

Capitolo 1

La famiglia

1.1 Principali fonti di diritto Europeo e nazionale.

...la famiglia “come isola che il mare del diritto può lambire soltanto” (C.A. Jemolo, La famiglia e il diritto, 1948).

La famiglia è normalmente raffigurata come il privato della società civile, in quanto entità pregiuridica, luogo naturale degli affetti, dell'amore, della cura reciproca (G.Amadio, F. Macario, Diritto di famiglia, ed. il Mulino, 2016).

La tutela dei diritti fondamentali della persona costituisce uno dei principi fondatori dell'Unione Europea e il presupposto indispensabile per fondare la sua legittimità. La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (1950) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000) costituiscono la produzione costituzionale di maggior rilievo sui diritti dell'uomo emanata dall'Unione Europea. Inoltre il Trattato di Lisbona, in vigore dal 2009, ha attribuito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati.

Tali diritti sono parte integrante delle costituzioni degli Stati membri dell'U.E.

In particolare, le principali fonti di diritto a tutela della famiglia sono:

A livello dell'U.E.

L'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (Convenzione sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950) afferma al punto 1. "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza". La Convenzione sancisce il riconoscimento, da parte dei paesi contraenti ovvero tutti gli stati membri del Consiglio d'Europa, di una serie di diritti umani sia economici e sociali che civili e politici. Diritti che sono sempre più numerosi attraverso lo strumento del protocollo (in prevalenza diritti civili).

L'art. 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce che " l' Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" (v.si Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 7.6.2016). Inoltre l'art. 33 della stessa Carta stabilisce che "è garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale". La Carta resa vincolante dall'art.6 del TUE (Trattato Unione Europea) e proclamata a Nizza nel dicembre 2000 è di fondamentale importanza per il numero di diritti che riunisce. La Corte di giustizia dell' Unione Europea ha applicato i principi della Carta in una sentenza del 2010.

A livello Nazionale

L'art. 29 della Costituzione Italiana afferma che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale

fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare". Il termine famiglia deve riferirsi, superata la concezione di famiglia patriarcale, ad una pluralità di modelli variabili nel tempo e inscindibilmente legati da una serie di fattori sociali, economici, culturali e religiosi: quello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio, all'interno del quale si distingue tra famiglia nucleare, formata dalla coppia e dagli eventuali figli, e famiglia allargata, comprensiva di parenti e affini; poi, la famiglia "di fatto", in cui i *partners* non sono uniti in matrimonio; la famiglia cosiddetta "ricomposta", in cui la coppia coabita con figli avuti da precedenti relazioni; la famiglia monoparentale, caratterizzata da un unico genitore, tenuto conto delle implicazioni della recente legge n.76/2016 che opera una disciplina strutturata del sistema della coniugalità.¹

¹ Macario F., *Diritto di famiglia questioni giurisprudenziali*, Giappichelli ed., Torino, ult.edizione, pp.1.

2.2 *La famiglia nel diritto penale; astrattezza di una definizione giuridica univoca.*

Valga sottolineare che, così come del resto nel Codice civile, non è possibile rinvenire, neppure all'interno del Codice penale, una norma la quale fornisca una univoca definizione di famiglia, valida ed indistintamente applicabile a tutti gli istituti e a tutte le fattispecie che si riferiscono al consorzio familiare.²

Le uniche disposizioni da cui è possibile trarre alcuni spunti interpretativi e che spiccano per la loro valenza generale, evidenziata dall'inciso "agli effetti della legge penale", sono rappresentate, nel complesso ed intricato sistema normativo offerto dal codice Rocco, in cui il richiamo alla famiglia assume, di volta in volta, connotati e significati diversi, dagli art. 307 comma 4 c.p. e dall'art. 540 c.p.

L'art. 307 comma 4 c.p., precisamente tra i delitti contro la personalità dello Stato, all'interno della fattispecie che punisce l'assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, in particolare, offre ai giuristi un elenco di persone cui si attribuisce la qualifica di prossimi congiunti. Tra queste, si rinvencono gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini dello stesso grado, gli zii e i nipoti.³

2 E' ormai pacifico, in dottrina, che il diritto penale della famiglia non presenti una specifica autonomia. Così BORSARI, *Delitti contro il matrimonio*, in ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia, Diritto penale della famiglia, IV*, Milano, 2002.

3 La norma in commento specifica, poi, che nella nozione di prossimi congiunti non vanno ricompresi gli affini, allorchè sia morto il coniuge e

La norma di cui all'art.540 c.p., invece, nell'ambito delle disposizioni comuni ai Capi⁴ ricompresi all'interno del Titolo IX, dedicato ai delitti contro la moralità pubblica e al buon costume, con norma altrettanto definitoria e di portata generale, sancisce, sotto la rubrica rapporto di parentela, che, quando questo sia considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità, la filiazione naturale sia equiparata a quella legittima.⁵

La norma codicistica citata viene, così, a delineare un'importante differenza tra il concetto civilistico e quello penalistico di famiglia, ricevendo in ambito penale specifico riconoscimento *status* soggettivi che negli altri rami dell'ordinamento non possono ricevere tutela; si pensi, ad esempio, ai figli incestuosi, la cui tutela in ambito civile incorre in

non vi sia prole. Tale parte della disposizione non è, tuttavia, applicabile quando singole disposizioni del Codice o di altre leggi richiamino espressamente determinati vincoli di affinità, come nell'ipotesi dell'art.577, ultimo comma, c.p. (così Cass., sez. V, 19.10.1982, Caracciolo, in Cass, pen. 1984, 72).

- 4 Si tratta delle disposizioni comuni solo al Capo II, dedicato alle offese al pudore e all'onore sessuale, essendo il Capo I del medesimo titolo, dedicato ai delitti contro la libertà sessuale, stato interamente abrogato dalla nota legge n.66/1996.
- 5 Il secondo comma del medesimo articolo sancisce: "Il rapporto di filiazione naturale è stabilito osservando i limiti di prova indicati dalla legge civile, anche se per effetti diversi dall'accertamento dello stato persone". Ai limitati fini della configurabilità della circostanza aggravante dell'omicidio prevista dall'art.577 n.1 c.p. (fatto commesso contro l'ascendente o il discendente), la filiazione naturale della vittima può essere accertata anche in contrasto con lo status di figlio legittimo spettante alla stessa vittima, nulla rilevando in contrario che il secondo comma della norma prevede che anche in sede penale il rapporto di filiazione illegittima sia stabilito osservando i limiti di prova indicati dalla legge civile. Così Cass., sez. I, 29 marzo 2004, N., in Riv. Pen., 2004, 605.

rigide restrizioni, mentre in ambito penale non sottostà a limiti di sorta.

E' evidente, a differenza del legislatore civile, il quale, nel momento della stesura del Codice del 1942, si è preoccupato in particolar modo della tutela della famiglia legittima, quello penale abbia preferito attribuire prevalenza al vincolo di sangue, sancendo l'equiparazione tra filiazione legittima e naturale, senza fare distinzione tra prole riconosciuta e non riconosciuta, riconoscibile e non riconoscibile. In proposito, corre l'obbligo di precisare che se la codificazione del 1930 mostra una notevole apertura rispetto alla filiazione all'epoca definita illegittima, con l'adozione di una morale familiare che prescinde, in qualche misura, dall'istituto matrimoniale, tale apertura sembra rispondere più ad una esigenza di matrice autoritaria, volta ad ampliare la sfera della punibilità, piuttosto che ad un effettivo riconoscimento del sodalizio familiare non fondato sul matrimonio. L'estendersi di determinate situazioni ad ipotesi di convivenza di fatto, sempre meno aderenti al modello coniugale, può essere spiegato come espansione della giurisdizione dello Stato.

L'equiparazione tra filiazione legittima e naturale trae fondamento, non dai tratti essenziali della solidarietà ed affettività, che qualificano il sodalizio familiare, bensì dal valore conferito dal legislatore dell'epoca ai vincoli di sangue. Di un tanto si può trovare conferma nella mancata previsione del convivente nel novero dei prossimi congiunti, nella mancata previsione del menzionato articolo 307 c.p. del rapporto di adozione e nell'art.

540 c.p., che parrebbe limitare l'equiparazione tra parentela legittima e naturale unicamente ai figli naturali con esclusione di altri rapporti familiari, il termine filiazione legittimando una interpretazione restrittiva, che ridimensiona la pretesa portata innovativa delle disposizioni in esame.⁶

Le disposizioni definitive summenzionate, pur nella loro categorica enunciazione, hanno, pur tuttavia, posto alcuni dubbi interpretativi: ci si è domandati se, tra gli ascendenti indicati nell'art.307 c.p.⁷, e perciò tra i congiunti, debbano ritenersi compresi anche i genitori adottivi.⁸

La risposta non può che essere negativa, soprattutto per la considerazione che, ogniqualvolta il legislatore penale ha voluto riferirsi alla parentela adottiva, l'ha sempre richiamata espressamente. Si pensi, ad esempio, all'art. 597 c.p., dove, tra l'altro, si legge che possono proporre querela i prossimi congiunti, l'adottante e l'adottato, formula che dimostra ancora più

6 Vedi Giunti, voce *famiglia (diritto penale)*, in Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2431. Nello stesso senso, Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, Milano, 2006, 3.

7 Si confronti, altresì, Cass., sez. V, 19 ottobre 1982, Caracciolo, cit., secondo cui la separazione di fatto non è idonea a far cessare il rapporto di affinità tra l'agente ed i parenti del coniuge separato. Si è inoltre specificato che, agli effetti della legge penale, gli affini in linea collaterale possono considerarsi prossimi congiunti solo se siano dello stesso grado dei fratelli e delle sorelle, poiché l'espressione affini dello stesso grado, contenuta nella medesima disposizione, deve essere riferita alle sole categorie dei parenti che la precedono e non anche a quella degli zii e nipoti, che la segue nell'ordine della elencazione. Sul punto Cass., sez. III, 10 febbraio 1960, Fallini, in *Riv.pen.*, 1961, 266.

8 Secondo Garofoli, *Manuale*, cit., 3 l'elencazione deve considerarsi tassativa, con conseguente pacifica esclusione dal suo ambito del convivente *more uxorio*, dei coniugi divorziati e degli adottanti e degli adottati.