dizione della norma in commento, alla luce dell'inclusione nell'elenco delle fattispecie alla cui condanna consegue l'applicazione della pena accessoria dell'articolo 609 *ter* c.p.<sup>119</sup>

La decadenza<sup>120</sup> della potestà genitoriale implica, non soltanto la perdita dei poteri di natura personale attribuiti ai genitori nei confronti dei figli minori, bensì anche la perdita dei diritti sui beni dei figli, non comportando, per contro, il venir meno del diritto agli alimenti e ai diritti successori, che non rappresentano una espressione della potestà genitoriale, i quali, come vedremo in seguito, vengono caducati esclusivamente nel caso di delitti di violenza sessuale.

La sospensione<sup>121</sup> dall'esercizio della potestà dei genitori discende, invece, parimenti in modo automatico, dalla condanna per delitti commessi con abuso della potestà dei genitori, ossia allorché vi sia stata violazione o trascuratezza dei

---

<sup>119</sup> Al riguardo, CATALIOTTI, *Pene accessorie ed altri effetti penali*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona*, cit., 297 e PISTORELLI, *Delitti contro la libertà individuale*, in ZATTI, (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 111.

<sup>120</sup> Si ricordi che, *ex art. 32, comma 2, c.p.*, la condanna all'ergastolo comporta altresì la decadenza dalla potestà dei genitori. Il condannato alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni subisce, durante la pena, la sospensione della potestà dei genitori, salvo che il giudice disponga altrimenti.

<sup>121</sup> Per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta.

doveri relativi alla potestà genitoriale con grave pregiudizio, sia materiale che morale, per gli interessi dei figli.

La sospensione si riflette sui medesimi poteri di natura personale verso i figli e sui diritti di contenuto patrimoniale sui beni dei minori, causando, pur tuttavia, una solo temporanea incapacità al loro esercizio e non comportando, neppure nel caso di decadenza, l'esclusione in capo al genitore dei doveri quali quello di mantenere, istruire ed educare la prole, gravanti sul genitore.

Non è di univoca interpretazione se, nel caso in cui vi siano più figli del condannato, gli effetti della pena accessoria si estendano comunque nei confronti di tutti, anche qualora solo qualcuno di essi sia stato offeso dal reato commesso.

Se, in effetti, alcuni, in virtù della funzione special preventiva della norma, propendono per un estensione della pena accessoria nei confronti di tutti<sup>122</sup>, si ravvisano anche pronunce ed opinioni dottrinarie inclini, invece, ad affermare che la misura si circoscriverebbe al mero rapporto tra genitore e figlio al quale è stato arrecato il pregiudizio<sup>123</sup>, con palese, ci sia concesso, frustrazione della *ratio* della norma, oltre che evidente compressione del bene giuridico protetto.

---

<sup>122</sup> Così, DE GREGORIO, *sub* art. 34 c.p., in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 163; in giurisprudenza, Tribunale Minorile Roma, 20 luglio 1992, in *Dir. e fam.*, 1993, 222.

<sup>123</sup> Così, Tribunale Minorile Roma, 12 dicembre 1985, in *Dir. e fam.*, 1986, 593.