

Giorgio Fidelbo
(a cura di)

DIRITTO PENALE DELLA FAMIGLIA



G. Giappichelli Editore



la mia Libreria

Introduzione

di Giorgio Fidelbo

Il presente lavoro si propone di offrire una ricostruzione, il più possibile completa, di come il diritto penale vivente interagisce, si misura e interviene nell'ambito della "famiglia", intesa in senso più ampio rispetto all'inquadramento che ne dà il codice penale.

La famiglia è stata al centro di importanti leggi civili che hanno adeguato l'istituto ai mutamenti intervenuti nella società, tanto che la definizione contenuta nell'art. 29 Cost., che definisce la famiglia come fondata sul matrimonio, può apparire "superata". Basti pensare ai fenomeni della procreazione assistita e delle unioni omosessuali che potrebbero indurre ad una revisione dei concetti di famiglia e di matrimonio.

Invero, l'istituto della famiglia ha subito, nel tempo delle moderne codificazioni, una continua evoluzione: nutrito in passato di forti connotazioni pubblicistiche, oggi viene collocato nell'ambito del diritto privato, cui consegue il riconoscimento del principio di piena autonomia.

Nel codice del 1865, nella famiglia prevaleva il criterio autoritario e gerarchico, in cui il capo, identificato nel marito-padre, era titolare di poteri di conduzione del gruppo familiare, sotto i diversi profili, anche di natura economica.

Tali caratteri sono stati confermati anche con l'entrata in vigore, durante il fascismo, del codice civile del 1942, ove risultano valorizzati gli aspetti pubblicistici, in quanto l'istituto familiare viene considerato come "subordinato" allo Stato, in una visione corporativa e autoritaria, in cui il modello organizzativo familiare restava incentrato nella figura, preminente, del marito-padre, quale capo famiglia, arbitro delle scelte fondamentali della famiglia e dei suoi componenti.

La Costituzione del 1948 ha segnato una inversione di tendenza, contribuendo notevolmente alla evoluzione del diritto di famiglia.

Sebbene l'art. 29 Cost. si riferisca esplicitamente alla famiglia legittima, quella cioè fondata sul matrimonio, tuttavia la garanzia posta da tale norma non può intendersi come segno di un disinteresse rispetto ai casi di convivenze fuori dal

matrimonio. Anche nelle “convivenze” si ritrova una comunione materiale e spirituale di vita in cui si sostanzia il matrimonio, una comunione in cui la realizzazione personale dei componenti la ricomprende nel novero delle formazioni sociali intermedie della società pluralista (art. 2 Cost.).

Piuttosto, il riferimento dell’art. 29 alla “società naturale” non vuole rinviare a esperienze estranee al diritto positivo, ma, come è stato sottolineato, sta a indicare “la priorità della famiglia rispetto all’organizzazione della società nello Stato”, così stabilendo “i limiti insuperabili che ogni intervento dall’esterno – del legislatore, del giudice, di ogni autorità – incontra nell’ordine interno della comunità familiare” (Rescigno). In altri termini, il carattere di “società naturale” conferisce alla famiglia una priorità rispetto alla comunità statale, ne riconosce l’autonomia “contro le tentazioni autoritarie di interventi esterni sperimentati e sofferti in epoche recenti”. Con quell’espressione la Costituzione vuole evitare ogni “prospettiva dominata dalla dimensione pubblicistica”, affermando la privatizzazione dell’istituto familiare, concepito quasi come una sorta di isola rispetto a cui la legge deve auto limitarsi.

Nel periodo repubblicano si registra un forte impulso riformatore, soprattutto negli anni ’70, con nuove leggi che risentono del rapido mutamento economico e sociale che coinvolge anche il costume e lo stesso istituto familiare: viene approvata la legge sull’adozione e quella sul divorzio, fino ad arrivare ad una organica riforma del diritto di famiglia (legge n. 151/1975).

Con questa riforma può dirsi superata la concezione giusnaturalistica dell’istituto familiare e si dà tutela alle libertà e ai diritti della persona all’interno della famiglia, attraverso la regolamentazione del rapporto coniugale e della filiazione, con l’affermazione della piena uguaglianza tra i coniugi, soprattutto nell’esercizio della potestà genitoriale (*rectius*, responsabilità genitoriale) e con l’equiparazione dei figli naturali a quelli legittimi.

Nello stesso tempo, con l’introduzione del divorzio, si verifica una maggiore intrusione del giudice nella gestione dei rapporti familiari.

Il diritto di famiglia è continuamente soggetto all’evoluzione del costume sociale, sicché anche negli ultimi anni si sono avuti nuovi interventi legislativi, volti ad adeguare l’istituto, nella sua complessità, a tali mutamenti. In questa continua evoluzione, si inseriscono le leggi sulla fecondazione assistita (legge n. 40/2004), sull’affidamento condiviso dei figli (legge n. 54/2006) nonché la legge n. 219/2012, che, in continuità con la riforma del 1975, attua la piena equiparazione della posizione dei figli naturali a quella dei figli legittimi, legge seguita dal d.lgs. n. 154/2013.

Da ultimo, nel 2016 il legislatore è intervenuto sulla regolamentazione della famiglia di fatto e delle unioni civili (legge n. 76/2016).

Da questa sintetica rappresentazione del percorso dell’istituto familiare nella legislazione, che oggi ricomprende anche la famiglia di fatto e le unioni civili, parrebbe più corretto parlare di “*famiglie*” anziché di “famiglia”.

Ebbene, in presenza di queste trasformazioni, qual è stata l'interpretazione e l'applicazione delle figure delittuose dedicate alla famiglia contenute nel codice penale, approvato durante il fascismo? Se e come si sono trasformati i reati posti a tutela della morale familiare, dello stato di famiglia, del matrimonio, degli obblighi di assistenza?

Va detto che in questa materia la giurisprudenza ha sempre dimostrato una certa apertura e una grande attenzione nel confrontarsi con i "movimenti" che attraversavano l'istituto della famiglia.

Vale ricordare le storiche sentenze della Corte costituzionale che hanno rimosso dall'ordinamento penale i reati di adulterio e di concubinato (sent. n. 126/1968 e sent. n. 147/1969), fino ad arrivare alla recentissima pronuncia con cui in materia di sottrazione del minore la Corte ha dichiarato la incostituzionalità delle pene accessorie previste a carico del genitore responsabile di tale reato, ponendo in risalto l'interesse del figlio minore, che deve essere sempre e comunque salvaguardato (sent. n. 102/2020).

Nella stessa giurisprudenza penale dei giudici di merito e anche della Corte di cassazione si ritrovano atteggiamenti interpretativi tesi a superare letture di tipo formalistico, a vantaggio di approcci di carattere sostanzialistico diretti a valorizzare il principio di uguaglianza, nello sforzo di riequilibrare posizioni che nella stessa legislazione apparivano sbilanciate.

Così, in relazione ad alcune fattispecie la giurisprudenza ha, da tempo, riconosciuto tutela a situazioni apprezzabili nell'ambito di convivenze di fatto: ad esempio in materia di maltrattamenti prima della modifica operata con la legge n. 172/2012, si è affermato che il richiamo contenuto nell'art. 572 c.p. alla "famiglia" debba intendersi riferito ad ogni consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo; recentemente si è anche sostenuto che il reato di omesso versamento dell'assegno per il mantenimento dei figli, previsto dall'art. 12-*sexies*, legge n. 898/1970, prima dell'inserimento nel codice dell'art. 570-*bis*, è configurabile anche nel caso di violazione degli obblighi di natura economica derivanti dalla cessazione di un rapporto di convivenza; stessa tendenza si riscontra in materia di sottrazione di minori là dove si è affermato che il delitto di cui all'art. 574 c.p. da parte di uno dei genitori nei confronti dell'altro sussiste anche nell'ipotesi in cui vi sia una semplice convivenza di fatto.

Da ultimo, va segnalata la decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione che ha affermato che la scusante di cui all'art. 384, comma 1, c.p. è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi previsti per essere stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocimento nella liberà o nell'onore, superando una giurisprudenza consolidata che limitava la causa di non punibilità esclusivamente ai coniugi (Sez. Un., 26 novembre 2020, n. 10381, Fialova).

Diversamente, anche di recente, è stato escluso che il convivente *more uxorio*

sia soggetto agli obblighi di assistenza previsti dall'art. 570 c.p., sottolineando che altrimenti si avrebbe una non consentita interpretazione *in malam partem* della previsione normativa.

Su questi e altri temi nonché sulla giurisprudenza, che potrebbe conoscere sviluppi inediti soprattutto a seguito della regolamentazione delle unioni di fatto introdotta con la legge n. 76/2016, si soffermano i contributi presenti nel volume, contributi che nell'occuparsi di quella materia che ormai viene definita "diritto penale della famiglia", non si limitano a ricostruire il diritto vivente degli istituti che tradizionalmente vengono riferiti a tale disciplina, perché ricompresi nel titolo del codice dedicato ai delitti contro la famiglia, ma ampliano il campo di osservazione anche in altri settori, selezionati in quanto i relativi illeciti si caratterizzano, spesso, per essere realizzati o occasionati in ambiti familiari.

Pertanto, oltre alla specifica trattazione dei delitti contro il matrimonio, contro la morale familiare, contro lo stato di famiglia e contro l'assistenza familiare, che vengono analizzati dagli Autori con la massima attenzione agli sviluppi della giurisprudenza, senza tuttavia omettere di sottolineare alcune "insoddisfazioni" dell'attuale diritto vivente, sono oggetto di commento una serie di reati che solo occasionalmente si collegano all'istituto familiare, anche se alcuni di essi risultano, in base a tristi dati statistici, causati proprio nell'ambito di rapporti familiari.

Sono quindi stati presi in considerazione anche i reati di omicidio aggravato dalla relazioni familiari e personali, l'infanticidio, il reato di *stalking*, l'abbandono di persone incapaci, le pratiche di mutilazione, nonché i reati in materia di prostituzione minorile e pedopornografia, tutti illeciti che non rientrano nella definizione ristretta di "diritto penale della famiglia", ma che si è ritenuto di prendere in esame nella misura in cui la loro commissione trova spesso origine all'interno dei rapporti familiari. Per ragioni analoghe fanno parte della trattazione anche fattispecie di reato contemplate nella legge n. 194/1978, in materia di interruzione della gravidanza, e nella legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita.

Infine, alcuni capitoli sono dedicati alle questioni processuali in cui può rilevare la relazione familiare, come ad esempio, il regime dell'astensione dal deporre per i prossimi congiunti, la tutela del soggetto debole nel processo, le misure cautelari contro la violenza nelle relazioni familiari e a tutela dei rapporti familiari, portando l'attenzione anche al tema della detenzione e della tutela del rapporto con i figli minori, per le madri e i padri detenuti.

Dai vari istituti e profili trattati dagli Autori risulta una ampia capacità del "sistema" di assicurare una effettiva tutela ai beni coinvolti, addirittura può aversi la sensazione che in questo modo venga legittimata una fin troppo robusta "intrusione" del giudice penale, e ancor prima del pubblico ministero, nell'istituto familiare inteso in senso lato, laddove l'intervento penale andrebbe dosato e ridotto al minimo in considerazione della delicatezza dei beni in gioco. D'altra

parte, deve riconoscersi come in alcuni casi proprio all'interno della "famiglia" si registrino condotte caratterizzate da sopraffazioni e violenze nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili, sempre più spesso donne e bambini, rispetto alle quali l'intervento penale appare indispensabile.

Il vero problema, tuttavia, non sta tanto nella limitazione dell'intervento penale, quanto nel tipo di risposta che il sistema offre rispetto a queste situazioni: risposte eccessivamente rigide e di tipo esclusivamente sanzionatorio, mentre in alcuni casi potrebbe essere utile il ricorso alla mediazione penale ovvero a meccanismi di riparazione dell'offesa cui far seguire l'estinzione del reato, seppure a determinate condizioni.

Invero, proprio in questa materia sono stati sperimentati positivamente nuovi istituti processuali volti a tutelare le vittime di alcuni reati senza ricorrere necessariamente alla custodia cautelare (si pensi ai provvedimenti di allontanamento previsti dalla legge n. 38/2009 sullo *stalking*) e in materia sostanziale all'istituto della messa alla prova che, se ben utilizzato, può rappresentare una valida alternativa alla sanzione penale, realizzando peraltro il superamento del conflitto.

Come è stato messo in evidenza da un attento studioso (Riondato) in questa materia si avverte l'esigenza di un profondo ripensamento del sistema delle pene, che dovrebbe essere più flessibile, potendosi addirittura prevedere una rinuncia alla pena in presenza di situazioni in cui il conflitto interno alla famiglia si sia risolto o possa risolversi.

Parte I

***La famiglia come formazione sociale in evoluzione
e la sua considerazione nel diritto penale***

Capitolo 1

La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo

di Roberto Bartoli

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il concetto fascista di famiglia e i suoi riflessi sul diritto penale. – 3. Le conseguenze socioculturali del concetto fascista di famiglia. – 4. Il concetto fascista di famiglia allo specchio della Costituzione. – 5. Il concetto fascista di famiglia davanti alle trasformazioni sociali. – 6. L'evoluzione della legislazione a seguito del concetto personalistico di famiglia. – 6.1. La riforma soltanto civilistica degli anni '70 del secolo scorso. – 6.2. Il sostanziale stallo dagli anni '80 fino alla fine del secolo scorso. – 6.3. L'accelerata nel nuovo Millennio. – 7. Le problematiche aperte. – 7.1. Le questioni interpretative poste dall'art. 570-*bis* c.p. – 7.1.1. L'incriminazione della violazione degli obblighi a favore dei figli nati fuori dal matrimonio. – 7.1.2. La mancanza di una incriminazione della violazione degli obblighi a favore del coniuge separato. – 7.2. Cause di esclusione della responsabilità e convivenza di fatto. – 7.2.1. L'art. 384 c.p. – 7.2.2. L'art. 649 c.p. – 7.3. Problemi di legittimità costituzionale delle fattispecie di incesto e di abuso dei mezzi di correzione. – 7.4. La fattispecie di atti persecutori e i problematici rapporti con la fattispecie di maltrattamenti. – 8. Uno sguardo al futuro. Per un concetto personalistico di famiglia. – 8.1. Le prospettive di riforma. – 8.2. La violenza domestica/relazionale: dalla centralità della repressione alla centralità della prevenzione.

1. *Considerazioni introduttive*

La famiglia è una delle realtà più complesse e – per così dire – tormentate del diritto: se è vero che tutte le realtà giuridicamente rilevanti sono contraddistinte, sul piano fenomenologico, da notevole dinamicità storico-sociale dei fatti disciplinati e, sul piano normativo, da alta valutatività, la famiglia costituisce una realtà con una dinamicità storico-sociale e una valutatività accentuatissime.

La famiglia è fenomeno dinamico sul piano storico-sociale perché è espressione diretta e immediata del divenire delle relazioni interpersonali aventi carattere affettivo immerse nella società: famiglia, in quanto espressione di rapporti

interpersonali, e società si intrecciano e si condizionano reciprocamente creando un tutt'uno che si trasforma nel fluire della storia.

Ma la famiglia è anche concetto altamente valutativo perché, proprio in quanto espressione delle relazioni interpersonali che si estrinsecano nella società, su di essa si riversano e si contrappongono le diverse letture valoriali e culturali che si formano nella società stessa. Potremmo dire che la famiglia è un concetto politico e per certi aspetti addirittura polemologico, proprio perché su di esso si vengono a creare tensioni tra diverse visioni valoriali. Tensioni più o meno forti non solo e non tanto in presenza di società maggiormente lacerate o più coese, quanto piuttosto in presenza di “parti” sociali del confronto radicalizzate e arroccate sulle proprie posizioni oppure dialogiche. Insomma, al fondo del tema della famiglia, similmente a ciò che accade per i temi etici, si agitano tensioni nella sostanza riconducibili a problematiche di riconoscimento dei diritti civili.

Dal punto di vista più strettamente penalistico, la famiglia è essenzialmente ed inevitabilmente un concetto “prevalentemente” civilistico/privatistico. Rispetto alla famiglia il diritto penale si presenta pertanto come una sorta di diritto accessorio che mutua il proprio contenuto dalla disciplina extrapenale e quindi nella sostanza dal diritto civile (diritto penale della famiglia). D'altra parte, vi sono aspetti in cui la dimensione penalistica acquista una sorta di autonomia dal diritto civile, aspetti in cui, potremmo dire, la dimensione sostanziale della dinamica relazionale prevale sulla forma giuridica che quest'ultima assume. In questa prospettiva il concetto di famiglia tende per l'appunto a sostanzializzarsi in quanto destinato ad assumere rilevanza sul piano del disvalore di fatti che sono estranei alla tutela penale della famiglia rigorosamente intesa: insomma, certi fatti, che si collocano al di fuori dell'ambito della tutela familiare, se realizzati in determinati contesti relazionali affettivo-familiari, assumono un disvalore del tutto peculiare, con conseguente rilevanza attribuita a tali rapporti. Si pensi in particolare al concetto di violenza domestica, dove il carattere violento dei comportamenti viene in gioco all'interno di dinamiche relazionali connotate anche solo da affettività, indipendentemente dalle forme giuridiche che la relazione riveste, come dimostrato dalla crescente rilevanza attribuita alle qualifiche di convivente o *ex* convivente oppure di “persona legata da relazione affettiva” nelle aggressioni a beni personali o al “regolare” sviluppo sessuale dei minori.

Non si può parlare di famiglia, ma si deve parlare di famiglie. Non solo nel senso che ci sono tante tipologie di famiglia diversificate sulla base di ciò che le fonda o le caratterizza: famiglia fondata sul matrimonio; unioni civili tra persone dello stesso sesso; convivenza o unioni di fatto; relazione affettiva in assenza di convivenza. Ma anche in un senso più ampio e articolato, volto a valorizzare le dinamiche – per così dire – strutturali che possono caratterizzare la famiglia e le relazioni interpersonali, e ciò in un duplice senso.

Da un lato, infatti, vi sono le dinamiche trasformative della famiglia, per cui

c'è una famiglia – per così dire – unita e una famiglia che invece si è disgregata, potendosi poi distinguere tra famiglie in via di disgregazione (quella che potremmo chiamare in fase di separazione) e quelle che invece lo sono definitivamente, e ciò indipendentemente dagli istituti giuridici formalizzati della separazione e del divorzio: anche una famiglia basata sulla convivenza conosce fasi di “separazione” e “divorzio” sostanzialmente analoghe a quelle della famiglia fondata sul matrimonio. Ebbene, se non si può dire che la famiglia esiste anche nell'ipotesi in cui si sia disgregata, tuttavia si può affermare che la famiglia può condizionare e condiziona anche le relazioni che permangono dopo che la famiglia si è dissolta. Insomma, la famiglia viene meno, ma spesso, per molteplici ragioni, le relazioni restano e poiché è ben possibile che permangano effetti della famiglia che è venuta meno, un certo concetto di famiglia continua nella sostanza a protrarsi anche là dove la famiglia si è dissolta.

Dall'altro lato, vi sono le varie tipologie di dinamiche relazionali tra i soggetti della famiglia, che possono consistere nel rapporto tra i due *partners*, nel rapporto tra genitori e figli, nella duplice dinamica dei due genitori con i figli come anche del singolo genitore con i figli, potendosi ulteriormente consistere nel rapporto con i “parenti” propri o del *partner* (affini), e potendosi oggi parlare anche del terzo genitore (di colui che convive con persona che ha un figlio da altra relazione), come anche di figli nell'ottica di un solo genitore (fratelli e sorelle di mamma o di babbo), perché avuti con persone diverse, fino al genitore che diviene tale a seguito di tecniche di procreazione assistita vietate nel nostro paese e ammesse in altri (si pensi alla pratica della maternità c.d. surrogata e a tutti i problemi che essa pone rispetto alle fattispecie di alterazione di stato).

Ebbene, a volte il fenomeno del diritto penale della famiglia e delle problematiche che pone si comprende meglio se si guarda più alle dinamiche relazionali e quindi alla sostanza dei rapporti, che alla loro forma. In particolare, si pensi a come ormai i figli siano parificati in quanto figli, a prescindere dal tipo di relazione che intercorre o è intercorsa tra i genitori (art. 540 c.p. come riformato nel 2013), e a come alla famiglia unita si sia ormai aggiunta l'idea della famiglia – per così dire – disgregata (art. 570-*bis* c.p.).

2. Il concetto fascista di famiglia e i suoi riflessi sul diritto penale

Una introduzione al diritto penale della famiglia non può non muovere dal concetto di famiglia presente nel periodo fascista, non per tornare a descrivere nel dettaglio i caratteri che esso presenta, ma per accennare ai riflessi che tale concetto ha avuto sulla disciplina penalistica, e, soprattutto, per mettere in evidenza le conseguenze che tale concetto e tale disciplina hanno prodotto sul piano socioculturale. Se dopo la caduta del fascismo e il ritorno della democrazia la nostra società ha continuato a manifestare un certo disagio ad accogliere determinate istanze evolutive e di riforma, ciò è dovuto anche al permanere di retaggi

culturali a cui ha contribuito il concetto fascista di famiglia e la sua tutela penalistica. Di più: è nostra convinzione che la permanenza e la lunga scia lasciata da questo concetto nella società siano uno dei fattori che stanno alla base della odierna diffusione della violenza domestica, come anche delle difficoltà che incontriamo a contrastarla.

I caratteri del concetto fascista di famiglia sono arcinoti e indagatissimi. A fondamento della famiglia v'è il matrimonio, «istituto creato non a beneficio dei coniugi, ma [...] atto di dedizione e di sacrificio degli individui nell'interesse della società, di cui la famiglia è nucleo fondamentale»¹. Con la conseguenza che la famiglia assume una valenza più per lo Stato e per la società che per i singoli membri che la compongono.

Conseguentemente, essendo la famiglia una sorta di corpo intermedio tra lo Stato e la singola persona, la famiglia è portatrice di interessi unitari che prevalgono su quelli dei singoli che ne fanno parte, quindi l'interesse della famiglia inteso come unità familiare prevale non solo su finalità, interessi, personalità dei singoli, ma anche sui loro diritti e le loro libertà.

Se poi si considera che unità della famiglia non significa sintesi degli interessi espressi da ciascun membro, ma identificazione della stessa con la potestà (sic!) del capo famiglia cui erano soggetti moglie (art. 144 c.c. 1942) e figli (art. 315 c.c. 1942), e quindi prevalenza/predominio della volontà del marito/padre sulla moglie e sui figli, emerge come dire famiglia unita volesse dire in realtà volontà del marito/padre.

Infine, *last but non least*, famiglia fascista significa famiglia per sempre unita fino alla morte di uno dei due coniugi, in quanto fondata su un matrimonio indissolubile: difficile pensare a una unità se a questa unità non si è “costretti” dalla sua indissolubilità. Certo, è prevista la separazione, rilevante solo se formalizzata e con conseguenze sanzionatorie per chi l'ha cagionata (separazione per colpa), ma una volta contratto il matrimonio si resta per sempre coniugi.

Per avere un'idea dei riflessi di questi caratteri sulla tutela penale, possiamo fare riferimento ad alcune fattispecie incriminatrici o norme definitorie, alcune delle quali oggi venute meno perché dichiarate incostituzionali o perché finalmente riformate, mentre altre sono invece ancora in vigore.

Nel capo I, dedicato ai delitti “contro il matrimonio”, si punivano l'adulterio della moglie e il concubinato del marito. In particolare, si distingueva tra mero adulterio e relazione adulterina, di cui poteva essere responsabile soltanto la moglie (art. 559 c.p.), e il concubinato, di cui poteva essere responsabile soltanto l'uomo, consistente, testualmente, nel tenere una concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove (art. 560 c.p., punito, nonostante la maggiore offensività, con la stessa pena della relazione adulterina). Fattispecie quest'ultima da leggere in connessione con la bigamia (non è un caso che gli interpreti fascisti

¹A. ROCCO, *La legislazione, in Civiltà fascista*, 1935, p. 312.

della bigamia parlassero di delitto a tutela del carattere monogamico del matrimonio), non potendosi dimenticare che concubinato e bigamia erano soprattutto fattispecie destinate ad essere integrate dal coniuge separato.

Nel capo II l'incesto (art. 564 c.p.) andava (e va tutt'ora) ben oltre i legami di sangue, estendendo la tutela anche contro quello commesso "con un affine in linea retta", secondo una concezione davvero allargata di famiglia, la cui estensione si basava sul matrimonio, come se col matrimonio ci si unisse anche ai parenti dell'altra persona. Torneremo sul punto quando affronteremo i problemi di costituzionalità posti dall'incesto.

Nel capo IV, relativo ai delitti contro la famiglia, di grande rilievo la fattispecie di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.). Anzitutto, punendo l'abbandono del domicilio domestico e quindi "costringendo" alla convivenza, si puniva se non la disgregazione familiare a tutela dell'unità, comunque il controllo statale sulle dinamiche disgregativo/separative, per cui soltanto a seguito della separazione legale si poteva interrompere la convivenza. Inoltre, mentre la tutela per i figli era forte (ma con discriminazione tra figli nati nel o fuori dal matrimonio: art. 540 c.p. *ante* riforma 2013), con riferimento agli obblighi fra i coniugi si distingueva tra il primo e il secondo comma, e se la fattispecie del primo comma poteva essere commessa da entrambi i coniugi, i fatti più gravi del secondo comma potevano essere realizzati nella sostanza soltanto dal marito/padre in virtù della posizione "dominante" all'interno della famiglia, ma erano puniti con una pena assai blanda se si considera la maggiore intensità offensiva che finiva per porre in pericolo la stessa persona.

Ed ancora, la fattispecie di abuso dei mezzi di correzione (art. 571 c.p.) finiva per legittimare non soltanto i mezzi, vale a dire i delitti, consistenti nell'ingiuria, nella violenza privata, nelle percosse e nelle lesioni lievi o lievissime, ma anche il loro abuso, assumendo rilevanza soltanto quell'abuso dal quale derivava un pericolo di lesioni contraddistinte da una certa gravità: qualcosa di più dello sculaccione o dello scappellotto. Se poi si considera che nella famiglia "comandava" il marito/padre, attraverso queste fattispecie si finiva per svilire o negare o addirittura legittimare la violenza sulla moglie e sui figli.

Parimenti, la fattispecie di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) finiva per prevedere un trattamento nel complesso più mite rispetto alle violenze reiterate, visto che se da un lato nei maltrattamenti potevano rientrare anche comportamenti che di per sé non costituivano, tuttavia vi si facevano rientrare anche comportamenti che potevano integrare le lesioni.

Senza considerare che in entrambe le ipotesi dell'abuso dei mezzi di correzione e dei maltrattamenti, nel momento in cui alla famiglia venivano equiparati contesti diversi (autorità e affidamenti per diverse ragioni), da un lato, la dinamica della violenza familiare finiva in qualche modo per essere svilita e, dall'altro, si estendevano le tipologie relazionali in cui la violenza era tollerata.

Infine, l'idea di famiglia pubblico-statale si poteva cogliere anche da altre norme collocate fuori dal titolo riservato ai delitti contro la famiglia: artt. 522-

526 c.p. dove lo stato di coniugio della donna vittima o la finalità di matrimonio dell'autore coloravano diversamente i fatti di "ratto", da leggersi in combinazione con la causa estintiva del reato del matrimonio riparatore (art. 544 c.p.); art. 307, comma 4, c.p. che estendeva (ed estende) il concetto di prossimi congiunti agli affini nello stesso grado, a meno che non sia morto il coniuge e non vi sia prole; art. 540 c.p. che discriminava tra, testualmente, figli "legittimi" e figli "illegittimi" (oggi, come vedremo, riformato); infine, gli artt. 384 e 649 c.p. che prevedevano (e prevedono tutt'ora) cause di esclusione della responsabilità a favore esclusivo di coloro che sono legati da un rapporto di coniugio con esclusione quindi del convivente, dovendosi osservare come la causa di non punibilità dell'art. 649, c.p., concepita in epoca segnata dal ruolo dominante del marito/padre, determinasse l'impunità soprattutto di quest'ultimo.

3. Le conseguenze socioculturali del concetto fascista di famiglia

Ebbene, quali le conseguenze di una famiglia così concepita?

Anzitutto, si deve osservare come il concetto fascista di famiglia e il corrispondente diritto penale siano stati un veicolo di discriminazione non solo tra l'uomo e la donna, ma anche tra i figli nati nel matrimonio e i figli nati fuori dal matrimonio. Insomma, per decenni la nostra legislazione ha promosso anche con la pena una discriminazione proprio all'interno di quel primo nucleo sociale destinato poi a proiettarsi nella società *tout court*.

In secondo luogo, il diritto penale o comunque lo Stato entrava (ed entra) all'interno della famiglia. Più precisamente, il diritto penale costringeva o comunque controllava la convivenza e costringeva, oltre al ruolo di genitore verso il figlio, soggetto indubbiamente vulnerabile, anche al ruolo di coniuge, disincentivando la separazione nel momento in cui derivavano conseguenze nei confronti di chi l'aveva cagionata per colpa. Certo, il diritto penale vi entrava (ed entra) a querela, attribuendo ai privati l'iniziativa, con tutto quello che poteva (e può) significare anche in termini di "trattativa" extrapenale, ma comunque c'entrava con lo *ius terribile*.

Se poi si considera che il marito/padre godeva comunque di una posizione forte, il diritto penale poteva significare addirittura una tutela più per il capo famiglia che per gli altri soggetti (si pensi all'adulterio), o comunque comportava il riconoscimento di una sua posizione privilegiata, visto che per alcuni fatti si prevedeva un trattamento di favore (adulterio e relazione adulterina non puniti; punito solo concubinato ma come la relazione adulterina della donna; malversazione/dilapidazione e far mancare i mezzi di sussistenza puniti con la sola aggiunta della pena pecuniaria; abuso dei mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia con un trattamento sanzionatorio inferiore al concorso materiale di reati).

Nessuna rilevanza veniva attribuita alla crisi e alla rottura del matrimonio, anche se crisi e rottura potevano esistere. Come accennato, civilisticamente era

prevista la separazione con addebito di colpa, ma la posizione del separato non era tutelata, assumendo rilevanza la figura del separato per colpa, ma in termini discriminatori/penalizzanti, in quanto il delitto di far mancare i mezzi di sussistenza, non era integrato se la vittima era per l'appunto il coniuge separato per sua colpa, e trattandosi di fattispecie nella sostanza realizzabile soprattutto dal marito, va da sé che ad essere discriminata fosse alla fine la moglie (art. 570, comma 2, c.p.).

Ed ancora, nessuna rilevanza veniva attribuita alle unioni di fatto, né alle unioni tra persone dello stesso sesso, non potendosi dimenticare come il regime fascista perseguitasse gli omosessuali.

Infine, la disciplina fascista aveva ed ha avuto conseguenze relevantissime anche sulla violenza c.d. domestica, in quanto, come già accennato, per decenni si è promosso il messaggio di una sostanziale tolleranza e tollerabilità della violenza tra le mura di casa.

4. Il concetto fascista di famiglia allo specchio della Costituzione

Il concetto di famiglia fascista è entrato fortemente in crisi. Potremmo parlare di due grandi fattori di crisi: crisi "normativa" derivante dall'entrata in vigore della Costituzione; crisi "fenomenologica" derivante dalle trasformazioni sociali. Fattori di crisi che hanno operato attraverso un reciproco sostegno e rilancio.

Per quanto riguarda la crisi derivante dalla entrata in vigore della Costituzione, occorre essere chiari e sinceri. In tema di famiglia il tenore letterale della Costituzione, frutto dei noti compromessi fra democristiani e comunisti, non può essere considerato particolarmente riformista, anche perché rispetto alla famiglia queste due forze erano tutte concentrate sugli aspetti della unità della famiglia (democristiani) e della famiglia come fondamento della prosperità dei cittadini (comunisti), lasciando in secondo piano le problematiche poste dal ruolo del singolo nella famiglia. L'art. 29, comma 1, Cost., esordisce benissimo nel momento in cui sancisce il riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale, attribuendole quella preesistenza che la Costituzione riconosce anche al singolo (art. 2 Cost.) al fine di limitare il potere statale. Tuttavia, poi si parla di una famiglia necessariamente fondata sul matrimonio. Parimenti, il secondo comma esordisce benissimo, là dove si sancisce che il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancendone quindi la parità, tuttavia nel proseguo si precisa anche "con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare", lasciando intendere, con un inchino della Costituzione alla legislazione allora vigente, una possibile prevalenza dell'unità sui singoli e quindi nella sostanza un'apertura anche all'idea dell'indissolubilità del matrimonio.

Parimenti, si possono scorgere luci ed ombre nell'art. 30 Cost., concernente i figli. Da un lato, il primo comma pone doveri e diritti a carico dei genitori nei confronti dei figli precisando "anche se nati fuori del matrimonio", in una pro-

spettiva di parificazione. Dall'altro lato, il terzo comma ribadisce la tutela dei figli giuridici nati fuori dal matrimonio, precisando però che la tutela deve essere "compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima".

Progressi, senza dubbio, ma progressi calmierati da prudenza. Piuttosto, si deve osservare come il costituzionalismo abbia tracciato rotte significative e riformiste nella sua sistematicità, còlta e forgiata dalla più avveduta giurisprudenza della Corte costituzionale e con la spinta europea.

Sul piano sistematico, non si può fare a meno di osservare non solo come a fianco dell'art. 29 Cost. si debba collocare l'art. 2 Cost. nella parte in cui fa riferimento alle formazioni sociali; ma anche come l'art. 29 debba essere letto in combinazione con l'art. 2 Cost. là dove riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, con la conseguenza che il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo opera anche per la famiglia fondata sul matrimonio, come espressamente affermato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 494/2002: «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti [...] conformemente a quello che è stato definito il *principio personalistico* che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani»².

Sul piano europeo, si consideri quanto previsto dalla Convenzione EDU e poi dalla Carta dei diritti. La normativa sovranazionale "svilisce" se così si può dire la famiglia e più in generale le formazioni sociali rispetto al ruolo dell'individuo che invece viene esaltato e valorizzato. Tanto è vero che l'art. 9 (sia CEDU che Carta dei diritti) parla di un diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, rinviando poi alle leggi nazionali la disciplina dell'esercizio e quindi nella sostanza assumendo una posizione più "neutra" in ordine al concetto di famiglia. L'art. 24 (sia CEDU che Carta dei diritti) dà poi spazio più al minore che al figlio, al ragazzo in quanto tale più che nella prospettiva del rapporto genitoriale, disciplinando all'ultimo comma il diritto a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

Tutto ciò premesso, si possono evidenziare tre aspetti fondamentali del costituzionalismo che hanno contribuito a mettere in crisi il concetto fascista di famiglia fondato sul matrimonio e la sua indissolubilità, e sul capo famiglia maschio marito/padre. Anzitutto, la famiglia fascista discriminatoria tra marito e moglie è entrata fortemente in crisi attraverso la fortissima affermazione del principio di eguaglianza sia sul piano formale che sul piano sostanziale. Sul piano formale ha inciso l'eguaglianza tra coniugi di cui all'art. 29 Cost., rafforzata dall'art. 3 («senza distinzioni di sesso») con effetti parificatori che si esplicano al

²Corte cost., sent. n. 494/2002.

di là dei coniugi, estendendosi anche tra le “tipologie” di figli (nati dentro o fuori dal matrimonio), di coppie (persone di sesso diverso o stesso sesso), di convivenze (formalizzate o di fatto). Sul piano sostanziale, il superamento delle disuguaglianze di cui all’art. 3, comma 2, Cost., risulta disposizione chiave per dare rilevanza al concetto di “vulnerabilità” e quindi, con riferimento alla famiglia, per dare rilevanza ai figli e alle dinamiche relazionali che a causa delle scelte compiute durante la convivenza possono avere determinato differenze materiali tra coniugi tali da renderne uno più debole dell’altro.

Da notare – sia detto per inciso – come il percorso di affermazione del principio di eguaglianza sia stato lento e faticoso. Basta ricordare la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di adulterio e concubinato. In un primo momento la Corte salva la legittimità della fattispecie giustificando la differenziazione sulla base della valutazione differenziante esistente e diffusa nella società: vero che da un punto di vista “etico e giuridico” il bene della fedeltà è identico, tuttavia dal punto di vista sociale permane l’idea che l’infedeltà della moglie sia più grave di quella del marito: in buona sostanza, la razionalità della differenziazione si ricava dalla presenza nella vita sociale di una differenziazione tra maschio e femmina³. Tuttavia, in un secondo momento, la Corte muta il parametro della propria valutazione e, assumendo in modo rigoroso come punto di riferimento la vera e propria parità tra i coniugi, giunge a dichiarare la fattispecie costituzionalmente illegittima non avendo senso discriminare anche sul piano della unità familiare⁴.

In secondo luogo, il costituzionalismo riconosce rilevanza al singolo all’interno della famiglia. In buona sostanza, si afferma il principio personalistico, per cui non solo il singolo deve poter esprimere la propria persona all’interno della famiglia, ma la stessa formazione sociale deve essere strumento per promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani. E in questa prospettiva, con ogni probabilità, la stessa indissolubilità del matrimonio risulterebbe oggi costituzionalmente illegittima, in quanto si verrebbe a comprimere la libertà di un soggetto di porre fine a una convivenza.

³ Corte cost., sent. n. 64/1961. Inoltre, ritenuto che la fattispecie sia a tutela anche dell’unità della famiglia, si osserva che se, da un lato, «è innegabile che anche l’adulterio del marito può, in date circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione della unità familiare», dall’altro lato, però, «come per la fedeltà coniugale, così per l’unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui vitali interessi di una famiglia».

⁴ Corte cost., sent. n. 126/1968, dove si afferma quanto segue: «ritiene la Corte, alla stregua dell’attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall’essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all’adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest’ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l’infedeltà e l’ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale».

Infine, il profilo della disciplina costituzionale che manda in crisi il concetto fascista di famiglia è l'art. 2 della Cost. che apre alla rilevanza delle formazioni sociali. Si viene così ad avere l'art. 29 e poi l'art. 2, quindi la famiglia fondata sul matrimonio, ma anche le "famiglie" non più fondate sul matrimonio. Con la conseguenza che il consolidato rapporto di convivenza, ancorché di fatto, viene ricondotto all'ambito di protezione offerto dall'art. 2 ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali⁵.

5. Il concetto fascista di famiglia davanti alle trasformazioni sociali

Per quanto riguarda la crisi sociale, si possono evidenziare alcuni aspetti che oltretutto hanno inciso sulla stessa legislazione: la richiesta del divorzio, che sfocia nella sua introduzione nel 1970, e che viene consacrata dal no al referendum abrogativo del 1974; l'affermazione della parità tra i coniugi che verrà riconosciuta nella riforma del diritto di famiglia del 1975; il dilagare delle separazioni e dei divorzi che costringe a mettere attenzione sugli obblighi a carico dei coniugi o *ex* coniugi dopo la fine della convivenza; il dilagare delle convivenze di fatto secondo un costume sociale sempre più diffuso di unirsi in assenza di un matrimonio; il manifestarsi delle relazioni omosessuali all'interno di una società sempre meno discriminatoria e tollerante; la presa di coscienza della "piaga" della violenza domestica, tema mai affrontato fino in fondo e che, come accenneremo, pone il problema di una riflessione molto più ampia ed articolata del ruolo e delle attività dello Stato, della società e dei familiari, nella gestione dei problemi interrelazionali.

6. L'evoluzione della legislazione a seguito del concetto personalistico di famiglia

Qual è stata l'evoluzione legislativa rispetto alla trasformazione costituzionale e sociale del concetto di famiglia? Qui torna ad emergere il carattere valutativo, nonché altamente politico del nostro tema.

In particolare, si possono distinguere tre periodi dell'evoluzione legislativa. Un primo periodo va dalla seconda metà degli anni '60 alla seconda metà degli anni '70 e lo potremmo definire il periodo delle riforme civilistiche al quale però non corrispondono riforme anche penalistiche, con la conseguenza che si viene a creare una sorta di iato tra la disciplina civilistica "democratico-costituzionale" e quella penalistica di stampo ancora fascista. Un secondo periodo va dagli anni '80 fino alla fine del secolo scorso, periodo caratterizzato da un sostanziale stallo

⁵ Corte cost., sent. n. 8/1996; Corte cost., sent. n. 140/2009.

legislativo, con conseguente ruolo supplente, ancorché “conservativo”, da parte della giurisprudenza soprattutto costituzionale. Infine, l'ultimo periodo è quello che va dall'inizio di questo Millennio fino al giorno d'oggi, periodo in cui si è assistito a una sorta di accelerata, sia per quanto riguarda le riforme nell'ambito del diritto civile, sia per quanto riguarda alcune frammentarie riforme penalistiche.

6.1. *La riforma soltanto civilistica degli anni '70 del secolo scorso*

Dal 1967 al 1975, anche sulla spinta della giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze in tema di adulterio e concubinato) e delle istanze sociali a cui abbiamo fatto riferimento, si assiste a importanti riforme del diritto di famiglia.

Anzitutto, da ricordare la legge sull'adozione dei minori (legge n. 431/1967), volta a superare la logica della istituzionalizzazione dei minori in stato di abbandono e di favorirne l'inserimento a pieno titolo in una vera famiglia: per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti. Parificazione destinata a giocare un ruolo fondamentale per la successiva equiparazione dei figli nati fuori dal matrimonio a quelli nati nel matrimonio o adottati.

Poi fondamentale la legge sul divorzio (legge n. 898/1970) che determina il tramonto della visione istituzionale e soprattutto amplia l'ambito di autonomia privata all'interno dei rapporti familiari ridefinendo a ben vedere anche gli obblighi. Sul punto torneremo, ma già adesso si deve accennare al fatto che, da un lato, la definitiva dissolubilità costituisce – per così dire – la possibile sanzione rispetto ai comportamenti inadempienti, dall'altro lato, e conseguentemente, l'adempimento/inadempimento degli obblighi è gestito più dai soggetti privati che dallo Stato. Insomma, se il rapporto è dissolubile, dagli inadempimenti ci si tutela anche rompendo il rapporto senza la necessità di ricorrere allo Stato; ma se il rapporto è indissolubile, dagli inadempimenti ci si può tutelare soltanto attraverso l'intervento dello Stato. Vedremo poi come all'interno della famiglia si possa porre comunque un'esigenza di intervento di terzi diversi dallo Stato (mediazione genericamente intesa nei rapporti di coppia).

Infine, si assiste alla riforma del diritto di famiglia del 1975. La riforma del diritto di famiglia, con i suoi caposaldi, può essere considerata una attuazione della Costituzione: eguali poteri ai coniugi nel governo della famiglia (artt. 143, 144, 145, 147 c.c.) anche per quanto riguarda la potestà genitoriale (art. 316 e ss. c.c.). La separazione personale viene svincolata dal principio della colpa e connessa alla intollerabilità che può essere determinata anche da chi si separa. Si equiparano figli nati dentro e fuori il matrimonio (art. 261 c.c.).

Dalle riforme degli anni Settanta esce quindi fuori un nuovo concetto di famiglia: fondata sul matrimonio, ma dissolubile, con parità tra i coniugi e tra i figli e che pone al centro la persona del singolo membro.

Il punto è che, come accennato, tale riforma non è accompagnata da quella del diritto penale, venendosi a creare notevoli problemi interpretativi, derivanti