

**TRATTATO TEORICO | PRATICO  
DI DIRITTO PENALE**

*Nuova serie*

*diretto da* **FRANCESCO PALAZZO, CARLO ENRICO PALIERO, MARCO PELISSERO**

# REATI CONTRO LA FAMIGLIA

*a cura di*

**MARTA BERTOLINO**



**G. GIAPPICHELLI EDITORE | TORINO**

 lamiaLibreria

## Introduzione **Dalla famiglia pubblicistico-istituzionale del codice Rocco a quella personalistica della Costituzione**

---

Fattori sociali, culturali, etici e giuridici hanno modificato l'idea tradizionale di famiglia come istituto pubblicistico-statuale, alla base del modello di tutela del Titolo XI del codice penale del 1930, intitolato ai “*Delitti contro la famiglia*”. Questa **mutazione del concetto di famiglia**, i cui confini si sono ampliati ma anche sono diventati meno definiti, ha reso inadeguata la disciplina del codice penale alle nuove emergenti esigenze di protezione delle diverse realtà familiari. Alla base di esse è infatti rinvenibile un modello individual-personalistico della famiglia, che ha consentito il riconoscimento, non solo a livello sociale, di formazioni familiari come le convivenze di fatto e le unioni civili. Il paradigma personalistico è riconducibile all'art. 2 Cost. e in quanto tale assurge a vincolante canone ermeneutico della famiglia, alternativo a quello pubblicistico. In particolare, per il principio personalistico proclamato nell'articolo costituzionale alla famiglia, come formazione sociale, si attribuisce il compito fondamentale «di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani» [Corte cost., sent., 28.11.2002, n. 494].

Non così per il legislatore del 1930, che nella disciplina del Titolo XI riversa una concezione autoritaria, statualistica della famiglia, che non poteva non risultare in contrasto con il parametro costituzionale appena evocato. Nelle scelte originarie, infatti, la famiglia assurge ad oggetto di protezione penale secondo una **dimensione pubblicistica**, cioè quale entità, quale bene giuridico autonomo ed indipendente dai soggetti che la compongono e la cui meritevolezza di tutela si giustifica in sé, quale cellula originaria, portante della società, e non in quanto strumentale alla tutela dei diritti di coloro che ne fanno parte. Come osserva la dottrina: «... il legislatore considerava la famiglia, vero nucleo sociale inserito nell'organismo statale, una struttura autoritativa intermedia tra lo Stato e il singolo e pertanto in tale ottica antindividualistica, con l'intento di criminalizzare in modo generalizzato le offese all'ordine delle famiglie», ha raggruppato nel Titolo XI fattispecie eterogenee sotto il profilo dei valori tutelati, vaghe e indeterminate [ZANNOTTI, 185]. Tanto ciò è vero, che un autorevole giurista del-

l'epoca affermava a proposito del matrimonio «che non è un istituto creato a beneficio dei coniugi, ma è un atto di dedizione e di sacrificio degli individui nell'interesse della società, di cui la famiglia è nucleo fondamentale» [ROCCO, 312]. Inevitabile, dunque, una priorità degli interessi del nucleo familiare su quelli dei suoi membri, i cui interessi avrebbero potuto essere sacrificati per la salvaguardia di quelli familiari.

Che questa sia la prospettiva del legislatore del 1930 in tema di tutela penale della famiglia emerge anche dalla sistematizzazione dei delitti all'interno del Titolo XI. Esso è suddiviso in quattro capi, rispettivamente dedicati ai delitti contro il matrimonio (Capo I: artt. 556-565); ai delitti contro la morale familiare (Capo II: artt. 564 e 565); ai delitti contro lo stato di famiglia (Capo III: artt. 566-569) e infine ai delitti contro l'assistenza familiare (Capo IV: artt. 570-574).

Da tale impianto, che è rimasto inalterato fino ai nostri giorni, si ricava un'idea di famiglia come «società coniugale e come società parentale» da proteggere contro condotte che tendono a disgregarla. Conseguentemente, come emblematicamente emerge dai lavori preparatori al Codice penale del 1930 a spiegazione della *ratio* di tutela della famiglia, «(l)o Stato deve rivolgere costantemente, e col massimo interesse, la sua attenzione all'istituto etico-giuridico della famiglia, che è il centro di irradiazione di ogni civile convivenza ...». In tale prospettiva, in cui la famiglia riveste il ruolo di ente politico intermedio fra lo Stato e l'individuo, diventa compito del legislatore di «cercare di rinsaldare, nella sua esistenza fisica e nella sua compagine morale, l'organismo familiare; e a tale scopo serve anche la sanzione punitiva con la sua minaccia contro attentati all'istituto del matrimonio, che costituisce il fulcro di ogni ben costituita società, e contro l'organismo familiare» [*Lavori preparatori*, § 610, 334].

Questo modello c.d. **pubblicistico-istituzionale** di famiglia [(f) BARTOLI, 1 ss.; (a) BERTOLINO, 574 ss.; (c) RIONDATO, *passim*, spec. 92 ss.; (d) RIONDATO, 3 ss.] dal punto di vista formale appare ancora caratterizzare la nostra realtà codicistica, non essendo – come si è detto – mutata la sistematizzazione interna del Titolo XI nei quattro Capi, né la loro intitolazione. Queste riflettono l'idea della famiglia in funzione strumentale agli interessi statuali di formazione e di educazione degli individui all'autoritarismo e alla gerarchia, onde garantire stabilità e continuità sociale e politica. Così la famiglia come istituzione viene tutelata nel Capo I contro le condotte di bigamia (art. 556), di adulterio e di concubinato [artt. 559 e 560; entrambi gli articoli sono stati dichiarati illegittimi rispettivamente da Corte cost., sent., 19.12.1968, n. 126 e Corte cost., sent., 3.12.1969, n. 147], che fanno vacillare l'unità e la stabilità della famiglia come istituzione giuridica fondata sul matrimonio; ma anche nel Capo II si vuole tutelare l'istituzione famiglia, incriminando le condotte di incesto (art. 564); esse minano infatti i fondamenti etici della istituzione matrimoniale. Nel Capo III, la famiglia viene tutelata punendo le condotte di supposizione o soppressione di stato (art. 566), di alterazione di stato (art. 567) e di occultamento di stato (art. 568), in quanto, nell'ottica originaria, offendono la compagine familiare garantita dalla

affidabilità delle relazioni familiari costituitesi nel rispetto delle forme giuridiche. Infine, nel Capo IV, il più ricco di fattispecie, la famiglia trova protezione dalle condotte di violazione dei fondamentali obblighi di assistenza derivanti dal negozio matrimoniale, come nel caso della violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570) ovvero dalle condotte di eccesso nell'esercizio degli obblighi di educazione e di premura affettiva e morale, come nel caso dell'abuso dei mezzi di correzione (art. 571) o da quelle di aperta violazione di tali obblighi: è il caso del reato di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572). Ma nel Capo IV sono tutelati anche gli interessi familiari che possono essere pregiudicati dai comportamenti che interferiscono con l'autorità del genitore sui figli, impedendogli l'esercizio del diritto di educazione e di controllo di essi: si tratta dei reati di sottrazione di minore o di incapace (artt. 573, 574 e 574-bis).

Ancor più significativi di una disciplina sperequata a favore dell'istituzione matrimoniale sono gli artt. 384 e 649, dove si prevede nell'ambito dei rapporti di coppia una **causa di non punibilità** a favore esclusivo però di coloro che sono legati da un rapporto di coniugio. Così l'art. 384, che, rinviando alla nozione di prossimo congiunto di cui all'art. 307 comma 4, finisce con il riconoscere la non punibilità del solo coniuge e non anche del convivente per una serie di reati contro l'amministrazione della giustizia. Investita della questione di costituzionalità, la Consulta la dichiara infondata. Sulla base in particolare di una riconosciuta maggior stabilità che l'istituzione familiare sarebbe in grado di garantire alla convivenza, la Corte distingue la famiglia di fatto da quella coniugale per la quale «non esiste soltanto un'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali», ma anche quella di tutela della istituzione familiare, alla realizzazione delle quali la causa di non punibilità dell'art. 384 sarebbe da considerare strumentale [Corte cost., sent., 8.5.2009, n. 140; Corte cost., sent., 18.1.1996, n. 8; in senso critico la dottrina, v., da ultimo, (f) BARTOLI, 26 ss.; BERNASCONI, 13; (e) VALLINI, 299 ss.]. Ma una svolta importante – come si vedrà – è segnata da una recente pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione.

La stabilità e la certezza della famiglia sono dunque le esigenze che la Consulta ritiene ancora di dover soddisfare attraverso la salvaguardia del matrimonio come istituzione esclusiva da cui derivare “privilegi di non punibilità”, come quello dell'art. 384 c.p. Per il Giudice delle leggi, però, tali esigenze legittimano una tutela differenziata anche a proposito della non punibilità per alcuni reati contro il patrimonio se commessi a danno di congiunti conviventi, così come previsto dall'art. 649 comma 1 n. 1). Tale articolo, come è noto, riserva questo trattamento di favore al coniuge non legalmente separato e non anche al convivente *more uxorio*. Anche su questa disposizione la Consulta mantiene un atteggiamento di chiusura verso la famiglia di fatto, escludendo la possibilità di estendere la causa di non punibilità al convivente, poiché la convivenza *more uxorio* «manca dei caratteri di stabilità e di certezza propri del vincolo coniugale, essendo basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile». In particolare, per la Consulta l'art. 649 è applicabile al solo coniuge,

dato che la *ratio* di tale disposizione sarebbe da rinvenire nella esigenza di proteggere l'istituzione familiare «ad eventuale discapito del singolo componente, il quale viene privato della tutela penale offerta dalle norme incriminatrici poste a presidio del patrimonio pure se abbia, nel caso concreto, un personale interesse alla punizione del colpevole» [Corte cost., sent., 25.7.2000, n. 352; Corte cost., ord., 20.12.1988, n. 1122; Corte cost., sent., 7.4.1988, n. 423 e, da ultimo, nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass., Sez. V, 8.7.2016, n. 28638; *contra*, Cass., Sez. IV, 6.8.2009, n. 32190, per la quale «la prevalenza dell'interesse alla riconciliazione rispetto a quello alla punizione del colpevole, posto a fondamento della causa soggettiva di esclusione della punibilità di cui all'art. 649 cod. pen., ricorre anche con riguardo ai soggetti che siano, o siano stati, legati da un vincolo non matrimoniale, ma ugualmente caratterizzato da una convivenza tendenzialmente duratura, fondata sulla reciproca assistenza e su comuni ideali e stili di vita»]. Criticamente osserva, tra l'altro, la dottrina che l'interesse a preservare l'istituto matrimoniale in realtà sarebbe venuto meno di fronte a fatti di reato che già sono una probabile testimonianza della mancanza di volontà dei coniugi di mantenere la stabilità familiare. In tale ottica, non solo non si giustificerebbe la disparità di trattamento tra coniugi e conviventi, ma lo stesso istituto della non punibilità [RIVERDITI, 575 ss.].

La decisione della Corte costituzionale per questa dottrina non sarebbe, dunque, giustificabile, anzi, «appare, di per sé, irragionevole», in quanto individua «nell'esigenza di tutela del "valore aggiunto" costituito dalla stabilità del rapporto di coniugio» il criterio discretivo fra famiglia matrimoniale e famiglia di fatto. [Contro l'estensione della causa al convivente, v. (b) BARTOLI, 1623; ma, più di recente, nella prospettiva di agevolare anche la pace della convivenza, ancora (f) BARTOLI, 29 ss. ritiene necessario riconoscere la prevalenza dell'interesse della pace familiare su quella individuale della punizione, con il risultato, in tale ottica, dell'applicabilità della causa di non punibilità anche ai conviventi].

Tuttavia, a segnalare la necessità dell'abrogazione *tout court* dell'istituto è anche la stessa Consulta [Corte cost., sent., 5.11.2015, n. 223], che, nel dichiarare la inammissibilità della questione proposta, afferma: «Non stupisce, dunque, che una causa di non punibilità concepita in epoca segnata dal ruolo dominante del marito e del padre, già criticata in epoca risalente per la sua inopportunità (sebbene il Guardasigilli Rocco avesse stimato di conservarla per non allontanarsi «da una tradizione legislativa universalmente accolta»), sia posta oggi in discussione: la protezione assoluta stabilita intorno al nucleo familiare, a prezzo dell'impunità per fatti lesivi dell'altrui patrimonio, non è più rispondente all'esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e solidarietà, che proprio all'interno della famiglia dovrebbero trovare il migliore compimento». A queste e ad altre questioni relative alla non punibilità di fatti commessi all'interno della compagine familiare è dedicata la Sez. I del Cap. VI del presente volume.

Il modello istituzionale di famiglia che emerge dalle scelte del legislatore del 1930 è dunque un modello che lascia poco spazio al fronte fattuale dei senti-

menti, degli affetti delle **convivenze**, delle **famiglie di fatto**, che viene discriminato a favore di quello normativo rappresentato dalla istituzione matrimoniale, nella sua dimensione del potere, della soggezione. Questa impostazione è presente anche in altre discipline estranee al Titolo XI, come, ad es., quella dell'art. 540. Collocato all'interno del Titolo dedicato ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, tale articolo a riguardo della famiglia parentale, a proposito della **filiazione** dettava una disciplina che, fino alla riforma del d.lgs. 28.12.2013, n. 154, rispecchiava ancora la discriminazione fra figli legittimi e figli illegittimi, in quanto nati fuori dal matrimonio. Discriminazione che il codice civile nelle scelte storiche sanciva proprio in ragione della esclusività della famiglia matrimoniale e che viene definitivamente superata solo con il decreto legislativo del 2013, che abolisce la tradizionale distinzione e introduce lo stato unico di figlio (art. 315 c.c.). La conseguenza è che se per un verso lo stato dei figli non dipende più dal vincolo coniugale tra i genitori, per altro verso «repentinamente, il matrimonio ha perduto il carattere identitario della famiglia e il monopolio della regolamentazione della vita familiare, che l'ordinamento per secoli gli aveva riservato» [(a) SESTA, 451]. Della tutela penale dello stato di filiazione e dei riflessi della moderna accezione di esso si occupa la Parte I, Cap. III del Trattato.

Tuttavia, è con l'affermarsi della concezione familiare in **senso individual-personalistico** che si assiste ad un adeguamento del Titolo XI alle nuove esigenze di tutela della persona in quanto membro di una famiglia. Ciò grazie anche all'evoluzione normativa della disciplina civilistica relativa al matrimonio e ai figli che «testimonia come ai nostri giorni, piuttosto che sui diritti della famiglia e del matrimonio che ne costituisce il fondamento, la politica del diritto si sia fortemente indirizzata verso la tutela dei diritti degli individui che la compongono» [(a) SESTA, 452]. A tale cambiamento di rotta un contributo significativo viene dalla Corte costituzionale, anche se alla famiglia fondata sul matrimonio la Corte continua a riconoscere un ruolo guida ai sensi dell'art. 29 Cost. rispetto alla famiglia di fatto riconducibile alle «formazioni sociali» di cui all'art. 2 Cost. [v., in particolare, Corte cost., sent., 18.11.1986 n. 237; Corte cost., sent., 8.5.2009, n. 140]. Una diversa prospettiva normativo-costituzionale che per la Consulta sembra continuare a legittimare in certi casi «soluzioni legislative differenziate» [Corte cost., sent., 18.1.1996, n. 8], come nel caso, già richiamato, della causa di non punibilità dell'art. 384 c.p.

Ma, se da un lato la Consulta riconosce, nei limiti evidenziati, un maggior peso alla famiglia il cui fondamento sia nel matrimonio, dall'altro è ancora la stessa Corte costituzionale a precisare che quella definita come società naturale fondata sul matrimonio di cui all'art. 29 Cost. è comunque da intendersi come una famiglia che naturalisticamente è portatrice di «diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere» e per altro verso ancora che questo riconoscimento non contraddice l'affermazione che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei

principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi» [Corte cost., sent., 14.4.2010, n. 138].

Sulla compatibilità del modello di famiglia delineato dall'art. 29 Cost. con quello liberal-personalistico ricavabile dall'art. 2 Cost., si pronuncia anche la dottrina penalistica, allorché sottolinea che, se pur si aveva allora in mente ovviamente un modello culturale e antropologico in quel momento prevalente, «il concetto di matrimonio si apre virtualmente a nuove idee di matrimonio, ed è erroneo – come spesso si fa – interpretarlo alla luce della legislazione ordinaria, così invertendo i fattori» [(e) VALLINI, 288 ss.]. E infatti sembrerebbe difficile da reperire una definizione esclusiva di famiglia, trattandosi di un istituto che è prima di tutto pregiuridico, non solo nella legislazione civile, penale e amministrativa, ma pure nella Costituzione, dove, «stando alla lettera, parrebbe mancare una definizione forte», mentre quella di famiglia dell'art. 29 «finirebbe per dar luogo ad una norma in bianco» [(d) RIONDATO, 7]. Stando invece alla dottrina civilistica, «la Carta costituzionale enuncia una vera e propria definizione della famiglia». Ciò peraltro non significa, per questa dottrina, che la Costituzione consideri la famiglia un'entità esistente in natura con caratteri immutabili. Questa lettura, infatti, pur seguita in passato, non appare più aderente al significato attuale della norma, che andrebbe invece interpretata nel senso che «la Costituzione – piuttosto che adottare normativamente un modello rigido di famiglia – consenta di relazionarsi al concreto atteggiarsi dei rapporti familiari ... salvo comunque il fatto che, a tutta prima, il Costituente sembra aver ricompreso nel suo ambito esclusivamente relazioni fondate sul matrimonio» [(b) SESTA, 1 ss.].

Se così stanno le cose, nessuna meraviglia dunque che sul versante penalistico non si riesca ad arrivare ad una piena assimilazione delle tutele fra famiglia di fatto e famiglia istituzionale, fondata sul matrimonio [in proposito, cfr., anche, CASSANI, 1 ss.], pur aprendosi in certi casi anche il diritto penale, come si vedrà, a modelli familiari alternativi a quello matrimoniale, a dispetto della univoca definizione dettata dall'art. 29 Cost., sulla base di altri principi di valenza costituzionale, desumibili dagli artt. 2, 3 e 30 Cost. Ciò grazie anche ad una normativa sovranazionale, come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ratificata in Italia nel 1955, nonché ad altrettanto importanti Convenzioni, come quella di Lanzarote del 2007 e di Istanbul del 2011. Queste fonti sovranazionali restituiscono un'idea di famiglia più che come oggetto di tutela come contesto aperto di relazioni familiari e di valorizzazione dei diritti individuali [sul concetto di famiglia come contesto, v. (g) PULITANÒ, 5; (c) SPENA, 23; v. anche (b) BERTOLINO, 25 ss. per un concetto di famiglia «come l'insieme dei singoli rapporti familiari», facenti capo ai diversi soggetti del nucleo familiare, onde valorizzare di quest'ultimo le componenti personologiche].

Dovrebbe invece sorprendere per la sua irragionevolezza l'atteggiamento di disattenzione nei confronti della **convivenza di fatto** che il legislatore penale

post-moderno manifesta ancora in occasione dei recenti interventi di riforma con la modifica degli artt. 307 e 649 c.p. e con l'introduzione dell'art. 574-ter, nonostante, come rileva di recente attenta dottrina civilistica, la famiglia oggi «è una realtà sociale che prescinde dal riconoscimento giuridico e comunque il modello additato dall'art. 29 Cost. è quello principale, ma non per questo necessariamente esclusivo» [(a) AULETTA, 606]. Se, come è noto, negli articoli del codice penale da ultimo richiamati viene espressamente accolto il nuovo modello di coppia, quello omosessuale basato su un'**unione civile**, introdotto dal legislatore con la legge 20.5.2016, n. 76, "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", queste ultime non trovano una pari accoglienza nei termini di altra relazione di coppia accanto a quella del matrimonio, disciplinata nel Libro primo del codice civile (artt. 79-230-bis) e a quella di nuovo conio dell'unione civile di cui agli artt. 1-34 della legge del 2016. E ciò, nonostante anche la stabile convivenza tra persone eterosessuali o dello stesso sesso rappresenti ormai un modello consolidato, in quanto anch'esso trova una regolamentazione nella legge n. 76/2016, all'art. 1 commi 36-65 e in sede penale, emblematicamente, a livello legislativo con la nuova formulazione dell'art. 572 c.p.; sul piano della prassi con la recente sentenza a Sezioni unite della Cassazione [Cass., S.U., 17.3.2021, n. 10381], che in via ermeneutica estende la disciplina della non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., dalla quale – come si è visto – tradizionalmente venivano escluse le relazioni di fatto, anche al convivente *more uxorio*, riconoscendo a tale causa la natura giuridica di causa di esclusione della colpevolezza [in tale senso, in dottrina, v. (f) BARTOLLI, 26 ss.].

Il legislatore non manifesta invece la stessa sensibilità, se agli effetti penali con il d.lgs. 19.1.2017, n. 6 coordina solo le **unioni civili omosessuali**. Lo fa in primo luogo estendendo la definizione di prossimi congiunti di cui al comma 4 dell'art. 307 c.p. alla «parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso». Il medesimo legislatore interviene anche sull'art. 649 c.p., equiparando ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso al coniuge (comma 1 n. 1-bis). Ma intervento ancora più rilevante agli effetti penali è l'introduzione dell'art. 574-ter, della cui portata generale e di chiusura non si può dubitare, come si desume dal suo tenore letterale, nonostante tale articolo sia stato inserito nel Titolo XI. Così recita la disposizione: «Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale. Agli effetti della legge penale il temine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso». L'effetto più immediato e appariscente della nuova norma è di rendere automaticamente applicabili alle unioni civili i delitti contro la famiglia del Titolo XI (ma v., anche, artt. 577 comma 2; 585; 591 comma 4; 605 comma 2; 602-ter comma 6; 609-ter n. 5-quater, 612-bis comma 2).

L'opera di adeguamento alle moderne esigenze di tutela della famiglia della disciplina del Titolo XI si deve dunque principalmente all'impegno interpretativo teleologicamente orientato alla valorizzazione della persona all'interno della famiglia da parte della teoria e della prassi. Nonostante ciò, aperto rimane ancora il problema di quale tutela penale sia da riconoscere alla **famiglia di fatto** in assenza di un intervento *ad hoc* del legislatore, al quale, giustamente, nemmeno la Consulta ritiene di potersi sostituire, così come apertamente riconosce la Corte costituzionale nella sentenza del 2015 già richiamata a proposito dell'art. 649. Nel variegato quadro della famiglia, quello della convivenza di fatto risulta quindi essere ancora il più incerto e frammentario. A fronte infatti di puntuali, ma sporadiche modifiche legislative, come a proposito dell'art. 572, dell'art. 577 comma 1 n. 1, dell'art. 612-*bis* comma 2, manca un disegno organico di tutela di questo modello di famiglia, disegno che solo un'assimilazione al modello fondato sul matrimonio, come avvenuto per le unioni civili, avrebbe potuto assicurare. Negli articoli appena richiamati infatti si prevede l'incriminazione rispettivamente: per il reato di maltrattamenti contro familiari o conviventi (v. d.l. 14.8.2013, n. 93, conv. in legge 15.10.2013, n. 119); per quello di omicidio aggravato se commesso, non solo contro il coniuge o la parte di un'unione civile, ma anche contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente (v. legge 11.1.2018, n. 4); per il delitto di atti persecutori aggravato se commesso oltre che dal coniuge, anche separato o divorziato, da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa (v. d.l. 23.2.2009, n. 11, conv. in legge 23.4.2009, n. 38 e successive modificazioni).

Quanto ai **delitti** che più direttamente in questa sede interessano, quelli **contro la famiglia**, incerte continuano a rimanere le linee di tutela della **convivenza di fatto**, per la definizione delle quali non si può che fare ancora affidamento sulla giurisprudenza, come emerge in special modo a proposito di alcune fattispecie contro l'assistenza familiare, che sono al centro dell'indagine contenuta nella Parte II del Cap. III della presente trattazione. Sul punto vale la pena anticipare che in particolare ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all'art. 572 anche nel caso della convivenza, già prima della riforma del 2013, la giurisprudenza aveva cercato di meglio definire i contorni di siffatta relazione familiare. A tal fine significativo è l'orientamento della Cassazione [v., fra le altre, Cass., Sez. III, 8.11.2005, n. 44262], secondo il quale non sarebbe necessario che la convivenza «abbia una certa durata, quanto piuttosto che sia stata istituita in una prospettiva di stabilità, quale che sia stato poi in concreto l'esito di tale comune decisione». Ritornando sulla questione dopo l'ultima riforma, la Corte di legittimità ancora afferma: «Non è ... sufficiente la protratta durata del rapporto, né la nascita di una figlia ad imprimere ad una relazione sentimentale fra soggetti non conviventi la connotazione di unione improntata alle caratteristiche proprie di un legame familiare che costituisce in ultima analisi il presupposto applicativo del reato di cui all'art. 572 c.p. in assenza di convivenza» [Cass., Sez. III, 27.11.2018, n. 345]. La Cassazione, infatti, ritiene che il nucleo

caratterizzante il rapporto familiare di fatto risieda «nella natura e nell'intensità del vincolo, che – secondo il costante e condiviso indirizzo di legittimità – ben può essere desunto, anche in assenza di una stabile convivenza fisica, dalla messa in atto di un progetto di vita basato sulla reciproca assistenza morale e materiale» [favorevole ad una generalizzata espansione di tutela alle coppie di fatto, in dottrina, da ultimo, (d) RIONDATO, 19].

Ma a proposito di fattispecie come quella dell'art. 570, violazione degli obblighi di assistenza familiare o di quella del nuovo dell'art. 570-bis, violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio (d.lgs. 1.3.2018, n. 21), qualsiasi tentativo di estensione di esse alle convivenze, anche *more uxorio*, è destinato a fallire, scontrandosi con il principio di legalità-riserva di legge che sancisce il divieto di analogia *in malam partem*. La violazione, infatti, può essere commessa solo dai soggetti su cui gravano gli obblighi di assistenza stabiliti dal codice civile o da altre fonti giuridiche, relativi in particolare ai nostri fini alla qualità di coniuge. Fra queste fonti sembra dunque non potersi annoverare la legge n. 76/2016 art. 1 commi 36-65, che ha introdotto la nuova figura negoziale del contratto di convivenza, dal quale scaturiscono una serie di obblighi, l'inadempimento dei quali tuttavia non potrebbe comunque rilevare penalmente alla luce degli articoli sopra richiamati, pena, ancora una volta, la violazione del principio del divieto di analogia *in malam partem*.

Occorre infine prendere atto dell'affermarsi nel contesto sociale di una nuova tipologia di famiglia parentale, rappresentata dai c.d. **genitori sociali**, dai genitori cioè che diventano tali in seguito a tecniche di procreazione assistita in particolare con utero in affitto. Su tale questione si rinvia al Cap. III, Parte I, Sez. II del volume, anticipando che proprio a proposito di quest'ultima tecnica, che – come è noto – è proibita in Italia (v. art. 12 legge 19.2.2004, n. 40), si è posto il problema della applicabilità dell'art. 567 comma 2, Alterazione di stato, ai genitori, che, ai fini dell'iscrizione allo stato civile italiano del bambino avuto all'estero ricorrendo alla maternità surrogata, lo dichiarano come figlio proprio, nonostante l'assenza di un legame biologico e/o gestazionale con il neonato. Ebbene, la giurisprudenza ha ritenuto non configurabile il reato, quando l'atto di nascita, di cui si chiede la registrazione in Italia, risulti regolarmente formato secondo la legge dello Stato, dove il bambino è nato grazie alla surrogazione di maternità (cfr., fra le altre, Cass., Sez. VI, 11.10.2016, n. 48696; Cass., Sez. V, 10.3.2016, n. 13525).

Il panorama familiare si presenta dunque oggi particolarmente variegato e frantumato per i **diversi modelli familiari** ormai presenti nella realtà: dalla società matrimoniale a quella di fatto, dalla convivenza delle coppie di fatto c.d. registrate alla convivenza *more uxorio* fino alla comunanza di affetti, alla relazione affettiva, dalle unioni civili alla famiglia parental-sociale, come verrà meglio illustrato nel Cap. I. Con riferimento a ciascuna di queste forme familiari si pongono questioni di tutela penale relative al se, come e quanto tutelare. A questi in-

terrogativi è in primo luogo compito del legislatore dare una risposta, onde evitare che, per soddisfare istanze allargate di protezione familiare, in sede applicativa si finisca per un'equiparazione senza mediazione normativa tra la famiglia istituzional-matrimoniale e le altre forme di società familiare, con effetti, anche *in malam partem*, che comunque ignorano la dimensione volontaristica di non sottostare ai vincoli derivanti dal matrimonio alla base del rapporto di coppia di tipo fattuale. Se, infatti, ad accomunare la famiglia di fatto a quella legittima è la decisione a favore di un percorso di vita insieme, fondato su valori quali l'*affectio*, la stabilità, la convivenza e la responsabilità della cura e della educazione dei figli, a dividerle è la formalizzazione del rapporto: quella della famiglia legittima fondata su una dichiarazione espressa di volontà di assumere reciproci obblighi di "fedeltà", di assistenza morale e materiale e di collaborazione; quella della famiglia di fatto radicata nella spontaneità della decisione, che in quanto tale è liberamente revocabile dalle parti [Cass., S.U., 17.3.2021, n. 10381]. Ma non basta. Indubbiamente, la prospettiva di riforma è di valorizzare la dimensione personalistica della tutela penale, il nodo che il legislatore dovrà però comunque preliminarmente sciogliere è se mantenere il bene giuridico di categoria della famiglia ovvero rinunciarvi a favore invece di una valorizzazione della persona, già a livello ideologico.

In tal senso sembra d'altra parte essersi già mosso il legislatore a proposito della tutela della persona contro la c.d. **violenza domestica o nelle relazioni**. Per la prevenzione e repressione di tale tipo di violenza sono state introdotte nuove fattispecie, come ad esempio quella di atti persecutori dell'art. 612-*bis* e altre, già presenti nel nostro codice penale, sono state modificate: emblematica la nuova fattispecie dell'art. 572, la cui finalità di tutela anche della convivenza è testimoniata già dalla rubrica, "*Maltrattamenti contro familiari e conviventi*". Da esse emerge in primo luogo l'idea di una tutela della persona in quanto soggetto familiare particolarmente esposto, vulnerabile, come possono esserlo le donne e i minori. In quanto soggetti familiari deboli, essi sono meritevoli di una tutela rafforzata, come quella da ultimo garantita ai minori spettatori inermi di violenza familiare, c.d. violenza assistita, attraverso il riconoscimento anche a questi soggetti della qualifica di persona offesa dal reato di maltrattamenti (art. 572 ult. comma).

Ma una tutela rafforzata viene garantita anche grazie ad una articolata disciplina delle circostanze aggravanti in ragione di relazioni familiari o parafamiliari, di cui la Sez. II dell'ultimo capitolo del volume offre una panoramica, comprensiva anche delle circostanze attenuanti. La Sez. III dello stesso capitolo affronta infine il tema delle **pene accessorie**, che il legislatore storico ha previsto all'art. 569 c.p. e quello moderno all'art. 574-*bis* e che sono state oggetto di importanti interventi della Corte costituzionale a causa del loro automatismo.

## Capitolo I      La famiglia, le famiglie

---

### Sommario

---

1. Le diverse tipologie di famiglia. – 2. Le famiglie nel costituzionalismo europeo e nazionale. – 3. Le famiglie nel diritto civile. – 4. Le famiglie nel diritto penale. – 4.1. Le famiglie nel diritto penale *della* famiglia. – 4.2. Le famiglie nel diritto penale *nella* famiglia. – 5. Quali i criteri identificativi delle famiglie? Una questione decisiva per l'ermeneutica e i giudizi di ragionevolezza basati sull'eguaglianza.

---

### 1. Le diverse tipologie di famiglia.

---

Da tempo non si parla più di “**famiglia**”, ma di “**famiglie**” per significare che il termine “famiglia” non indica più un concetto/modello unico, valevole per tutte le relazioni intersoggettive, ma piuttosto una pluralità di relazioni [(a) BERTOLINO, 572 ss.; (c) RIONDATO, 92 ss.; nella civilistica (b) SESTA, 1 ss.].

Ciò è vero anzitutto dal punto di vista sociale, potremmo dire fenomenologico, per la semplice ragione che la società è sempre di per sé necessariamente pluralistica e le relazioni interpersonali sono – per così dire – esse stesse società, non solo nel senso che costituiscono addirittura la prima forma di socialità, ma anche nel senso che relazioni interpersonali e società si intrecciano, si condizionano reciprocamente, fino a identificarsi, creando un tutt'uno che si trasforma nel fluire della storia. Insomma, parlare di relazioni interpersonali significa parlare dell'espressione originaria della fattualità sociale per sua stessa natura molteplice e destinata a trasformarsi costantemente nel tempo. Da qui l'inevitabile, vorrei dire fisiologica, pluralità delle tipologie di relazione (di famiglie, quindi) all'interno della società. Anzi, come vedremo subito, il vero problema è un altro, e cioè che spesso lo Stato, condizionato più a monte da visioni politiche unilaterali, tende ad adottare soluzioni giuridiche che riducono o addirittura negano qualsiasi pluralismo, con la conseguenza che la prospettiva statale fini-

sce per imporre un unico modello di famiglia. Si tratta di un punto delicato, di grandissima importanza e che sottende il tema del rapporto che intercorre tra lo Stato e le formazioni sociali.

In secondo luogo, l'espressione "famiglie" deve essere utilizzata anche **sul piano politico**. Ed infatti, proprio in quanto espressione delle relazioni interpersonali che si estrinsecano nella realtà, **sul tema della famiglia si riversano e si contrappongono le diverse letture valoriali e culturali che si formano nella società stessa e che sono espresse dalla politica**. Non penso di esagerare nel dire che la famiglia è uno dei concetti maggiormente politici, 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 coese, quanto piuttosto in presenza di "parti" politico-sociali che tendono ad assolutizzare la propria posizione. Da qui il rischio di legislazioni assolutizzanti e unilaterali, come anche di interpretazioni fortemente condizionate da precomprensioni sociali o addirittura soggettive. Dovendosi mettere in evidenza anche non pochi rischi – per così dire – moraleggianti insiti nella valutazione delle tipologie di famiglia presenti nella società, come anche delle relazioni interne, soprattutto per quanto riguarda il rapporto genitori/figli e quindi la c.d. genitorialità. Ebbene, se lo Stato viene mosso dalle forze politiche verso visioni e prospettive unilaterali, settoriali, assolutizzanti, la tendenza sarà nel senso di selezionare o comunque valorizzare alcune tipologie di relazioni, potendosi giungere addirittura a individuare un modello unico da privilegiare (l'imperio che domina sulla società), mentre se lo Stato viene mosso dalle forze politiche nella prospettiva di una visione pluralista, la tendenza sarà nel senso di riconoscere spazio ai diversi modelli che nascono all'interno della società.

Ma oggi di "famiglie" dobbiamo parlare soprattutto **sul piano giuridico**, dovendosi articolare il discorso addirittura su **quattro fronti**. Su un **primo fronte relativo – per così dire – alle fonti e agli ambiti**, si deve distinguere tra la famiglia forgiata dal **costituzionalismo** e quella forgiata dal diritto positivo, potendosi distinguere all'interno di quest'ultimo tra la famiglia propria del **diritto civile** e quella che invece viene in gioco nel **diritto penale**. Avremo modo di entrare nel dettaglio di queste concezioni. Quello che adesso ci preme evidenziare è che sul piano giuridico-valutativo si possono distinguere diverse concezioni di famiglia anche in ragione della fonte e – per così dire – del suo significato e dell'ambito di disciplina. E vedremo come proprio a causa di questo pluralismo – per così dire – multilivello, si faccia ancora più sentire la tensione che intercorre tra Stato e formazioni sociali, tra Costituzione e legge e tra legge e società. Anche perché è proprio grazie a questa articolazione che si aprono le problematiche di eguaglianza/non discriminazione, le quali a loro volta aprono alle questioni di ragionevolezza di cui abbonda il settore che stiamo esaminando.

Il **secondo fronte giuridico** attiene alle **famiglie in senso statico o fondativo**, vale a dire alle **tipologie di relazione di coppia** alle quali dare rilevanza. Il cuore della famiglia è sempre stato la coppia e il tema di fondo è quale coppia possa

fondare la famiglia. Ebbene, alla famiglia tradizionale fondata sulla coppia che contrae matrimonio, si possono oggi aggiungere le unioni civili e le unioni di fatto (*more uxorio*, basate sulla convivenza), che a loro volta possono essere eterosessuali oppure omosessuali. Non solo, ma come vedremo meglio in seguito, questa dimensione statica assume connotati differenziati a seconda che ci si trovi in presenza del diritto civile oppure del diritto penale, dovendosi distinguere all'interno di quest'ultimo ambito tra un diritto penale *della* famiglia che tende a mutuare il concetto di famiglia da quello del diritto civile e un diritto penale *nella* famiglia che invece finisce per riferirsi a un concetto di famiglia nella sostanza autonomo.

Il **terzo fronte giuridico** riguarda invece la **dimensione dinamica delle famiglie**. La famiglia è soggetta a trasformazioni strutturali, per cui c'è una famiglia – per così dire – unita e una famiglia che invece è disgregata, potendosi poi distinguere tra famiglia in via di disgregazione (quella che potremmo definire in fase di separazione) e quella che invece è definitivamente disgregata, e ciò indipendentemente dagli istituti giuridici formalizzati della separazione e del divorzio: anche una famiglia basata sulla mera convivenza di fatto conosce fasi di “separazione” e di “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 originaria può condizionare le relazioni che permangono dopo che la famiglia si è dissolta. Insomma, se, da un lato, la famiglia o comunque una tipologia di relazione viene meno, tuttavia, dall'altro lato, per molteplici ragioni, altre tipologie di 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 risulta dissolta. Non solo, ma nel momento in cui si moltiplica la famiglia statica, si moltiplicano anche le dimensioni dinamiche, tornando così a porsi problemi di ragionevolezza basata sull'eguaglianza.

Infine, su un **quarto fronte**, si può parlare di famiglie nel momento in cui si valorizzano le diverse **tipologie relazionali intersoggettive interne alla famiglia**. Ed infatti, se alla base della famiglia v'è il rapporto di coppia o tra *partners*, da questo rapporto ne possono scaturire altri, quello con i “parenti” propri (consanguinei) o del partner (affini), ma soprattutto quello tra genitori e figli, nella duplice dinamica dei due genitori con i figli, come anche del singolo genitore con i figli, potendosi parlare oggi anche del terzo genitore (colui che convive con persona che ha un figlio da un'altra relazione), come anche di figli nell'ottica di un solo genitore (fratelli e sorelle di mamma o di babbo), perché avuto 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) o comunque ammesse ma che la riguardano come partner di coppia dello stesso sesso (si pensi al ricorso alla pratica di fecondazione medicalmente assistita da parte di donna unita civilmente e alla

richiesta congiunta di indicare il minore come figlio di entrambe le donne). In questo ambito, come avremo modo di vedere, assume una posizione del tutto particolare la figura del figlio minore e più in generale del minore che fa parte della famiglia anche allargata [in argomento v. per tutti (b) BERTOLINO, *passim*].

Ebbene, un quadro introduttivo sulla famiglia non può che essere un quadro sulle famiglie e più precisamente su tutte queste articolazioni che concorrono a configurare questo nostro tema.

## 2. Le famiglie nel costituzionalismo europeo e nazionale.

---

Per quanto riguarda la prospettiva del costituzionalismo, occorre muovere prima ancora che da quello nazionale, da quello europeo.

In particolare, il **costituzionalismo europeo**, attraverso la Convenzione EDU e la Carta di Nizza, tende a porre **al centro dell'intero ordinamento l'uomo e la persona**, con importanti riflessi non solo sui rapporti tra Stato e consociati, ma anche nei rapporti tra persona e formazioni sociali. La normativa sovranazionale "svilisce", infatti, 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 anche all'interno delle stesse formazioni sociali. Tant'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 alle tipologie di famiglia e più pregnante riguardo all'individuo che prende parte alla formazione sociale. Con la conseguenza che da molto tempo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto nella tutela dell'art. 8 le convivenze anche tra persone dello stesso sesso. 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, sempre attraverso la valorizzazione della figura del minore, il diritto a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

Per quanto riguarda il **costituzionalismo nazionale**, il discorso tende a farsi più complesso. Ed infatti, se noi stiamo alla **previsione – per così dire – astratta e letterale** delle disposizioni che si occupano della famiglia e dei minori, emerge con estrema chiarezza quanto in tema di famiglia il costituzionalismo nazionale sia stato condizionato da una visione che non esitiamo a definire nella sostanza monista, e che quindi poneva **al centro un unico modello di famiglia, fondata non soltanto sul matrimonio, ma anche sulla prevalenza dell'unità rispetto al singolo**. Si tratta di una disciplina che più che guardare al futuro, guardava al passato, vale a dire al fascismo, e poiché il fascismo aveva finito per imposses-

sarsi della famiglia assimilandola allo Stato e concepandola al proprio interno in modo autoritario, i costituenti furono mossi proprio dall'obiettivo di impedire che lo Stato potesse tornare a impossessarsi della famiglia, ma nel far questo continuarono a concepire la famiglia sulla scia del fascismo, e cioè valorizzando più la dimensione sociale della stessa che l'individuo che ne faceva parte.

Più precisamente, l'**art. 29 comma 1 Cost.**, esordisce benissimo nel momento in cui sancisce il riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale, attribuendole quella presistenza che la Costituzione riconosce anche al singolo al fine di limitare il potere di ingerenza statale. Tuttavia, poi parla di una famiglia necessariamente fondata sul matrimonio. Ebbene, è del tutto evidente che nel momento in cui definisce la famiglia fondata sul matrimonio come società naturale che lo Stato riconosce, finisce per rendere pre-giuridico un qualcosa che invece era frutto di una visione ben determinata e valorialmente selettiva: in buona sostanza la famiglia cattolica. Impedendo così di aprire a un vero e proprio pluralismo sociale.

Non solo, ma il **comma 2 dell'art. 29** avallava anche una certa possibile discriminazione tra coniugi, perché se ancora una volta esordisce benissimo là dove sancisce che il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancendone quindi la parità, tuttavia nel proseguo precisa anche "con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare", ribadendo, con un inchino della Costituzione alla legislazione allora vigente, non solo una possibile prevalenza dell'unità sui singoli che oltretutto apre all'idea dell'indissolubilità del matrimonio, ma anche a possibili diseguaglianze.

Questa versione originaria ha subito nel tempo **tre trasformazioni**. Anzitutto, sul fronte del rapporto tra i coniugi, per cui, grazie soprattutto all'art. 3 Cost., ci si è orientati nel senso della piena parità. In secondo luogo, sul fronte delle tipologie di famiglia, a fianco dell'art. 29 Cost. e delle coppie fondate sul matrimonio, si è collocato l'art. 2 Cost. nella parte in cui fa riferimento alle formazioni sociali diverse dalla famiglia tradizionale, attribuendosi così rilevanza e tutela anche ad altre tipologie di relazione, a cominciare dalla famiglia c.d. di fatto. Infine, l'art. 29 Cost. è stato 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 sia per la famiglia fondata sul matrimonio sia per quella diversa: insomma, anche nelle formazioni sociali permane il primato dei diritti della persona rispetto alle pretese comunitarie.

A questo punto, **vero nodo problematico**, come vedremo, diviene il **concetto sostanziale di famiglia ovvero il suo criterio identificativo**, anche perché proprio rispetto alla legislazione concernente la famiglia non possono aprirsi che questioni di legittimità costituzionale basate sulla ragionevolezza e più precisamente sull'eguaglianza. Insomma, la legislazione diviene oggetto di valutazioni in merito alla sua ragionevolezza, sotto la pressione delle istanze sociali che spingono per il proprio riconoscimento.

Ebbene, acquisita la parità tra i *partners*, per quanto riguarda le **tipologie di coppia**, problemi di eguaglianza si pongono più per la coppia di fatto che per la coppia omosessuale. Rispetto alla coppia dello stesso sesso, la tendenza non può che essere nel senso di una assimilazione alla coppia di sesso diverso. Anche perché una differenza può sussistere soltanto se si calca la mano sulla dimensione sessuale, ma si tratterebbe di una lettura basata sul sesso e sull'inclinazione sessuale che risulterebbe addirittura discriminatoria. Non solo, ma in positivo, la parificazione si può apprezzare sul piano del vincolo affettivo che rende coppie eterosessuali e omosessuali nella sostanza identiche. Altro discorso per quanto riguarda il rapporto con i figli.

Maggiormente complessa la comparazione tra coppia fondata sul matrimonio e coppia *more uxorio*, perché se da un lato vi sono aspetti che possono spingere nel senso di una parificazione (si pensi alla stessa convivenza, come anche alla dimensione affettiva), dall'altro lato, coppia di fatto e coppia legata dal vincolo del matrimonio non possono che differenziarsi, poiché altrimenti si giungerebbe a un'indebita assimilazione che porterebbe ad annullare la ragion d'essere delle stesse convivenze.

Per quanto riguarda le **dinamiche**, il discorso può prendere pieghe diverse a seconda del criterio che s'intende privilegiare. Così, ad esempio, come vedremo, all'interno della stessa famiglia fondata sul matrimonio si pone il problema se il separato possa essere assimilato più al divorziato oppure al coniugato. E se si fa leva sulla possibile riunificazione a cui tende il regime della separazione, allora si va verso la parificazione del separato al coniugato, ma se si fa leva sulla vulnerabilità del separato, questo carattere lo accomuna al divorziato. Inoltre, si pone il problema se le dinamiche delle altre famiglie siano da assimilare o diversificare rispetto alla disciplina delle dinamiche della famiglia fondata sul matrimonio.

Infine per quanto riguarda le **relazioni intersoggettive**, di grande rilevanza il tema dei figli e più in generale dei minori, dove si registra non solo un pieno riconoscimento dei loro diritti quale che sia la coppia che li ha generati, ma anche una valorizzazione del diritto del figlio ad avere rapporti con entrambi i genitori. In particolare, da un lato, l'interesse del minore ha un peso relevantissimo, venendo definito dal moderno costituzionalismo un "interesse superiore" rispetto al quale si deve adottare la soluzione che meglio lo tutela. In tal senso si esprime la Carta dei diritti (art. 24 comma 2), la Convenzione EDU (art. 8), nonché la giurisprudenza della Corte costituzionale [sentenze n. 11/1981; n. 239/2014; n. 17/2017; n. 76/2017; n. 272/2017; n. 187/2019].

Dall'altro lato, la posizione del minore è ancora più pregnante perché gode di un vero e proprio diritto di intrattenere la relazione parentale con entrambi i genitori: si potrebbe parlare di un diritto alla genitorialità destinato ad incidere sull'esercizio di tutti quei pubblici poteri che interferiscono sulla relazione figli genitori: in tal senso torna ad esprimersi la Carta dei diritti (art. 24 comma 3) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 8), nonché la Corte costituzionale che di recente ha affermato che «l'art. 30 Cost., sancendo il dovere dei

genitori di “educare” i figli, non può che presupporre il correlativo diritto del minore a essere educato da entrambi i genitori» [Corte cost., sent., n. 112/2019].

### 3. Le famiglie nel diritto civile.

---

Per quanto riguarda l'ambito civilistico, anzitutto si deve osservare come con la riforma del 1975 si sia andati verso una indiscussa **parità tra i coniugi**. Aspetto centrale destinato a condizionare l'interpretazione di molte fattispecie incriminatrici, come quelle previste dagli artt. 570 e 571.

Circa le **tipologie di coppia**, oggi siamo in presenza di un indiscusso pluralismo. In estrema sintesi, anzitutto v'è la famiglia tradizionale, fondata sul matrimonio, riservata a persone di sesso diverso e regolata dagli art. 79 ss. c.c. In secondo luogo, v'è l'unione civile, riservata a persone dello stesso sesso e disciplinata dall'art. 1 commi 1-34 legge n. 76/2016. Infine, v'è la stabile convivenza tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso, regolata dall'art. 1 commi 36-65 legge n. 76/2016.

Si deve osservare come vi sia una tendenziale parificazione tra famiglia fondata sul matrimonio e unione civile, al netto della questione dei figli e delle dinamiche, e ciò perché in entrambi i casi viene valorizzata la formalizzazione del rapporto. Assai più differenziata, invece, la disciplina delle unioni di fatto, con importanti riflessi anche sulla disciplina penalistica.

Di estremo interesse e delicatezza sono le **dinamiche**. Circa la coppia fondata sul matrimonio, si può distinguere tra separazione di fatto, separazione “giuridica” (consensuale o giudiziale) e divorzio. Diversamente, tra le cause di scioglimento dell'unione civile non sono ricomprese le ipotesi del protrarsi della separazione consensuale o giudiziale, potendosi distinguere tra una cessazione – per così dire – unilaterale e una cessazione negoziale, che vede in entrambi i casi il coinvolgimento formale dell'ufficiale di stato civile. Ancora diversa la disciplina delle coppie di fatto, dove la cessazione può derivare dalla mera manifestazione di volontà di interrompere la convivenza. Da osservare poi come al fine di garantire una certa tutela patrimoniale al convivente vulnerabile, all'art. 1 comma 65, sia previsto che l'obbligo agli alimenti scatti soltanto se l'altro *ex* convivente si trovi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento.

Infine, sul piano delle **relazioni intersoggettive**, si devono considerare soprattutto i figli. In un primo momento il trattamento si è orientato nel senso di una differenziazione a seconda della coppia che li aveva generati, per cui si distingueva tra nati nel matrimonio (legittimi) e nati fuori dal matrimonio (definiti “naturali” o addirittura “illegittimi” a sottolineare una lettura valutativa negativa e discriminante). Tuttavia, evidente l'irragionevole disparità di trattamento

perché si faceva riflettere sui figli una differenza attinente nella sostanza a tutt'altro (vale a dire al tipo di rapporto che intercorreva tra i genitori), mentre l'essere figli è del tutto indifferente dal rapporto intercorrente tra i genitori, ovvero la condizione di figli è identica quale che sia il rapporto che intercorre tra i genitori. Anzi, la discriminazione finiva per rendere maggiormente vulnerabile chi già di per sé lo è, come per l'appunto il minore. Da qui una progressiva tendenza verso un modello che potremmo definire unitario, sfociata nella legge n. 219/2012 che, con il successivo d.lgs. n. 154/2013 ha riformato la filiazione abolendo la tradizionale distinzione tra figli legittimi e naturali e introducendo lo stato unico di figlio (art. 315 c.c.).

#### 4. Le famiglie nel diritto penale.

---

Passando al diritto penale, si deve osservare come il concetto di famiglia muti anzitutto a seconda che venga in gioco il **diritto penale della famiglia** oppure il **diritto penale nella famiglia**.

Si tratta di prospettive diverse che devono essere tenute nettamente distinte. Con la prima espressione (**diritto penale della famiglia**) si indica il diritto penale che nasce come accessorio rispetto alla disciplina in ambito civilistico. Va da sé che in questa prospettiva il concetto di famiglia rilevante ai fini del diritto penale viene mutuato dal concetto di famiglia rilevante ai fini civilistici. Si può parlare di un concetto nella sostanza civilistico, come anche di un concetto fortemente normativizzato e formalizzato. Insomma, al netto di qualche correttivo, entrano in gioco istituti disciplinati in ambito civile. E anche qui ovviamente tornano a porsi i soliti problemi di eguaglianza.

Con l'espressione **diritto penale nella famiglia** si fa riferimento invece a un'altra realtà e cioè a fatti di reato (dalle aggressioni alla persona alle aggressioni patrimoniali) che sono realizzati negli ambiti e nelle relazioni familiari. Dalla prospettiva fenomenologica, là dove si è in presenza di reati contro la persona, viene in gioco il tema della violenza domestica. Su un piano giuridico, il concetto di famiglia muta e tende a farsi più autonomo, molto meno formalizzato, più sostanziale, basato su caratteri significativi della relazione.

E questa distinzione ha **conseguenze di grande rilievo sia sul piano ermeneutico che sul piano costituzionale dell'eguaglianza**. In particolare, poiché le espressioni utilizzate dal diritto penale della famiglia rinviano a istituti civilistici, il diritto penale della famiglia comporta una notevole stretta a livello ermeneutico, creandosi notevoli ostacoli ad estendere l'interpretazione. Tuttavia, proprio questa "rigidità" è destinata ad entrare in crisi là dove nuove istanze sociali premono sulla disciplina, con la conseguenza che il diritto penale della famiglia è spesso esposto a questioni di legittimità costituzionale: si pensi a tutta la giuri-